

Le Code de 1810 et le droit pénal en Europe centrale

Franz-Stefan Meissel, Université de Vienne

Dans : Bicentenaire du code pénal. 1810-2010, Les colloques du Sénat, les actes, Paris 2010, p. 125- 138

A) Introduction

Le comité organisateur de ce colloque m'a fait l'honneur de m'inviter pour traiter de l'influence du code pénal en « Europe centrale » et je l'en remercie beaucoup. Il faut de prime abord clarifier la dénomination géographique « Europe centrale ». Elle n'est pas sans équivoque. L'expression « Europe centrale » fut utilisée pour la première fois en 1808 par le géographe prussien Johann August Zeune - elle date donc de la même époque que le Code Pénal, dont on célèbre aujourd'hui le bicentenaire.¹ Selon Zeune, l'Europe centrale comprend une zone entre l'Europe du nord et l'Europe du sud, elle n'englobe donc pas seulement l'Allemagne, l'Autriche et les régions à l'est de ces deux Etats, mais aussi la France.² Il est bien sûr évident que le titre de ma conférence ne peut pas être compris de cette façon-là.

La notion géographique de l'Europe centrale a subi bien des changements depuis le 19^e siècle. Avant la première guerre mondiale, l'Europe centrale a pour centre l'Allemagne et les territoires des Habsbourg (y inclus les régions situées à l'est de l'Europe et en Pologne).³ Mais si on parle aujourd'hui de l'Europe centrale, de « Mitteleuropa », on fait référence à la discussion, qui depuis les années quatre vingt du 20^e siècle, notamment pour des auteurs italiens et autrichiens⁴, évoque d'une façon mi-nostalgique et mi-utopique les territoires qui, au 19^e siècle faisaient partie de l'empire autrichien, ou, comme on dit aujourd'hui de la monarchie « du Danube » (« Donaumonarchie »). Ainsi la notion d'« Europe centrale » dans le titre de mon

¹ ZEUNE, Johann August, *Versuch einer wissenschaftlichen Erdkunde* (Berlin, 1808).

² Ainsi, on trouve dans l'oeuvre comparatiste „Étude de législation pénale comparée » (Paris, 1852) parmi les « contrées de l'Europe centrale » en premier lieu la France (p. II sq.)

³ CEDE, Peter et FLECK, Dieter, *Der Mitteleuropabegriff. Entwicklung und Wandel unter dem Einfluß zeitspezifischer Geisteshaltungen* [Arbeiten aus dem Institut für Geographie der Karl-Franzens-Universität Graz, Band 34 (Graz, 1996)].

⁴ Cf. p.ex. MAGRIS, Claudio, *Il mito absburgico nella letteratura austriaca moderna*, (Turin, 1963) [*Le Mythe et L'empire dans la littérature autrichienne moderne* (Paris, 1991)]; AGNELLI, Arduino, *La genesi dell'idea di Mitteleuropa* (Milan, 1971); BUSEK, Erhard et BRIX, Emil, *Projekt Mitteleuropa* (Vienne, 1986); BUSEK, Erhard (éd.), *Aufbruch nach Mitteleuropa* (Vienne, 1986); BUSEK, Erhard, *Mitteleuropa* (Vienne, 1997).

discours m'invite à parler surtout de la réception du Code Pénal dans l'Empire autrichien. Dès lors je ne vais pas discuter en détail le rayonnement du code pénal français dans la Suisse romande⁵ ou dans les territoires de la Rhénanie⁶ qui étaient marqués par une réception directe et immédiate du droit napoléonien et en particulier du droit pénal et de la procédure criminelle.

Quand on pense à l'Autriche du début du 19^e siècle, il faut prendre en considération que la monarchie des Habsbourg comptait parmi les grands pouvoirs européens à la fois en matière de population et de superficie. En 1810 la monarchie des Habsbourg comptait une population qui représentait à peu près cinquante pourcent de celle de la France napoléonienne.⁷ À la veille de la première guerre mondiale, le total de la population de l'empire autrichien atteint plus de 50 millions. Étant donné que l'Empire autrichien était une des grandes Puissances en Europe, les réformes engagées par Marie-Thérèse et ses successeurs avaient pour but d'établir une structure homogène et centralisée pour le droit et pour l'administration. Ces réformes du droit et de l'administration en Autriche à la fin du 18^e siècle sont tout à fait comparables aux réformes françaises de l'époque de Napoléon.

Quant aux efforts de codification, on peut les illustrer par la comparaison du Code Civil de 1804 et de l'ABGB autrichien de 1811. Ces deux codes présentent beaucoup de convergences, au regard de leur structure et de leur contenu. En ce qui concerne une influence éventuelle du Code français sur la codification autrichienne, on sait que le rédacteur principal dans la phase finale, Franz von Zeiller, connaissait très bien le Code Civil ainsi que l'histoire de sa codification, il était même au courant de la doctrine française. Néanmoins on ne peut constater une véritable influence que très ponctuellement. Grosso modo, on peut considérer la relation entre ces deux grands Codes, qui sont encore en vigueur, comme un exemple d'évolution parallèle, fondé sur une base commune, en premier lieu la tradition du droit romain (*ius commune*) mais

⁵ Voir la belle allocution du Président de la Cour de Cassation de Genève lors du 150^e anniversaire du Code pénal : GRAVEN, Jean, *Révue de science criminelle et de droit pénal comparé* (Paris, 1960) p. 401 et suivant.

⁶ ENGELBRECHT, Jörg, *The French Model and German Society: the Impact of the Code pénal on the Rhineland*, [ROUSSEAU, Xavier, DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et VAEL, Claude (éd.), *Revolution et justice pénale en Europe : Modèles français et traditions nationales*, (Paris, 2000) p. 101 sq.].

⁷ Almanach Impérial (Paris, 1810) p. 846 – 847, indique : l'Autriche: 19 millions, France: 38 millions, Royaume-Uni 12 millions, Prusse: 5 millions, Russie, 31, 4 millions, Italie: 6,4 millions d'habitants.

aussi l'école moderne du droit naturel (par exemple en ce qui concerne le plan du code). Par conséquent, ces deux codes présentent un nombre important de similitudes.⁸ Mais qu'en est-il de la codification du droit pénal ? Y a-t-il une influence du droit pénal français sur le droit autrichien au moment de l'entrée en vigueur du Code pénal en 1810 ? Ou se confirme-t-elle l'impression d'un développement parallèle, basé sur un fondement commun ou du moins semblable relatif à l'histoire des idées ?

B) Histoire du droit pénal en Autriche au 18e siècle

Pour déterminer s'il y a eu une influence du Code pénal de 1810 sur l'élaboration du droit pénal autrichien, il est nécessaire de jeter un coup d'œil sur l'évolution du droit pénal en Autriche au 18ième siècle.

Comme dans la matière du droit civil, c'est Marie Thérèse qui a donné l'ordre de codifier le droit pénal en instaurant une commission législative en 1753 (« Kompilationshofcommission »). Contrairement au droit civil, où le Codex Theresianus, réalisé par la commission n'a pas obtenu l'approbation de la monarchie, la codification du droit pénal a été sanctionnée et publiée sous le titre de « Constitutio Criminalis Theresiana » en 1768. Dans un but dissuasif, la Theresiana comprenait même des illustrations des instruments de torture, mais la rigueur des sanctions prévues dans la loi a été atténuée en partie par des instructions secrètes données par Marie-Thérèse aux autorités répressives. Ainsi la sorcellerie n'était plus poursuivie dans la pratique.⁹ Quant aux formes renforcées de la peine capitale, Marie-Thérèse ordonnait de garder l'exécution atroce de peines seulement « sur le papier », afin de ne pas atténuer l'effroi dans le public. En fait, les autorités étaient tenues à agir de façon prudente et prévoyante.¹⁰ Cette tendance à prévoir des peines graves afin de dissuader les délinquants, peut être observée non seulement à l'époque de la Theresiana, mais aussi dans la pratique des codifications pénales suivantes sous Joseph II et François I.

⁸ MEISSEL, Franz-Stefan, *Le code civil autrichien – contrepartie du code civil français ?* [WININGER, Bénédicte et DUNAND, Jean-Philippe, *Le droit civil français dans le droit européen* (Bruxelles, 2005) p.119 – 139].

⁹ HARTL, Friedrich, *Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848*, [MÁTHÉ, Gabor et OGRIS, Werner, *Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im 19. und 20. Jahrhundert* (Budapest, 1996) p.13 – 54 ici: p.20]

¹⁰ Geheimes Hofdecret vom 27.11.1773 (Décret du 27 novembre 1773, HARTL op cit. p.20.).

En réalité, la jurisprudence prononçait presque toujours la sanction minimum prévue et ne se servait pas de la possibilité de prononcer une peine plus sévère.¹¹

En 1776, c'est à dire déjà sous la corégence de Joseph II, la torture fut abolie. Parmi les conseillers de Marie-Thérèse, c'était surtout Joseph von Sonnenfels qui prit fait et cause pour une réforme du droit pénal d'après les idées rationalistes de Montesquieu et de Beccaria.¹² Sonnenfels est connu comme adversaire de la torture et propagandiste pour l'abolition de la peine de mort.

La peine de mort fut abolie sous Joseph II, le successeur de Marie-Thérèse, pour les procès réguliers, c'est à dire à exclusion de la juridiction militaire d'urgence. Pourtant l'opposition de l'empereur Joseph II à la peine de mort n'était pas motivée par des raisons humanitaires, mais purement utilitaristes : un mort ne servait à rien et en outre l'empereur doutait que la peine capitale pût dissuader des délinquants potentiels. En 1783 Joseph II ordonna de punir les criminels non pas par la peine de mort mais par une peine encore plus atroce : le transport manuel des bateaux, une tâche si pénible qu'elle causait la mort de la plupart des condamnés.¹³

En 1786, un autre fils de Marie-Thérèse, le grand duc de Toscane Léopold promulgua un code pénal pour la Toscane qui reprenait les idées des lumières. Son Code est considéré comme le code le plus progressiste de l'époque. Le code pénal toscan renonçait à la peine capitale (même s'il faut noter, que la peine de mort a été réintroduite en Toscane quelques années après, en 1790, en réaction aux événements révolutionnaires de France).

En 1787, la *Constitutio Criminalis Theresiana* fut remplacé par un nouveau code pénal, le « Code général des crimes et de leur punition » de Joseph II (« *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und deren Bestrafung* »). Un an plus tard, en 1788, un

¹¹ HARTL, op.cit. p.20.

¹² OGRIS, Werner, *Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts* [BERLINGUER, Luigi, La „Leopoldina“. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del settecento Europeo X (Milan, 1990) p.459 – 482 = OGRIS, Werner, *Elemente Europäischer Rechtskultur* (Vienne, 2003) p.657 – 676.]

¹³ MAASBURG, Friedrich von, *Die Strafe des Schiffsziehens in Österreich (1783 – 1790)* (Vienne, 1890); SCHMIDT, Eberhard op.cit. p.256. Sur le débat sur l'abolition de la peine capitale sous Joseph II cf. AMMERER, Gerhard, *Das Ende für Schwert und Galgen? Legislativer Prozess und öffentlicher Diskurs zur Reduzierung der Todesstrafe im Ordentlichen Verfahren unter Joseph II (1781-1787)* (Vienne/Innsbruck/Munich 2010). Cette forme de punition ainsi que d'autres peines humiliantes furent abolies par Leopold II, le successeur de Joseph II en 1790.

nouveau code de procédure pénale suivit. Il y avait donc deux lois différentes, l'une pour la procédure, l'autre pour le droit substantiel.

Quant au contenu, il faut souligner que le code de 1787 réalisait déjà de manière stricte le principe de légalité d'après la maxime « nulla poena sine lege ». La description précise des sanctions et des infractions et de leurs éléments constitutifs figurait parmi les buts de la codification. Contrairement à la *Constitutio Criminalis Theresiana*, la création de nouvelles infractions par voie d'analogie était interdite. (Encore faut-il noter que l'analogie en matière pénale n'a pas joué un rôle dans la pratique, déjà à l'époque de Marie-Thérèse¹⁴.) Le juge criminel était lié par la loi d'une façon tout à fait stricte : Il devait observer une interprétation littérale de la loi et prononcer la peine exactement comme prévue dans la loi sans avoir la possibilité d'atténuer ou d'aggraver la peine légale (Première Partie, § 13). Un autre principe fondamental du Code Joséphin fut le principe de la responsabilité pour faute personnelle : nulla poena sine culpa. Mais l'innovation la plus radicale du droit joséphin fut le principe de l'égalité de tous les citoyens. Jusque là, il y avait une juridiction d'ordres, qui accordait des privilèges non négligeables à la noblesse. Désormais tous les individus étaient égaux en droits. Joseph II avait même un penchant à punir les délinquants nobles de manière encore plus sévère que les simples citoyens ou les bourgeois.¹⁵

Les réformes continuèrent sous Léopold II et son successeur François II. Lors de la régence de Léopold II, on peut constater d'abord des efforts à humaniser le système pénal. Ainsi, il abrogea un nombre important de peines inhumaines et dégradantes, tels que le transport de bateaux, la correction publique, la marque, l'exposition publique (la peine du carcan) et l'application des coups de bâtons ainsi que l'attachement du délinquant par une virole dans le cas de la réclusion la plus dure¹⁶.

Au même temps, l'absolutisme autrichien était confronté par les répercussions de la Révolution Française. Cela contribuait à une tendance réactionnaire en Autriche. Par conséquence, la peine capitale fut formellement réintroduite au cours des procès contre un groupe de « Jacobins » autrichiens. Le souci du maintien du régime absolutiste à cause de la peur d'une révolution devenait alors l'aspect central de la politique législative.

¹⁴ HARTL, op.cit.p.29

¹⁵ HARTL op.cit.p.26

¹⁶ HARTL, op.cit p.36; AMMERER, *Das Ende für Schwert und Galgen* p.405.

Un nouveau projet de codification fut élaboré par Matthias Wilhelm von Haan dans le cadre de la commission législative (« Hofkommission in Gesetzessachen »). Ce projet entra en vigueur en 1797 dans la partie occidentale de la Galicie, un territoire qui était annexée par l'Autriche au cours du premier et troisième partage de la Pologne.

Pendant les délibérations finales de la codification pénale autrichienne, Franz von Zeiller fut le principal rédacteur. La première partie du futur Code de 1803, qui traite des « crimes », date de cette dernière étape de rédaction. Elle est généralement attribuée à la plume de Zeiller. La deuxième partie, qui traite des « infractions de police graves », fut rédigée par Joseph von Sonnenfels. Les travaux pour une réforme du droit pénal s'achevèrent par l'adoption d'un nouveau Code pénal, le « Code pénal sur les crimes et les graves contraventions de police » (« Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen ») qui fut publié le 3 septembre 1803.

Compte tenu de la chronologie de la codification pénale en Autriche qui fut achevée en 1803, une influence immédiate du Code pénal 1810 (ainsi que du Code d'instruction criminelle) n'est donc pas concevable. Néanmoins il me semble tout à fait intéressant de comparer ces deux codifications, car leurs caractéristiques se manifestent justement dans une perspective comparative.

C) Le Code pénal autrichien de 1803 en comparaison avec le code pénal 1810

D'abord je voudrais rappeler que le rédacteur principal du Code pénal autrichien de 1803 dans la phase terminale de l'élaboration était Franz von Zeiller¹⁷, connu aussi comme un des pères du Code civil autrichien. En ce qui concerne ses racines philosophiques on sait que Zeiller était influencé par la doctrine jusnaturaliste et surtout par la philosophie kantienne.

Emanuel Kant justifiait la nécessité de la peine par des considérations basées sur l'impératif catégorique. Le malfaiteur qui nuit à la liberté légitime des autres doit être puni par une limitation de sa propre liberté. Selon Kant, la punition constitue une « négation de la négation ». La conception kantienne de la punition criminelle est dès lors assez rigide et proche de l'idée de la vengeance ; elle se montre tout à fait éloignée

¹⁷ PAULI, Leslaw, *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte*, [SELB, Walter et HOFMEISTER, Herbert, *Forschungsband Franz von Zeiller* (Vienne/Graz/Cologne, 1980) p 180sq.]; NESCHWARA, Christian, *Franz von Zeiller und das Strafrecht*, [Journal on European History of Law (Londres, 2010) p.4 sq.].

des conceptions contemporaines qui attribuent un rôle beaucoup plus important à l'aspect préventif de la peine. La tendance humanitaire des lumières est totalement absente dans la doctrine pénale de Kant. Pourtant, l'influence de cette conception pénale kantienne en Autriche reste extrêmement faible. Elle se limite à l'idée générale d'une proportionnalité entre le crime et sa punition et dans la justification générale des peines dans l'article préliminaire du Code selon lequel « tout acte illégal soumet son auteur à une responsabilité ».

Pourtant, en matière du droit pénal, c'est surtout la pensée du Criminologue et pénaliste bavarois Paul Johann Anselm von Feuerbach qui semble avoir eu une influence importante sur la pensée de Zeiller et le code pénal autrichien. Selon Feuerbach, la justification de la peine ne réside pas dans la vengeance, mais dans la prévention générale. – On doit ajouter que Feuerbach n'était pas le premier à formuler une telle théorie, des idées semblables se trouvent – au moins de façon rudimentaire-déjà dans le manuel sur l'administration (« Polizey ») de Sonnenfels de 1765.

Selon l'approche de Feuerbach, les peines doivent servir de contrainte psychologique, c'est à dire de menace efficace qui conduit le malfaiteur potentiel à s'abstenir d'une conduite illégale. La même idée est défendue par Zeiller dans son essai sur « le but et les principes de la législation pénale » de 1806.¹⁸ Cette théorie de la contrainte psychologique présuppose que le malfaiteur tire du crime un certain sentiment de plaisir. Dès lors la menace de la sanction doit être encore plus grave afin de persuader le malfaiteur potentiel de ne pas commettre le crime envisagé. La sévérité de la sanction dépend selon Zeiller de la gravité de l'infraction commise : « Les méfaits promettent au malveillant un sentiment de volupté plus grand, plus ils lèsent aux droits d'autrui. » C'est cette sensation de plaisir à laquelle l'on veut obvier en menaçant le malfaiteur d'un sentiment négatif, qui doit surpasser le sentiment positif qu'il aurait lors de la commission de l'infraction.¹⁹

Ce caractère sensuel des peines affichées dans la loi se manifeste par exemple dans la gradation de la peine de geôle en trois différentes formes, qu'on trouve dans le Code pénal autrichien de 1803. Leur description précise se trouve dans une disposition

¹⁸ ZEILLER, Franz von, *Zweck und Prinzipien der Criminal-Gesetzgebung.*, [Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten I (Vienne, 1806), p.74].

¹⁹ ZEILLER, Franz von, *Zweck und Prinzipien der Criminal-Gesetzgebung.* [Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten I (Vienne, 1806), p.83]

éminente, le § 11 du Code, qui est en même temps une expression du principe de légalité et du principe de la peine dissuasive. Dans les cas les plus graves, l'auteur de l'infraction se trouve condamné à l'isolement complet. Il avait les mains, pieds et le ventre constamment détenus par un anneau en fer. Il n'obtenait de repas chauds que tous les deux jours, autrement on lui donnait que du pain et de l'eau. On doit préciser qu'en réalité cette forme de punition n'était réalisée que très rarement ; la pratique de la jurisprudence criminelle était en général beaucoup moins sévère que le texte de la loi.

Il convient toutefois de souligner que ce n'est qu'à la suite des revendications libérales de 1848 que l'empereur autrichien mit fin à certaines aggravations de la peine comme la marque, l'exposition publique en carcan et l'application des coups de bâtons, qui étaient prévues par le Code de 1803²⁰.

Si l'on compare la structure du Code autrichien et du Code français, il y a évidemment des différences formelles: le code criminel autrichien de 1803 contient le droit pénal matériel aussi bien que le droit de la procédure tandis qu'en France les deux matières sont réglées dans deux codes différents. Dans le code pénal de 1810, les infractions sont classées par un système tripartite : le code distingue entre crimes, délits et contraventions. Au lieu de cette tripartition, le Code autrichien fait la distinction entre deux catégories seulement : les crimes dans la première partie et les contraventions de police graves dans la deuxième partie.

Quant à l'esprit des deux codes on y trouve beaucoup plus des points communs. Le code pénal de 1810 est souvent caractérisé comme un « code de fer »²¹. Une sévérité tout à fait semblable se trouve dans le Code autrichien de 1803. Les deux codes reflètent une vision du droit pénal qui est essentiellement préventive, ils cherchent à empêcher le plus grand nombre des personnes de commettre des crimes. Du point de vue philosophique, c'est la pensée utilitariste à la façon de Jeremy Bentham qui sert de base théorique pour une approche qui est marquée par une sévérité exemplaire. Les peines se justifient par leur nécessité du point de vue préventif. Elles visent à intimider les malfaiteurs potentiels en établissant un scénario intimidant, un « théâtre de l'horreur » pour ainsi dire.

²⁰ Allerhöchste Entschliebung vom 22. Mai 1848, Politische Gesetzessammlung) Nr 76/1848. Le châtiment corporel par coups de bâtons a été réintroduit en 1852 et abolie lors des reformes libérales de 1867.

²¹ CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* (2^e édition, Paris, 2000) p.439.

La raison de menacer les malfaiteurs potentiels de peines sévères est claire : On veut ainsi protéger l'ordre politique et social de l'État. Ce n'est pas par hasard si dans les deux codes, l'énumération des crimes commence par les crimes contre l'État et ses représentants. Ce n'est plus l'idéal de la réhabilitation du criminel et de son amendement (comme dans le code de 1791 en France) mais la répression rigide et stricte qui s'opère selon le principe de la légalité. La structure des deux codes suit l'ordre des biens protégés : En premier lieu, c'est la protection de l'ordre public qui se traduit dans un nombre impressionnant des infractions : Le code français, dans sa version de 1810 a dédié 197 articles sur 484 à la sûreté intérieure et extérieure de l'État.²²

L'adhésion au principe de légalité est accompagnée de la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale qui ne permet pas au juge de procéder par voie d'extension ou d'analogie. La même idée se trouve dans le code autrichien qui prévoit qu'un comportement ne peut être qualifié d'infraction s'il n'est pas explicitement énoncé comme infraction dans la loi (« *nullum crimen sine lege* », art VI de l'introduction du Code pénal de 1803).

Pour certains crimes politiques, le Code français de 1810 prévoit la confiscation des biens du condamné en tant que peine accessoire. La peine capitale est prévue pour un plus grand nombre de délits par rapport au Code de 1791. Dans le cas du parricide, la peine de mort est accompagnée de l'ablation du poing. La marque au fer rouge devient dans le Code de 1810 la peine accessoire de toutes les peines perpétuelles et des travaux forcés à temps. A cet égard le répertoire des peines est tout à fait comparable à celui du code autrichien de 1803.

En ce qui concerne la peine de mort, le Code autrichien de 1803 l'a réintroduite pour un nombre restreint de crimes : pour la haute trahison, pour l'homicide volontaire, l'extorsion violente qui conduit à un homicide, pour certains cas d'incendie volontaire et pour la contrefaçon de titres de crédit. Cependant, dans la pratique judiciaire, deux-tiers des peines de mort prononcées étaient remplacées par une peine de prison par la voie du droit de grâce.²³

²² CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* (2^e édition, Paris, 2000) p.441.

²³ BERNER, Albert Friedrich, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland* (Leipzig 1867, p.47); SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3^e éd., Goettingen, 1965, réimpression 1995) p.258.

Autres manifestations de la sévérité du Code de 1810 : La tentative d'un crime est punie de la même façon que le crime consommé (Art. 2) et le complice comme l'auteur principal (Art. 59). Sur ce point, la loi autrichienne est moins sévère : avoir été provoqué par une autre personne à commettre le crime (§ 39), mais aussi la simple tentative du crime (§ 40) se trouvent parmi les circonstances atténuantes. À cet égard la législation autrichienne de 1803 réalise déjà des idées qui seront introduites en France par les réformes de 1824 et surtout de 1832.

Dans le Code pénal de 1810, la marge de manœuvre pour les juges est minime. Non seulement les crimes mais aussi les peines sont fixées par la loi (art 65, *nulla poena sine lege*). Le Code pénal de 1810 reste en principe fidèle au principe de légalité des peines. Aux juges et au jury il ne reste qu'à déterminer si le crime a été commis ou non. La rigidité du Code pénal 1810 à propos de la détermination des peines, a amené les jurys à prononcer parfois des « acquittements scandaleux » motivés par le sentiment du jury que les sanctions prévues par la loi étaient excessives. Cela a conduit à des réformes en 1824 et 1832 qui ont permis aux juges d'individualiser les peines en tenant comptes des circonstances atténuantes.²⁴ Toutefois, déjà le Code de 1810 se sépare de la conception mécanique de la Révolution en admettant dans plusieurs cas que le juge puisse fixer la peine entre un minimum et un maximum.

En comparaison, dans le code autrichien, la liberté des tribunaux de déterminer la peine paraît plus étendue. A cet égard le Code autrichien de 1803 va déjà plus loin que le Code pénal de 1810. Il limite davantage le principe de fixité des peines en prévoyant déjà de façon généralisée des circonstances atténuantes et aggravantes. En règle générale, la loi ne fixe que le cadre de la peine. Parmi les circonstances aggravantes (§ 36 et suivant) la loi énonce la récidive, l'instigation au crime et le fait d'avoir commis plusieurs crimes. La liste des circonstances atténuantes (§ 39) contient des égards pour l'âge juvénile ou le fait d'avoir été provoqué à commettre le crime par autrui ou par une bonne occasion. Il y a aussi des considérations sociales comme un manque d'éducation ou une situation économique de précarité pesante.

Selon le Code autrichien de 1803, l'instance supérieure, qui reçoit régulièrement les actes de la procédure et le jugement proposé avant la déclaration formelle du jugement jouit en plus d'un droit de modération extraordinaire en ce qui concerne les peines.

²⁴ CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* (2^e édition, Paris, 2000) p. 443.

Elle peut convertir la peine capitale mais aussi les autres peines. Dans les cas où la loi prévoit une peine minimum de dix ans, le tribunal supérieur est autorisé à réduire la peine à une peine de cinq ans au moins (§ 441) et cetera. De façon semblable l'instance suprême (« Oberste Justizstelle ») peut adoucir les peines.

La pratique des poursuites pénales en Autriche au 19^e siècle, se caractérise par l'effort des autorités d'agir de manière indulgente. « De là, le droit pénal autrichien se présentait de manière tout à fait différente par rapport à ce que croit, celui qui ne veut voir que les actes punissables et les peines prévues par la loi. On peut affirmer, ... que le droit pénal autrichien, par le mode de son application, est devenu un des plus cléments parmi tous ceux qui existent, et ce non pas en contradiction avec la loi (qu'on applique), mais sur sa propre instruction et directive. »²⁵

On prononçait quasiment toujours la peine minimum prévue par la loi, non pas la peine maximum. Le droit de réduire les peines a été exercé de façon extensive. Cependant, face aux récidivistes et aux malfaiteurs d'habitude on agissait avec sévérité. Quand les tribunaux avaient le pouvoir de qualifier l'acte comme crime ou seulement comme infraction de police grave, ils retenaient la catégorie punie moins sévèrement, selon la pratique que le tribunal criminel de Vienne décida de suivre en 1830.²⁶ En plus, un nombre considérable de réformes ponctuelles²⁷ ainsi que les réformes de 1848 rendaient le système pénal moins rigoureux.

Le rayonnement international du Code pénal autrichien de 1803 fut moins fort que celui du Code pénal français de 1810. Pourtant, il est intéressant de noter qu'il servit de modèle pour des projets de codes pénaux dans certains cantons suisses (St. Gallen, Bâle-Ville, Bâle-Campagne), mais aussi dans un nombre de pays de langue espagnole et portugaise (Espagne, Portugal, Brésil, Mexique, Chili et les Philippines).²⁸ Une certaine influence du Code autrichien se manifeste aussi en Pologne, surtout dans le duché et la république de Cracovie de 1809 jusqu'en 1846 et dans le code pénal pour

²⁵ Cité d'après BERNER, Albert Friedrich, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahr 1751 bis zur Gegenwart* (Leipzig, 1867) p. 47.

²⁶ HARTL, op.cit.p. 38.

²⁷ HOEGEL, Hugo, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen I* (Vienne, 1904) p. 92 – 94; HARTL, op.cit. p. 43 – 44.

²⁸ BRAVO LIRA, Bernardino, *El código penal de Austria (1803). Epicentro de la codificación penal en tres continentes, Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Valparaiso 2003) p.299 et suiv..

le royaume de Pologne de 1818.²⁹ Ce code pénal pour le royaume était influencé à la fois par le Code autrichien mais aussi par le Code pénal français de 1810 dont on a emprunté la tripartition des infractions comme crimes, délits et contraventions.

Le code pénal autrichien de 1803 est resté en vigueur pendant presque cinquante ans. Mais ses effets se sont prolongés bien au-delà, pendant une période beaucoup plus longue. En effet, le code de 1852 (« Strafgesetz ») - qui pendant quelques années (1852 à 1861) a été appliqué également en Hongrie et en Croatie – n'a fait qu'intégrer au Code de 1803 les nouvelles qui avaient été édictées jusque-là.³⁰ Et ce Strafgesetz de 1852 ne sera remplacé qu'en 1975, par le Code Pénal autrichien actuel. Ainsi on peut constater des retentissements du Code de 1803 jusqu'au dernier quart du 20^e siècle.

Tandis l'analyse comparatiste serait incomplète sans un rappel bref de la situation en droit procédural, alors avant de conclure permettez-moi d'ajouter quelques remarques au sujet de l'évolution du droit de l'instruction criminelle.

D) La procédure criminelle

En matière de procédure pénale, les différences entre le droit français et le droit autrichien sont les plus marquantes : En France, selon le Code d'instruction criminelle de 1808, les débats devant la Cour d'assises sont oraux, publics et contradictoires. L'accusé a le droit d'être défendu par un avocat. C'est le jury (des notables sélectionnés sur une liste préparée par le préfet et le président d'une cour) qui se prononce sur la culpabilité. Les magistrats prononcent ensuite la peine prévue par la loi. La procédure autrichienne de 1803 est toujours celle de la procédure « inquisitoire » de l'exploration judiciaire du crime, c'est à dire que le tribunal est chargé de l'instruction du crime aussi bien que du jugement. Les juges sont obligés de chercher à déterminer la vérité matérielle par tous les moyens qui leur semblent appropriés (§§ 232 et suivant). L'accusé a certes le droit de se défendre lui-même. Mais il n'a pas le droit de se faire assister par un avocat. Toutefois, il est fait obligation à la cour de prendre en considération tous les aspects en faveur d'une disculpation de

²⁹ Pour les détails voir PAULI, Leslaw, *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte*, [SELB, Walter et HOFMEISTER, Herbert, *Forschungsband Franz von Zeiller* (Vienne, 1980) p.189 et 190].

³⁰ OLECHOWSKI, Thomas, *Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852* [OLECHOWSKI, Thomas, NESCHWARA, Christian et LENGAUER, Alina (éd.), *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag*, Vienne, 2010, p. 319].

l'accusé (§ 337). La procédure (et en particulier la communication entre le tribunal criminel et le tribunal supérieur) se déroule par écrit et à huis clos.

En droit autrichien, la torture est abolie depuis 1776, mais le code pénal de 1803 prévoit la possibilité de punir un accusé qui refuse de façon opiniâtre de répondre aux questions de la cour par un régime de carême (où il ne reçoit que du pain et de l'eau) et finalement par une bastonnade (§ 361 en conjonction avec § 359).

C'est seulement au cours du 19^e siècle que les revendications libérales conduisent lentement à l'intégration d'un jury d'assises dans la procédure pénale (en particulier pour les crimes politiques) et à une extension des droits de la défense pour l'accusé. C'est à la suite des événements révolutionnaires de 1848 qu'une réforme de la procédure pénale s'opère en Autriche. Cette réforme fondamentale de la procédure en matière du droit pénal a été une des revendications clés de la révolution de 1848 en Autriche. Suivant le modèle français, le 18 mai 1848 on introduit en droit autrichien une cour d'assises (« Geschworenengericht ») compétente pour les délits de la presse. Le règlement réformé de la procédure criminelle du 17 janvier 1850 prévoit toute une série de principes procéduraux inspirés par le droit français : la procédure de jugement est désormais publique et orale, le juge statue sur la base des preuves qu'il a établies personnellement (c'est à dire de manière « immédiate »). Il n'est pas lié par des règles de preuve particulières et doit juger d'après sa propre conviction. L'influence du droit français se manifeste aussi dans la loi relative à l'organisation judiciaire du 7 août 1850, où on trouve en première instance (les tribunaux dits « Bezirksgerichte »), non seulement des juges uniques, mais aussi des tribunaux collégiaux conçues à l'exemple du système judiciaire français.³¹

Mais le retour de l'absolutisme (pendant la phase « néo-absolutiste » de 1851 à 1860/61) a conduit à écarter la majorité de ces principes. Le code de la procédure criminelle de 1853 ne connaît une exigence de publicité qu'au stade de la phase finale de l'instruction. Un autre élément d'inspiration française subsista néanmoins. En effet, le Code de procédure de 1853 imposait à l'Etat de créer un Ministère public. Le procureur (« Staatsanwaltschaft ») devint alors un protagoniste dans le procès pénal et allait avoir comme tâche principale de se charger de l'accusation.

³¹ OGRIS, op.cit.p..60, qui se réfère à RULF, Friedrich, *Die österreichische Strafprozessordnung vom 23. Mai 1873* (Vienne, 1874) p.34 sq..

Après la fin de l'ère néo-absolutiste, les réformes libérales aboutissent dans le nouveau Code de procédure pénale de 1873, rédigé par le professeur de droit et ministre de la justice Julius Glaser. Ce Code réintroduisait l'exigence de publicité lors de la procédure, celle de la séparation des rôles de l'accusation et du juge, l'assistance régulière d'un avocat pour l'accusé et le principe d'instruction immédiate (« Unmittelbarkeitsgrundsatz »). Pour les délits politiques, pour les délits de la presse et pour les crimes les plus graves, le jugement est rendu par un tribunal d'assises qui comprend trois juges professionnels et neuf représentants du peuple, à savoir des juges non professionnels.

Après ce tour d'horizon de l'histoire de l'empire autrichien, je voudrais rappeler brièvement l'importance de l'influence du droit pénal français en l'Allemagne. Là on peut observer une véritable influence immédiate du Code Pénal français en Westphalie et dans les pays rhénans (où le droit pénal et la procédure pénale français subsistèrent même après 1815), et plus tard aussi en Prusse.³² Ainsi on peut dire que le Code pénal français (dans sa version atténuée et réformée de la loi du 28 avril 1832) se reflète dans le Code prussien de 1851, qu'on a baptisé « un monument d'inspiration française »³³. Ce Code prussien de 1851 reprend la structure tripartite du droit français. En effet il fait une distinction entre les crimes, les délits et les contraventions. L'inspiration française se manifeste aussi dans l'adoption du système des circonstances atténuantes. Comme dans le droit français de l'époque, le complice d'un crime devait être puni en principe comme l'auteur principal et la tentative comme le crime achevé. Pourtant en ce qui concerne la fixation de la peine, la tentative était traitée de façon moins sévère en raison de l'absence d'une atteinte au bien juridique protégé par le droit pénal. Pourtant, la tentative constituait une circonstance atténuante. Ainsi, avant l'unification de l'Empire allemand, c'est par la voie du Code prussien de 1851 que le système et les idées clés du droit pénal français ont exercé une influence sur la législation pénale dans un nombre important de principautés allemandes.

³² VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (Berlin, 2009) p.72 sq.

³³ MARTINAGE, Renée, *Histoire du droit pénal en Europe* (Paris, 1998, p.84) ; mais cf aussi SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (Goettingen, 1995) p. 319, qui relativise l'influence française

E) Résumé

En ce qui concerne le droit matériel, le Code pénal de 1810 et le Code autrichien de 1803 présentent beaucoup de similitudes. En raison de l'ordre chronologique de ces codifications, force est de constater qu'il n'y a pas eu d'influence directe du Code français sur le Code autrichien. Une proximité d'esprit est pourtant incontestable.

Cette proximité d'esprit ne peut être attribuée à une influence réciproque. Elle s'explique plutôt par un phénomène de développement parallèle et par des racines communes dans la doctrine pénale, éclairée et utilitariste de l'époque.

L'accent mis sur la protection du bien commun, la nécessité que soit transférée à l'Etat la compétence de pouvoir infliger une peine pénale à un individu, le rôle particulier du principe de dissuasion et l'importance du principe de légalité sont quelques-uns des points communs importants des deux grandes codifications pénales.

Rétrospectivement, on pourrait dire que la codification autrichienne fut même porteuse d'avenir à un égard : L'attribution d'une certaine flexibilité aux juges lors de l'application de la loi, qui, comme déjà mentionné contenait des peines draconiennes.

En outre, on peut bel et bien constater une influence beaucoup plus marquée de la codification napoléonienne sur la législation pénale au milieu du 19^e siècle dans certaines principautés allemandes (Rhénanie), en Pologne, en Suisse romande ainsi que sur la législation pénale de la Prusse à partir de la deuxième moitié du 19^e siècle.

C'est la procédure criminelle où l'influence française sur le droit autrichien du 19^e siècle est beaucoup plus frappante. Les acquis d'inspiration française dans le domaine de la procédure pénale gagnèrent une importance toujours plus grande. Le principe de la publicité des débats, le renforcement de la position de l'accusé par l'assistance d'un avocat et l'intégration de représentants du peuple comme juges non-professionnels dans le déroulement des procès par l'instauration de jurés – toutes ces innovations furent à leur tour intégrées dans le droit de la procédure en Autriche au cours du 19^e siècle (de façon définitive dans le Code de procédure de 1873).