



**HAL**  
open science

## Criminal-Ordnung, 8 juillet 1717. Ordonnance criminelles pour la Prusse.

Christophe Camby

► **To cite this version:**

Christophe Camby. Criminal-Ordnung, 8 juillet 1717. Ordonnance criminelles pour la Prusse.: La procédure criminelle, et la création de l'Etat prussien au XVIIIe siècle. Sylvain Soleil; Joël Hautebert. La procédure et la construction de l'Etat en Europe, Presses Universitaires de Rennes, pp.463-505, 2011, La procédure et la construction de l'état en Europe, 978-2-7535-1333-4. halshs-00995357

**HAL Id: halshs-00995357**

**<https://shs.hal.science/halshs-00995357>**

Submitted on 2 Jun 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

***Criminal-Ordnung*, 8 juillet 1717**  
**La procédure et la création de l'Etat prussien au XVIIIe siècle**

**Christophe Camby**

Docteur en droit de l'Université de Rennes 1

Membre du CHD Rennes 1

## **I – L'ELABORATION DU TEXTE**

1. UNE AFFAIRE D'ETAT. - Les rédacteurs de la *Criminal-Ordnung* brandebourgo-prussienne de 1717 ont-ils visé un objectif juridique ou politique ? A première vue, la *Criminal-Ordnung* n'a suscité que peu d'intérêt. Réputée de faible portée juridique, ses suites institutionnelles ne sont reconnues que par quelques spécialistes. Cette situation est illustrée par la position de ce texte dans l'histoire allemande du droit. Cette ordonnance n'est guère citée que par l'étude allemande des institutions<sup>1</sup> comme l'un des premiers jalons de l'apparition, ou de l'affirmation progressive, d'un Etat prussien. Les manuels allemands d'histoire du droit, quant à eux, la mentionnent à peine. L'étude de ses apports juridiques semble limitée aux spécialistes de la construction de la partie pénale de l'édifice du droit commun allemand<sup>2</sup>. La *Criminal-Ordnung* est pourtant promulguée dans un Etat qui n'existe pas encore, et va constituer l'embryon du droit pénal d'un Empire allemand dont personne n'imagine alors la création<sup>3</sup>. Si l'on voulait négliger les conditions politiques de sa rédaction, la publication de la *Criminal-Ordnung* apparaîtrait comme un événement de peu d'intérêt alors qu'il est porteur de riches conséquences. Ces conséquences sont, en premier lieu, politiques : il s'agit de l'apparition de l'Etat prussien sur la carte d'Europe, en second lieu, juridiques : la *Criminal-Ordnung* va faire naître, en Prusse, l'idée de codifier le droit criminel. Pour ce qui concerne l'école française, le manque d'intérêt à l'égard de cette ordonnance criminelle est encore plus grand. La date de 1717, interdisant, au premier regard, de trouver dans ce texte l'influence des « lumières françaises », pourrait constituer une cause possible de ce faible attrait. Portalis, déjà, rejetait les initiatives de codification prussiennes dans les ténèbres des « Etats despotiques »<sup>4</sup>. Par cet ostracisme, Portalis n'ouvrait-il pas la carrière de la prétention française d'avoir apporté, aux « nations policées »<sup>5</sup>, le premier Code depuis Justinien ? Si la *Criminal-Ordnung* a peu retenu l'attention des commentateurs français, le

---

<sup>1</sup> Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5<sup>e</sup> ed., Beck, München, 2005, pp. 205-227.

<sup>2</sup> Karl Härter et Michael Stolleis (ed.), *Repertorium der Polizeyordnungen der Frühen Neuzeit : Brandenburg - Preußen mit Nebenterritorien Kleve, Mark, Halberstadt, Magdeburg*, t. 2, 2 vol., Frankfurt am Main, Klostermann, 1998. Wolfgang Sellert et Hinrich Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, t. 1, Aalen 1989, pp. 459-508, étudient la version corrigée en 1721 de la *Criminal-Ordnung*, pour la partie orientale des domaines Hohenzollern, le *Verbessertes Landrecht des Königsreichs Preußen*, de façon comparative et synchronique avec d'autres rédactions postérieures, (bavaroise, autrichienne, toscane, française et suisse), qui marqueront de leur influence les codes prussiens, puis le code pénal du second Empire allemand, le *Strafgesetzbuch* de 1871.

<sup>3</sup> Le second Empire allemand, fondé le 18 janvier 1871, à Versailles, au profit de la famille prussienne Hohenzollern, ne doit pas être confondu avec le premier Empire, qui, pour l'histoire allemande des institutions, s'étend depuis Charlemagne jusqu'à son abolition, par Napoléon, en 1806. Dietmar Willoweit, *ibid.*, pp. 514-524.

<sup>4</sup> Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1<sup>er</sup> pluviôse an IX, dans : *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil par Jean-Marie-Etienne Portalis*, par le Vicomte Frédéric Portalis, Joubert, 1844, p. 6.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 7.

constat peut être élargi à la plus grande part du droit pénal allemand<sup>6</sup>. Ceci nous invite à appréhender avec attention les relations de pouvoir, au sein de l'Empire, qui pouvaient interdire au Prince Hohenzollern de légiférer, comme les raisons et les moyens qui l'ont conduit à contourner cette interdiction. L'observation d'une des premières émissions d'un texte légal par l'une des familles électorales de l'Empire nous amène, en effet, aux racines de la codification et de l'évolution des institutions dans le domaine germanique.

Pour présenter la *Criminal-Ordnung* de 1717, ces observations préliminaires nous conduisent à considérer les conditions politiques de son émission, les courants d'idée qui traversent alors l'Europe, pour être en situation d'observer son contenu pénal.

## A – Considérations politiques

2. DES PREOCCUPATIONS TERRITORIALES. - La mosaïque des Etats du prince de Brandebourg forme la première des conditions politiques de la publication de la *Criminal-Ordnung*. La dispersion des fiefs de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> apparaît dès le prologue de notre ordonnance dans l'énumération des titres de ce prince. La géographie des « poussières d'Etat »<sup>7</sup> du prince Hohenzollern constitue un défi à notre vision moderne de l'Etat. Aucune continuité territoriale, aucune uniformité de l'administration, n'unit des parcelles séparées par l'espace, l'histoire et même la langue<sup>8</sup>. L'unité n'est réalisée qu'en la personne du maître de ces domaines. Maître que l'on pourrait regarder comme un propriétaire terrien accédant au statut politique par son droit de participer à l'élection de l'empereur (les *Chur-Fursten*, ou Grands Electeurs, sont neuf à détenir ce pouvoir électoral). Au sein de ces fiefs disparates, le centre du pouvoir est alors constitué par l'Electorat de Brandebourg<sup>9</sup>. L'autre domaine important de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> est l'ex Duché de Prusse. la Prusse, au sens strict, se trouve à l'extérieur de l'Empire<sup>10</sup>. L'électeur de Brandebourg, devenu propriétaire de ce territoire indépendant de l'Empire<sup>11</sup>, avait donc le devoir, et la liberté, d'y légiférer, contrairement à ses domaines électoraux, où il était soumis à l'autorité législative impériale, très exclusive<sup>12</sup>. C'est donc en prenant pied en des terres où l'empereur ne peut prétendre à

---

<sup>6</sup> Les droits français et allemand, proches par leurs origines et leurs philosophies, se comportent souvent comme des univers parallèles ; jusqu'en 1984, seul le *Traité de droit pénal allemand*, de Franz von Litz, traduit par Lobstein en 1917, était accessible aux lecteurs français. L'eupéanisation du droit a conduit à un renouveau de la comparaison des *Procédures pénales d'Europe*, Mireille Delmas-Marty, PUF, 1995, d'après Reynald Ottenhof (dir.), « Chronique de droit pénal allemand », J. Leblois-Happe, E. Mathias, X. Pin et J. Walter, dans : *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 73, 2002, 3/4, pp. 1229-1259.

<sup>7</sup> « *Kleinstaaterei* » : terme, quelque peu péjoratif, qui veut décrire le désordre résultant de la petite taille et de la multitude des Etats allemands avant une première réorganisation territoriale par Napoléon I<sup>er</sup> en 1806.

<sup>8</sup> D'importantes minorités slavophones autochtones peuplent alors les domaines hanovriens et prussiens : Polabes de l'Elbe, aujourd'hui disparus, et Sorabes de Lusace, présents jusqu'à nos jours ; A. Martinet, *Des Steppes aux Océans*, Paris, Payot, 1986, p. 77, 112.

<sup>9</sup> Selon Voltaire, l'Europe du XVIII<sup>e</sup> siècle « ne regardait pas alors la Prusse comme une puissance prépondérante [...] ni personne ne pouvait prévoir que le petit royaume de Prusse, presque désert, et l'électorat de Brandebourg, deviendraient formidables » ; Voltaire, *Histoire de l'Empire de Russie sous Pierre le Grand*, chap. IV, Evènements de 1712, la prise de Stettin, Paris, 1768.

<sup>10</sup> Conquis par l'Ordre des Chevaliers teutoniques depuis le XIII<sup>e</sup> siècle sur les populations slaves Borusses, avec l'assentiment de l'empereur Frédéric II Hohenstaufen, par la Bulle d'Or, donnée à Rimini en 1226, mission confirmée par le Pape Grégoire IX, en 1230 ; Peter Landau, *Tabelle zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Juristen-Jahrbuch 1, 1960, p. 207 et s.

<sup>11</sup> Le duché de Prusse devient propriété de la famille Hohenzollern par héritage en 1415. Il cesse d'être vassal du roi de Pologne en 1525.

<sup>12</sup> « Le roi des Allemands est empereur dans l'Empire par le choix des Princes Electeurs, empereur du monde par le couronnement papal ». Traité de Léopold von Bebenburg, *De iuribus regni et imperii Romanorum*, 1340, Franz Dorn, *Einführung in die deutsche Rechtsgeschichte*, 2006-2007.

l'autorité judiciaire que le prince Hohenzollern pourra, par la suite, se faire le champion de l'émancipation des domaines soumis au pouvoir impérial. La tendance n'est pas particulière à la Prusse, ou au Brandebourg, mais poursuit un mouvement séculaire des Electorats de l'Empire vers l'affirmation de leur autonomie<sup>13</sup>. La situation géographique particulière du Duché de Prusse, hors de la compétence juridique de l'empereur, a permis la rédaction progressive d'un *corpus constitutionum marchicarum*<sup>14</sup> des textes concernant ce domaine qui vient de devenir un royaume.

3. CONTRAINTES VASSALIQUES. - Le statut royal de la famille Hohenzollern, récent et partiel, forme la seconde condition politique à observer. Dans le prologue de la *Criminal-Ordnung* de 1717, son auteur porte une titulature qui peut surprendre. Ce prince est qualifié de roi *en Prusse*. Au moment où Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> émet l'ordonnance criminelle de 1717, la maison des Hohenzollern, n'appartient pas encore pleinement au statut royal. Ce n'est qu'en 1701, que le père de l'auteur de notre ordonnance, le « Grand-électeur », accède à ce titre, sous le nom de Frédéric I<sup>er</sup>. Mais le titre royal n'est concédé à ce prince que pour le territoire extérieur à l'Empire, la Prusse<sup>15</sup>. Une conséquence de cette exigence impériale, du Habsbourg Léopold I<sup>er</sup>, se manifeste par la curieuse titulature de roi *en Prusse*, présente dans le prologue de la *Criminal-Ordnung*. La conséquence majeure de cette titulature particulière, pour la famille Hohenzollern, s'exprime par le grand désir de mettre à profit sa chance territoriale pour s'émanciper de la tutelle séculaire que l'Empire fait peser sur ses vassaux et devenir une royauté indépendante. Devenir pleinement le roi *de Prusse* constitue le projet de pouvoir de cette famille. Le droit criminel va alors être utilisé pour affirmer l'Etat.

L'ordonnance criminelle présentée ici est émise le 8 juillet 1717, par le roi Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, roi *en Prusse* de 1713 à 1740. Ce souverain est plus connu pour son œuvre militaire que juridique, comme l'indique son surnom de Roi-Sergent<sup>16</sup>. L'édition de référence de notre texte est une collection *a posteriori* des travaux successifs de la chancellerie de Brandebourg et de Prusse. Le texte, signé de la propre main du roi<sup>17</sup>, est réputé émaner du souverain lui-même. Le fait est confirmé par son fils, Frédéric II de Prusse : « Sous son règne, il ne parut pas la moindre ordonnance qu'il n'eût signée de sa main, ni la moindre instruction

---

<sup>13</sup> L'autorité fondamentale de l'empereur, d'abord incontestée dans *les Allemagnes*, avait été progressivement mise à l'épreuve, à chaque élection impériale, par les prétentions des *Chur-Fürsten*, les Princes Electeurs. La première concession institutionnelle de l'empereur face aux Grands Electeurs est observée dans l'institution du *Reichskammergericht*, chambre de juridiction de l'Empire, en 1495, à Francfort, en concurrence avec le *Reichshofrat*, conseil de la cour impériale de Vienne, comme instance d'appel pour les territoires ou Etats de l'Empire. Le *Reichskammergericht* se dotera par la suite d'une autorité de type quasi-gouvernementale. Wolfgang Sellert, *Reichshofrat und Reichskammergericht : ein Konkurrenzverhältnis*. Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich, Köln et Wien, Böhlau, 1999. L'autorité du *Reichskammergericht* sera reconnue par son institution en *Reichstag* (diète), en 1663, à Regensburg : congrès des représentants de l'Empire (*Gesandtenkongress*). Heinz Duchardt, « Das Reichskammergericht », dans : Bernhard Diestelkamp (ed.), *Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit*, Köln, 1996, pp. 1-13.

<sup>14</sup> Ou Compilation des Constitutions pour les Marches brandeburgo-prussiennes, comme l'indique le titre de l'ouvrage auquel nous nous référons : *Novum corpus constitutionum prussico-brandenburgensium marchicarum*, édité en 1736, par Christian-Otto Mylius, à Berlin et Halle, abrégé CCM, Theil 2, Abtheilung 3 ; ce texte est édité en ligne par la *Staatsbibliothek zu Berlin - Stiftung Preußischer Kultur*.

<sup>15</sup> La chancellerie française a utilisé la précarité de cette titulature royale, pour la reconnaître finalement le 13 avril 1713, à l'occasion du traité d'Utrecht, accordant le titre de « Majesté » au prince Hohenzollern. A. Waddington, *Recueil des instructions données aux ambassadeurs et ministres de France depuis les traités de Westphalie jusqu'à la Révolution*, t. XVI, Prusse, Alcan, Paris, 1901, pp. 290-291. Ce fait constitue une nouvelle atteinte à l'autorité impériale, qui considère le titre de Majesté comme sa propriété exclusive, titre usurpé par François I<sup>er</sup> à la suite de sa défaite à l'élection impériale de 1519, immédiatement imité par Henri VIII d'Angleterre, puis par Pierre I<sup>er</sup> de Russie en 1547.

<sup>16</sup> Ou le *Soldatenkönig*, surnom donné par son cousin et beau-frère détesté, George I<sup>er</sup> de Hanovre, roi d'Angleterre, qu'il qualifia en retour de *Roi-Comédien*. Le Roi-Sergent fut le promoteur de l'armée prussienne.

<sup>17</sup> Prologue de la *Criminal-Ordnung*, l. 54.

dont il ne fût l'auteur »<sup>18</sup>. Pourtant, le prologue porte le contreseing du baron Ludwig-Otto von Plotho<sup>19</sup>. Au moment de la promulgation de la *Criminal-Ordnung*, ce baron von Plotho porte le titre de *Chef der preussischen Justiz*, directeur général de la justice prussienne. Il conduit une structure bicéphale : Georg von Arnim dirige la justice civile<sup>20</sup>, et Christoph von Katsch, *Generalauditeur*<sup>21</sup>, la justice criminelle. Le prologue commande de signaler les manquements dans l'application de l'ordonnance « immédiatement » au « *General-Fiscali*<sup>22</sup> et à Nous »<sup>23</sup>. C'est ce second personnage, non signataire, Christoph von Katsch, que désigne aussi le titre de *General-Fiscali*, utilisé dans notre ordonnance. Le prologue de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> laisse à penser que le *General-Fiscali* a eu sa part dans l'élaboration du texte, comme il est le responsable de son application<sup>24</sup>. Ces juristes de la cour sont « prussiens », à nos yeux, alors que l'Etat prussien n'est pas encore apparu sur la scène européenne, ni l'idée d'un Etat allemand. Envisager la nationalité des rédacteurs de la *Criminal-Ordnung* pose la question du sentiment de *nationalité* dans ces *Allemandes* éparses du début du XVIII<sup>e</sup> siècle, alors que le concept d'Etat prussien demeure incertain et le nationalisme encore dans les nimbes. En effet, en 1717, la rédaction de la *Criminal-Ordnung* se situe en amont de l'apparition, ou de la diffusion, du nationalisme en Europe<sup>25</sup>. Quels sont alors les repères culturels ou politiques ?

<sup>18</sup> Frédéric II de Prusse, *Mémoires pour servir à l'Histoire de la Maison de Brandebourg*, dans : Oeuvres de Frédéric le Grand, T. I, Berlin, Rodolphe Decker, Imprimeur du roi, 1844, p. 354.

<sup>19</sup> Ludwig-Otto von Plotho (1663-1731) fit deux ans d'études à Francfort sur l'Oder avant de se porter volontaire dans les armées prussiennes. Blessé, il rédigea une œuvre juridique : *de juribus serenissime domus bandenburgicae*, dans le but manifeste d'entrer comme juriste à la cour de l'Electeur de Brandebourg. *Deutsche Bibliographie*, Frankfurt am Mainz, t. I, 1954, pp. 87-88.

<sup>20</sup> Georg Dietlof von Arnim, (1679-1753) fut un des premiers étudiants de l'Université de Halle, fondée par le Grand Electeur Frédéric I<sup>er</sup>. Il est reçu docteur en droit en 1699. Après un tour d'Europe, il est nommé Gentilhomme de la Chambre et capitaine en plusieurs campagnes. Nommé Grand Jjusticier en 1706, puis conseiller privé du roi. C'est le poste qu'il occupe auprès de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> au moment de la rédaction de la *Criminal-Ordnung*. C'est le juriste le plus formé des rédacteurs de la *Criminal-Ordnung*. « *Eloge de Monsieur d'Arnim* », Samuel Forney, *Histoire de l'académie royale des Sciences et des Belles-Lettres de Berlin*, Berlin, 1754, Haude et Spener, pp. 511- 519.

<sup>21</sup> Christoph von Katsch (1656-1729), porte aussi bien le titre de « *Generalauditeur* », ministre délégué à la justice militaire et criminelle, que celui de « *generalfiscali* » qui correspond à la charge d'inspecteur général, aussi bien en matière criminelle que fiscale. Ces deux charges sont associées en page de garde des *corporis constitutionum marchicarum*. Le rôle de Christoph von Katsch dans le gouvernement de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> est décrit par le fils de ce dernier, Frédéric II de Prusse, *Mémoires pour servir à l'Histoire de la Maison de Brandebourg*, p. 354.

<sup>22</sup> Dans les Etats de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, *fiscali* signifie « inspecteur ». Le titre de *fiscali*, selon Niermeyer, équivaut à « procureur » : *Mediae latinis lexicon minus*, Leiden, E.J. Brill, 1954-1976, p. 433. Ce terme est présent avec cette signification dans l'ordonnance de Villers-Cotterêts prise par le Roi François I<sup>er</sup>, le 25 août 1539 (Art. 148), ou encore sous la plume de Jousse au tome II, titre XXIV de son *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, p. 511 : « *Des conclusions des Procureurs du Roi, ou Fiscaux* ». Jean Domat utilise également le terme : *Quatre livres ...*, p. 537. Selon Gerhard Köbler, le titre de *fiscali* est présent dans la *lex baiuvariorum, Liber exquisiti xenii*, Giessen-Lahn, 1999, p. 203. Au XVI<sup>ème</sup> siècle, ce terme montre son usage en matière criminelle : Ernst von Moeller, *Julius Clarus aus Alessandria, der Kriminalist des 16. Jahrhunderts der Rat Philipps II.*, Breslau, 1911, pp. 150-161.

<sup>23</sup> Prologue de la *Criminal-Ordnung*, l. 52.

<sup>24</sup> Christoph von Katsch fut doté d'un fief en 1717, semble-t-il à la suite de la publication de la *Criminal-Ordnung*. Vice-président du consistoire en 1723, et ministre du département de la justice, il a également présidé à la correction et à l'amélioration de ce texte en 1721, alors limité au territoire royal de Prusse. Le texte sera renommé à l'occasion : *Verbessertes Landrecht des Königsreichs Preußen*. V. : Neue Deutsche Biographie, t. 11, Berlin, 1977, pp. 326-327.

<sup>25</sup> La diffusion de l'idée nationale est souvent regardée comme une conséquence de « la révolution française conquérante ». Cette association doit, selon Jacques Godechot, être nuancée : *Annales historiques de la Révolution française*, n° 206, 1971, p. 501. La notion de nationalisme *stricto sensu* est donc sans doute ici anachronique. Nous sommes à une époque où les maréchaux de Saxe et de Luxembourg peuvent servir les armes

4. REFERENCES EUROPEENNES. - La troisième condition politique notable se situe au niveau contextuel. Pour un Etat brandebourgo-prussien en construction, quels sont les modèles politiques et juridiques envisageables ? A quelles amitiés, à quelles alliances, peut se reporter ce pays en quête de références ? A l'égard de la France catholique, les Etats du prince Hohenzollern, de religion réformée, nourrissent un sentiment mélangé d'attraction et de répulsion. La culture française est à l'honneur. L'Académie royale de Prusse, fondée en 1700 à l'instigation de Leibniz, publie en français<sup>26</sup>. Le futur Frédéric le Grand reçoit une éducation orientée par les visées pragmatiques<sup>27</sup> de son père<sup>28</sup>. Mais ceci n'empêchera pas Frédéric II de Prusse de devenir le monarque le plus francophile d'Europe<sup>29</sup>. A l'inverse, en matière religieuse, l'opposition à la France constitue alors une ligne de force majeure dans la société prussienne du XVIII<sup>e</sup> siècle. Cette opposition à la politique religieuse de Louis XIV<sup>30</sup>, a fait accueillir vingt mille huguenots français dans les Etats Hohenzollern. Ceux-ci représenteront un tiers de la population de Berlin et constitueront un foyer durable de présence française et d'opposition à la politique de Louis XIV. Pourtant, les politiques extérieures, de la Prusse et de la France ont en commun de s'être unies contre l'autorité impériale<sup>31</sup>. Il faut aussi noter des points de proximité remarquables dans le mode de gouvernement entre les Etats de Brandebourg et la France. La Prusse se trouve au diapason de la France dans l'affirmation de l'autorité *absolue* de son monarque<sup>32</sup>. La montée en puissance de l'absolutisme prussien s'exprime par un gouvernement sans consultation des Etats, jusqu'alors fort influents<sup>33</sup>, et sans premier ministre. Le contexte d'opposition religieuse, de concurrence politique feutrée, allié à une attraction culturelle envers la France, est-il associé à une proximité avec d'autres pays européens ?

L'autre grande puissance européenne n'est pas encore l'Autriche, au sens moderne, mais le domaine Habsbourg. Cette famille cumule alors deux types de pouvoirs. Le premier de ces

---

françaises alors que le prince Eugène de Savoie, déçu dans l'amour qu'il a voué à Louis XIV, rencontre la gloire en combattant les Turcs pour le compte des Habsbourg d'Autriche.

<sup>26</sup> L'Académie royale de Prusse publie alors en langue française : Voir la collection des *Mémoires de l'Académie Royale des Sciences et Belles Lettres de Berlin*. Leibniz présidera l'Académie royale de Prusse depuis sa fondation, le 12 juillet 1700, jusqu'à sa mort, le 14 novembre 1716.

<sup>27</sup> A. Waddington, *Recueil des instructions données aux ambassadeurs...*, t. XVI, Prusse, 1901, p. XXXVIII.

<sup>28</sup> Le « Roi-Sergent », orienté vers la gestion de ses domaines, est opposé aux goûts manifestés par son fils pour le latin, le français et la poésie. L'éducation du futur Frédéric II est en outre marquée par une grande dureté dont sa sœur fut témoin : « Mon frère commençait de même de recevoir ses caresses accoutumées de coups de canne et de poing. Nous cachions nos souffrances à la reine », Frédérique Sophie Wilhelmine, Margrave de Bareuth, *Mémoires depuis l'année 1706 jusqu'à 1742*, Paris, Mercure de France, 1967, pp. 179-180.

<sup>29</sup> Les écrits de Frédéric II sont rédigés en français : *Œuvres de Frédéric II, roi de Prusse, ou collection des ouvrages qu'il publia pendant son règne*, (24 vol.), VI<sup>e</sup> éd., Postdam, 1805.

<sup>30</sup> En 1685, par l'Edit de Saint Germain, Louis XIV, révoquant l'Edit de Nantes, œuvre de son grand-père Henri IV, a mis fin à la tolérance religieuse, progressivement dégradée, accordée en France aux membres de la religion réformée. Beaucoup préféreront l'exil à une conversion forcée et répondront à l'appel que leur fit, la même année, l'électeur de Brandebourg par l'Edit de Postdam en réponse à Louis XIV. V. : A. Waddington, *Recueil des instructions données aux ambassadeurs ...*, t. XVI, Prusse, pp. XLII et 288.

<sup>31</sup> Depuis le traité de Westphalie (1648), le roi de France s'est fait reconnaître « *garant des libertés germaniques* », défi constant à l'autorité impériale, lié à la nécessité de conserver la Prusse dans son alliance depuis le traité de Saint-Germain (1679), alliance mouvementée, renouvelée en 1716. Le roi de France a la Prusse pour alliée, et peut ainsi se prétendre chef de file des princes allemands dans la défense de leurs libertés. A. Waddington, *Recueil des instructions données aux ambassadeurs...*, Prusse, pp. 294-304.

<sup>32</sup> Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte, op. cit.*, p. 204-214. Michel Kerautret, *Histoire de la Prusse*, coll. L'univers historique, Le Seuil, Paris, 2005, pp. 124-135.

<sup>33</sup> La dernière réunion des Etats de Brandebourg se tient en 1631, soit 17 ans après les Etats de Paris de 1614. Frédéric II, *Mémoires pour servir à l'Histoire de la Maison de Brandebourg, op. cit.*, p. 351. A partir de 1721, Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> mettra en place un gouvernement par consistoire qui semble associer son absolutisme personnel au système de la polysynodie, tentée en France, sous le Régent. Frédéric II de Prusse, *Mémoires pour servir à l'Histoire de la Maison de Brandebourg*, pp. 137, 351-354.

pouvoirs vient des domaines héréditaires d'Autriche, de Hongrie et de Bohême. Le second réside dans le statut acquis d'empereur électif du Saint-Empire. Cette « Autriche » bicéphale est infiniment proche et dangereuse pour la jeune Prusse. Le récent quasi-royaume ne doit son avènement à une royauté limitée qu'au bon vouloir de l'empereur Habsbourg, son suzerain<sup>34</sup>. Or, dans les mains de cet empereur, l'*auctoritas imperialis* reste une réalité en usage<sup>35</sup>. L'empereur constitue la source du droit, non seulement dans les domaines où il est reconnu, mais prétend encore l'être dans toute l'Europe<sup>36</sup>. L'empereur Habsbourg Joseph I<sup>er</sup> a publié une *Kriminalordnung*, en 1707, année de son couronnement sur le trône de Hongrie<sup>37</sup>. Sans doute faut-il voir dans la publication de la *Criminal-Ordnung* prussienne, dix ans plus tard, une réaction d'affirmation de l'autorité du roi *en* Prusse, tenu de borner ses domaines<sup>38</sup>. Le besoin pouvait être de devancer la promulgation par l'Empereur d'une ordonnance de même ordre pour les territoires de Prusse et de la Marche. Ou bien l'ordonnance impériale de 1707 diffusait-elle l'autorité de l'empereur sur les franges, ou au sein même des territoires soumis au pouvoir du prince Hohenzollern. Mal à l'aise entre Autriche et France, comme entre Grande-Bretagne et Espagne, grandes puissances de l'Europe<sup>39</sup>, le prince Hohenzollern sait qu'il lui faut rechercher des alliés à sa mesure. Si la France constitue une alliée obligée, pour faire pièce à l'empereur, les amitiés du Brandebourg vont en réalité à une puissance qui lui est proche par la taille et par la vision religieuse. Ce sont les Provinces-Unies<sup>40</sup>. La publication de la *Criminal-Ordnung* s'inscrit ainsi dans un contexte où une Prusse incertaine tente la première montée en puissance d'un des Etats électoraux de l'Empire, dans une patiente et prudente affirmation de son autonomie face à l'autorité impériale. C'est dans ce contexte qu'il faut s'interroger sur les influences qui ont pu présider à la promulgation de la *Criminal-Ordnung*.

## B – La doctrine européenne

5. REFERENCES JURIDIQUES. - Quels sont alors les modèles possibles pour un droit criminel à créer ? A la volonté d'émergence politique du conglomérat brandebourgo-prussien, pourrait correspondre la volonté de mettre en place un droit criminel propre. Dans l'ensemble

<sup>34</sup> Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> décrivait sa fidélité à son suzerain en se disant : *gut kaiserlich*, « bon impérial », Michel Kerautret, *Histoire de la Prusse*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>35</sup> Comme le prouve, en 1718, la mise sous séquestre du Mecklembourg, confisqué à son duc par décision impériale. Frédéric II, *Mémoires pour servir à l'Histoire de la Maison de Brandebourg*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>36</sup> L'état des relations politiques internes à l'Empire est décrit par Samuel Pufendorf en 1667 : *De statu imperii Germanici*, d'après Bernhard Nagel, *Deutsches Recht bis 1806*, Kassel, 2004. La prétention universaliste du droit impérial est toujours présente, en 1803, dans la *Loi pénale sur les crimes et contraventions graves de police*, du Habsbourg François II-I, universalité confirmée dans les faits par les applications de ce droit en Lombardie-Vénétie, ou, avec certaines nuances, à Parme et Modène, à l'époque post-napoléonienne, V. Annamaria Monti, *ci-après*.

<sup>37</sup> Alfred Konieczny, *Die Kriminalordnung für Böhmen, Mähren und Schlesien*, ordonnance criminelle pour la Bohême, la Moravie et la Silésie, Józef Oględziny Koredczuk, *w ordynacji kryminalnej Józefa I z 1707*, *Studia historycznoprawne* (ed.), Wrocław, 1997.

<sup>38</sup> Comme le fit François I<sup>er</sup>, par l'ordonnance de Villers-Cotterêts, en réponse à l'influence croissante de la « Caroline » sur ses domaines. A. Astaing, *ci-dessus*. L'émission de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, par François I<sup>er</sup>, a pu être considérée comme une reprise d'autorité de la part du roi de France, en matière pénale, par rapport à Charles-Quint, auteur de l'ordonnance Caroline J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2<sup>ème</sup> édition refondue, PUF, Paris, 2006, pp. 226-227.

<sup>39</sup> Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> appelait « quadrilleurs » ces quatre puissances et se méfiait de leurs finesses diplomatiques dont il n'était pas sûr de suivre le jeu. M. Kerautret, *Histoire de la Prusse*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>40</sup> « L'électeur de Brandebourg regarde tout ce qui est hollandais pour ami », A. Waddington, *Recueil des instructions données aux ambassadeurs...*, t. XVI, Prusse, p. XXXVIII. Le Royaume-Uni eût pu prétendre à la même proximité si les deux rois, cousins et beaux-frères, n'avaient été unis par leur détestation réciproque.

de l'Europe, la procédure pénale a été durablement marquée par la publication par Charles-Quint (*Kaiser Karl der V.*) de la *Peinliche Gerichtsordnung*, à Regensburg en 1532<sup>41</sup>. Les domaines des Habsbourg, comme les anciens domaines de Charles-Quint : Espagne, royaume de Naples et de Sicile, Italie du Nord, Pays-Bas, Suisse, sont toujours gouvernés, en matière de procédure pénale, par l'ordonnance criminelle de Charles-Quint. Le modèle impérial, cette « Caroline »<sup>42</sup>, est marqué par la catholicité de son auteur. Quoique modèle catholique, la *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) constitue la référence commune de l'Etat Hohenzollern réformé. Le poids de l'usage est à ajouter à l'autorité de l'empereur. En face de ce modèle obligé, n'y a-t-il alors pour les législateurs prussiens d'autre source d'inspiration disponible en Europe que l'ordonnance criminelle donnée par Louis XIV, à Saint-Germain, en août 1670 ? Mais un modèle juridique émanant de Louis XIV ne semble pas plus désirable que le texte impérial pour une Prusse, refuge des huguenots que le monarque français a expulsés.

6. UNE ABSENCE FRANÇAISE. - Dans la Prusse de 1717, les Lumières françaises ne sont pas encore représentées. Montesquieu ne publiera *Les lettres persanes* qu'en 1721<sup>43</sup>. La doctrine européenne a, par ailleurs, tiré des leçons des guerres de religion qui ont marqué l'Europe depuis la Réforme. Face à la difficulté de faire reconnaître un ordre public fondé sur la religion, une école de pensée a fait renaître la théorie romaine du droit naturel. Initiée par le hollandais Grotius<sup>44</sup>, la démarche tendra à faire apparaître un « droit des gens » indépendant des appartenances religieuses. Cet axe de réflexion est poursuivi par les Anglais Hobbes, Cumberland et Locke<sup>45</sup>, le Prussien Pufendorf<sup>46</sup>, le Saxon Thomasius<sup>47</sup>, fils du maître pour le droit, de Leibniz<sup>48</sup>. Il semble que cette voie nouvelle d'élaboration de la norme juridique,

<sup>41</sup> *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V.*, (Carolina), Frederich-Christian Schroeder, (ed.), Reclam, Stuttgart, 2000. Texte aussi désigné *Constitutio criminalis Carolina*, (CCC) ou « Caroline ».

<sup>42</sup> Ordonnance que l'on pourrait regarder comme une réorganisation de la procédure pénale « commune » d'Europe continentale, sur un modèle de pensée de droit romain, actualisé aux réalités et aux rigueurs doctrinales du XVI<sup>e</sup> siècle. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 28.

<sup>43</sup> Si la trace de l'influence de Bayle et de Fontenelle est présente dans les correspondances de Leibniz, les sujets traités ne touchent jamais le droit, *Remarques critiques sur le dictionnaire de Bayle, Lettres de Leibniz et de Fontenelle*, dans : *Lettres et opuscules inédits de Gottfried Wilhelm von Leibniz*, A. Foucher de Careil, Librairie philosophique de Ladrage, Paris, 1854, pp. 173-180 ; 195-235.

<sup>44</sup> Hugo de Groot, dit Grotius (1583-1645), *De jure belli ac pacis*, Paris, 1625, dédié à Louis XIII. La pensée de Grotius a des précurseurs : Pierre Magnard, « Pascal et la critique de la loi », dans : *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 12, 1987, pp. 55-70 ; ou Tiraqueau dès 1559 : *De poenis temperandis*, « de la modération des peines », traduction A. Laingui, Paris, Economica, 1986.

<sup>45</sup> Hobbes (1588-1679), *De cive*, 1642, *Leviathan*, 1651. Richard Cumberland (1631-1718), *De legibus Naturae disquisitio philosophica*, 1672, éd. anglaise de John Maxwell en 1727, française de Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1744. Locke (1632-1704), *Essay on the civil government*, 1690.

<sup>46</sup> Samuel baron de Pufendorf (1632-1694), *Le droit de la nature et des gens*, 1672, éd. française également de Jean Barbeyrac, (2 vol.) chez Thourneisen, Basle, 1732. Pour les questions pénales : *Du pouvoir des Souverains sur la vie & sur les biens des Sujets*, t. II, pp. 370-414. Michael Stolleis, *Pufendorf, Samuel von, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, trad. de Klaus Luig, Frankfurt am Main et Leipzig, 1994 ; ou Jean-Fabien Spitz : « La théorie du double contrat chez Grotius et chez Pufendorf », dans le même ouvrage collectif, Alfred Dufour : « Jusnaturalisme et conscience historique – La pensée politique de Pufendorf », dans : *Des théories du droit naturel*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publication de l'Université de Caen, n° 11, 1987.

<sup>47</sup> Christian Thomasius (1655-1728), surnommé le « père des lumières allemandes », scandalisa par sa promotion de la langue allemande, en matière juridique : *Summarischer Entwurf der Grundregeln, die einem studioso juris zu wissen nöthig*, 1699. Il postulera pour la mise en place d'une procédure criminelle humaine (*humane Strafordnung*), l'abolition des procès en sorcellerie et de la torture : *De crimine magiae*, 1701, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, 1705. V. Michael Stolleis, dans : *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht*, 2<sup>ème</sup> ed, Frankfurt am Main 1987, Thomasius, p. 227 et s.

<sup>48</sup> Gottfried Wilhelm Freiherr von Leibniz (1648-1716), mathématicien, physicien, philosophe et linguiste a appliqué la puissance de son esprit au droit naturel. Son *Elementa de juris naturalis*, 1671, est qualifié de



modérée par la raison et visant le bonheur du peuple par la laïcité de ses principes, ait eu de quoi séduire le nouvel Etat brandeburgo-prussien. L'indépendance du modèle par rapport à un ordre européen ancien pouvait servir de bases à l'édification d'un ordre juridique novateur en rapport avec la nouveauté de l'Etat prussien et les espoirs de rénovation de l'humanité de Leibniz. La création de l'académie royale de Prusse montre le grand crédit de Leibniz auprès du pouvoir prussien. Cet appétit de Leibniz de mettre la philosophie en pratique et d'ouvrir, par une juste législation, une voie nouvelle au bonheur des peuples, aurait pu rencontrer la nécessité politique d'affirmation de son récent pouvoir par le Hohenzollern Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>. Pourtant, si Leibniz a pu jouer de son influence pour la réalisation d'une telle œuvre juridique, sans doute les réalités pratiques et l'esprit plus rassis du prince Hohenzollern ont-ils interdit de suivre dans la pratique l'éblouissante casuistique - théorique - développée par Leibniz dans ses *Elementa juris naturalis*. C'est après la mort de Leibniz que sera émise la *Criminal-Ordnung*. Et si ce texte est mal aimé c'est, au moins en partie, pour avoir déçu les espoirs qu'avait suscités l'école novatrice du droit naturel. D'autres courants de pensée ont cependant influencé les rédacteurs de la *Criminal-Ordnung*.

7. LA RIGUEUR NECESSAIRE. - Certains tenants de la tradition et de la sévérité s'appuient sur l'esprit dominant de l'ordonnance de Villers-Cotterêts : « qu'il est juste d'effrayer les meschants ». Sur ces principes, on retrouve l'italien Prospero Farinacci<sup>49</sup> ou l'influence plus proche d'un sujet de Brandebourg au service de la Saxe, Benedikt Carpzov<sup>50</sup>. Carpzov se pose en défenseur, en théoricien et en réformateur des pratiques instituées par l'ordonnance criminelle de Charles-Quint. Il est le promoteur d'un compromis procédural composé de deux éléments. Il propose d'une part la *Strafverteidigung*, « défense pénale », orientée vers la *summum favor defensionis*, la « suprême faveur de la défense », d'autre part la *Aktenversendung*, la « circulation des actes », comme moyen de limiter l'arbitraire du juge et de l'obliger à rendre une sentence qui « ne puisse sortir de son cerveau, mais doit pouvoir être approuvée par le droit »<sup>51</sup>. Ces solutions d'amélioration de l'ordonnance criminelle impériale vont être retenues par les auteurs de la *Criminal-Ordnung*.

8. UN ECLECTISME MEDIAN. - Entre rigueur et progrès, les rédacteurs de la *Criminal-Ordnung* vont se livrer à un « *in medio veritas* » entre tenants de la sûreté des personnes et garants de la sévérité publique. Devant la difficulté de faire passer « à la pratique » les idées généreuses du droit naturel, privées d'expérience, les juristes prussiens se sont aussi inspirés d'un modèle où une synthèse est déjà entamée. Une œuvre qui veut être en cohérence à la fois avec les vues humanistes de Pufendorf, avec les réalités de la pratique du droit criminel, ainsi

---

proprement vertigineux : René Sève, « Leibniz et le droit naturel moderne », dans : *Des théories du droit naturel*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publication de l'Université de Caen, n° 11, 1987. Voir aussi : John Macdonnell, « Leibnitz », dans : *Journal of the Society for Comparative legislation*, New ser., Vol. 6, n° 2, 1905, pp. 283-297.

<sup>49</sup> Prospero Farinacci (1554-1618), juriste et homme de loi de l'Etat pontifical. Dans son ouvrage *Praxis et theorica criminalis*, 1581-1614, il livre la jurisprudence pénale, assortie du mode de conduite du procès. Il sera une référence en Italie et hors d'Italie, pour une école pénale rigoriste. Son oeuvre est qualifiée « d'infâme ouvrage » par le futur girondin Brissot, Jacques-Pierre Brissot de Warville, *Bibliothèque philosophique du législateur*, Paris, Desauges, 1782, t. I, p. 390.

<sup>50</sup> Benedikt Carpzov (1595-1666), *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, Wittenberg, 1635. V. : Wolfgang Sellert et Hinrich Rüping : *Studien und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, t. I, Aalen 1989, pp. 311-340. Ulrich Falk, « Zur Folter im deutschen Strafprozeß ; das Regelungsmodell von Benedict Carpzov », *Forum historiae iuris*, Frankfurt am Main et Mannheim, 2001.

<sup>51</sup> « *Ex cerebro suo inducere non posse, sed ea jure approbata esse debere* », Carpzov, *Practica nova* (Ann. 29), qu. 117, n. 9 s., 27, 69 ; qu. 123, n. 31 ; qu. 120, n. 4 ; Ulrich Falk, *Zur Folter im deutschen Strafprozeß ; das Regelungsmodell von Benedict Carpzov*, article cité, p. 18 et 32. Contre l'arbitraire du juge et pour la collégialité des décisions de justice, Jacques-Pierre Brissot de Warville, *Bibliothèque philosophique du législateur*, op. cit., t. I, pp. 388-390.

qu'avec la rigueur procédurale du droit romain. Ce modèle encore théorique, mais amené par son auteur à un stade d'élaboration très avancé, est dû à un autre théoricien et praticien du droit : Jean Domat<sup>52</sup>. Le plan et le vocabulaire de certains titres de la *Criminal-Ordnung* – en français dans le texte – montrent, selon nous, l'influence de l'ouvrage, alors récent de Domat (les *Quatre livres* paraissent en 1697) sur les rédacteurs brandeburgo-prussiens<sup>53</sup>.

9. UN PROGRES DECEVANT. - La *Criminal-Ordnung* a déçu les zélés du droit naturel. Elle maintient non seulement la peine de mort mais encore l'usage de la question. Nous y voyons la prudence des juristes brandebourgeois choisissant une voie médiane, entre les influences doctrinales de Carpzov et de Domat d'une part, et d'autre part voulant faire progresser le droit des gens comme l'on espéré Thomasius ou Leibniz. Au plan juridique, l'émission de la première *Criminal-Ordnung* participe, en dépit des critiques, à une certaine émergence d'un « modèle prussien » par une affirmation marquée des droits de la défense. La faible audience que la critique actuelle accorde à l'ordonnance de 1717 ne prend sans doute pas assez en considération le courage qui fut nécessaire à cette tentative de faire progresser, même de façon partielle, les idées jusque-là théoriques des droits de l'individu. La *Criminal-Ordnung*<sup>54</sup> paraît ne pas avoir atteint les objectifs de ses inspirateurs. Le futur girondin Brissot semble partager l'opinion de Portalis sur la qualité des lois d'Allemagne qui « conservent la rouille gothique des lois pénales enfantées dans les siècles ignorants. Il faut cependant excepter quelques Etats où le génie éclairé des souverains a porté dans la législation le flambeau de la réforme... »<sup>55</sup>. L'hommage aux réformes juridiques successives, menées par les souverains prussiens, reste pour le moins modéré. Si la *Criminal-Ordnung* n'a pas gagné la sympathie des esprits éclairés d'Europe, en revanche, l'objet politique du roi en Prusse fut satisfait. Le désir d'affirmation de l'autorité du roi dans ses domaines, lié à sa volonté d'émancipation par rapport à l'empereur, va conduire le monarque à utiliser son ordonnance comme un moyen d'accroître son pouvoir pour devenir pleinement le roi de Prusse.

---

<sup>52</sup> Jean Domat (1625-1696), *Lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694, *Quatre livres de droit public*, 1697, rééd. Firmin-Didot, Paris, 1829, Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989. Dans le second de ces ouvrages, le janséniste Jean Domat présente le plan de la procédure judiciaire qu'il considère conforme à la justice divine, *Quatre livres...*, pp. II-III, pp. 535-580. L'influence de Domat sur le plan et le vocabulaire de la *Criminal-Ordnung* est observable : *Quatre livres...*, p. 545, où l'on observe non seulement la succession - naturelle - des phases du procès, mais surtout un vocabulaire particulier que l'on retrouve dans les titres de la *Criminal-Ordnung*. L'influence de Jean Domat sur le droit allemand est reconnue à travers celle qui lui est attribuée sur le Code civil : Stefan Geyer, « Code civil Allgemeiner Teil ? Zur pandektenwissenschaftlichen Umdeutung des Code civil in Deutschland », Köln, *forum historiae iuris*, 2005. Nous signalons ici l'influence directe de Domat sur les rédacteurs brandeburgo-prussiens de 1717. Il a été possible de retracer son cheminement. Par courrier, Leibniz, président fondateur de l'académie royale de Prusse, sollicite de François Pinsson l'envoi des œuvres de Domat. Leibniz, dispose déjà de l'édition de 1695, mais tient beaucoup à recevoir l'ouvrage posthume complété de réflexions de droit public de Domat, dans l'édition de 1702, *Allgemeiner und gelehrter Briefwechsel 1701-1702*, t. 2, pp. 201-203, 492-494, 509-510, 537-538. Les ouvrages de Domat, annotés de la main de Leibniz, se trouvent aujourd'hui à la *Staatsbibliothek zu Berlin* qui possède les fonds de la bibliothèque de l'académie royale de Prusse. Leibniz semble avoir transmis son intérêt pour Domat aux sociétaires de l'académie : Samuel Forney, secrétaire perpétuel de l'académie royale de Prusse, cite Domat dans : *Conseil pour former une bibliothèque*, Berlin, Haude et Spener, 1746, citation dans l'édition de 1756, p. 207. Les deux rédacteurs de la *Criminal-Ordnung* sont membres de l'académie : « *Eloge de Monsieur d'Arnim* », par le même Samuel Forney, *Histoire de l'académie royale de Berlin*, 1754, Haude et Spener, pp. 511- 519-, citation p. 514.

<sup>53</sup> L'usage de termes spécifiques, dans l'ordre même donné par Jean Domat dans le cours de la procédure théorique qu'il préconise, *Quatre livres*, table, titre VII, *Des appellations*, titre VIII, *Des grâces, rémissions et abolitions*, marque, l'influence de Jean Domat comme source doctrinale et formelle des rédacteurs de la *Criminal-Ordnung*. *Quatre livres...*, p. 545.

<sup>54</sup> Comme signe de sa faible diffusion, la *Criminal-Ordnung* ne semble pas avoir été traduite en français.

<sup>55</sup> Jacques-Pierre Brissot de Warville, *op. cit.*, t. I, p. 16.

## II – LA VALEUR DU TEXTE

10. UNE PORTEE SECLAIRE. - La *Criminal-Ordnung* fut éditée, selon le prologue de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, par le libraire Christoph Gottlieb Nicolai, qu'il privilégie à cette fin. Dans le corps de l'ordonnance (Cap. XIII, § 2.), il est indiqué que les juges seront documentés, soit aux frais de la couronne, soit aux frais du juge (sans autres précisions). La procédure pénale livrée par la *Criminal-Ordnung* de 1717 fut appliquée jusqu'au renouvellement du texte, en 1805<sup>56</sup>, sous le même titre par Frédéric-Guillaume III. Quoiqu'elle fut réformée en 1740 par l'abolition de la torture<sup>57</sup>. Elle fut aussi révisée, dès 1721, par son auteur, Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup><sup>58</sup>. Mais le texte de 1721, émis à Königsberg, ne s'applique qu'au territoire strictement prussien, c'est-à-dire à l'ancien duché de Prusse. La limite territoriale du texte de 1721 confirme la difficulté rencontrée, par le prince Hohenzollern, dans l'affirmation de son pouvoir législatif dans ses Etats soumis à l'autorité impériale. Les causes de la révision de 1805 sont données par Frédéric-Guillaume III dans son prologue. Elles sont en rapport avec les fréquentes réformes politiques que Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, puis Frédéric II, ont fait subir à l'organisation de leurs Etats pour les unifier<sup>59</sup>. Ainsi, la révision de la *Criminal-Ordnung*, de 1721, la tentative de codification de von Cocceji entamée en 1746<sup>60</sup>, pourraient être considérées comme des éditions successives de l'ordonnance royale de 1717, dont le contenu ne cesserait de se compléter et de s'adapter à la volonté des souverains brandebourgeois de suivre l'évolution des idées en matière de droit<sup>61</sup>. Ces diverses codifications<sup>62</sup> sont à considérer dans une démarche continue d'affirmation de l'autorité juridique des souverains de Prusse à mesure que leur autorité politique, envers la maison d'Autriche, aura pu s'affirmer par les armes<sup>63</sup>.

---

<sup>56</sup> *Criminal-Ordnung* du 11 décembre 1805, première partie du *Allgemeines Criminalrecht für die Preußischen Staaten*, Berlin.

<sup>57</sup> Par une simple « lettre de Cabinet » de Frédéric II, du 3 juin 1740, soit quatre jours après le décès de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>.

<sup>58</sup> Comme l'indique le titre de *Friederich-Wilhelms Verbessertes Landrecht des Königsreichs Preußen*, « droit territorial amélioré du royaume de Prusse », Königsberg, 1721.

<sup>59</sup> Dans le *Allgemeines Criminalrecht für die Preußischen Staaten*, *op. cit.*, le roi Frédéric-Guillaume III exprime ces raisons dans sa *Patent*, pp. 3-6. Les réformes successives de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> ont pu paraître erratiques où désordonnées ; elles décrivent surtout l'immense effort qui fut nécessaire pour transformer le conglomérat coutumier brandebourgeois-prussien en un Etat modèle pour l'Allemagne et pour l'Europe ; Frédéric II, *Mémoires ... Maison de Brandebourg*, pp. 351-355.

<sup>60</sup> Heinz Mohnhaupt, « Zur Kodifikation des Prozeßrechts in Brandenburg-Preußen : « Samuel von Cocceji's Project des Codicis Fridericiani Marchici von 1748 », dans : Helmut Neuhaus, Barbara Stollberg-Rilinger (ed.), *Menschen und Strukturen in der Geschichte Alteuropas. Festschrift für Johannes Kunisch*, Historische Forschungen 73, Berlin, 2002, p. 279.

<sup>61</sup> Ces améliorations réitérées conduiront en 1794 à la rédaction du premier code prussien, le *Preußisches Allgemeines Landrecht*, droit territorial commun de Prusse, une fois l'unification territoriale et politique réalisée. Le titre de ce code est révélateur de l'objet des ses auteurs : disposer d'un droit commun unifié sur l'ensemble d'un territoire politiquement réuni et partiellement libéré de l'autorité impériale. Les qualifications pénales sont alors révisées : t. II, partie 20 – *Strafrecht*, mais la procédure pénale attendra 1805 pour être actualisée à son tour.

<sup>62</sup> L'effort de perfectionnement sera poursuivi, en conservant le titre, aux rédactions postérieures : *Criminal-Ordnung* de 1805, *Criminal-Ordnung für Preußischen Staaten*, du 3 Janvier 1849. La continuité de l'effort de codification prussien mènera, dès la constitution de l'Empire allemand au profit des Hohenzollern, au *Strafgesetzbuch* de 1871. Le droit pénal prussien a unifié l'Empire allemand comme il a constitué le noyau autour duquel s'est affirmé l'Etat prussien. « La Prusse, en tant que Prusse, sera toujours en mesure de donner des lois à l'Allemagne, mais non de les recevoir des autres », orgueil visionnaire de Bismarck, discours du 21 avril 1849, Horst Kohl (ed.), *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck*, 14 vol. 1892-1905, t. 1, p. 81.

<sup>63</sup> A l'occasion des deux guerres de Silésie. Lors de la première Guerre de Silésie, en 1742 – ou Guerre de Succession d'Autriche –, Frédéric II exploite la faiblesse de l'Autriche, conduite par l'Archiduchesse Marie-Thérèse. Sa conquête de la Silésie sera confirmée par les puissances européennes à l'issue de la Guerre de Sept Ans, en 1763, par le Traité d'Hubertsburg.

11. LA PREMIERE AULKLÄRUNG<sup>64</sup>. - S'il convient de mettre en lumière le contexte politique des révisions de la *Criminal-Ordnung*, il ne faut pas en minimiser les effets juridiques. Chacune de ces révisions permettra la réforme progressive de la procédure criminelle initiée par Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> et son adaptation aux doctrines auxquelles elle avait pu manquer lors de sa première rédaction, comme aux idées nouvelles apparues depuis. Il suffit de citer les auteurs, regardés aujourd'hui comme les plus influents, dans la maturation du modèle européen de procédure criminelle, pour mesurer le besoin d'adaptation de la première procédure pénale prussienne aux idées du XVIII<sup>ème</sup> siècle. La promulgation de la *Criminal-Ordnung* est en effet antérieure aux œuvres de Montesquieu<sup>65</sup>, Voltaire<sup>66</sup>, Beccaria<sup>67</sup>, Sonnenfels<sup>68</sup>, Kant<sup>69</sup> et Feuerbach<sup>70</sup>, pour ne citer que les auteurs les plus notables.

La théorie de l'Etat qui gouverne la Prusse de 1717, n'est pas encore celle du « monarque éclairé »<sup>71</sup> qui sera appliquée au fils du Roi-Sergent, Frédéric II. Le prologue nous livre un aperçu de la pensée de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>. Elle est également décrite par son fils, ou les ambassadeurs français qui l'ont approché. Il est sérieux et appliqué, économe et peu attiré par la vie de cour ou les constructions intellectuelles<sup>72</sup>. Le prince veut établir sa *souveraineté*<sup>73</sup> « comme un rocher de bronze »<sup>74</sup>. Cette idée lui fait un devoir d'efficacité. Il est un monarque. C'est-à-dire qu'il dirige seul. Distant par rapport aux lettres, ce prince n'est perméable aux idées nouvelles qu'en fonction du service qu'elles peuvent apporter à l'Etat. C'est à cette toise que seront mesurées les idées de la « *Erste Aufklärung* » Ainsi, cet esprit

<sup>64</sup> Littéralement : « première éclaircie », soit le premier avènement de la raison. L'abaissement que connaît l'Académie royale de Prusse sous le règne de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, associe le sens de l'économie du roi à son rejet de l'intellectualisme lorsqu'il est dénué d'application. A l'inverse, les Universités de droit, ou de médecine, sont promues, Michel Kerautret, *ibid.*, p. 130.

<sup>65</sup> Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755), dans *L'Esprit des lois*, 1748, traite, aux livres VI et XII, des libertés civiles et de la proportionnalité de la peine, V. : David W. Carrithers, « La philosophie pénale de Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n° 1, Institut de l'histoire de la pensée classique de l'Humanisme aux Lumières, Saint Etienne, 1997, pp. 39-63.

<sup>66</sup> François-Marie Arouet, dit Voltaire (1694-1778), dont les prises de position en matière pénale sont restées célèbres : *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*, 1763, voir aussi : Jacques Van den Heuvel, *L'Affaire Calas et Autres Affaires*. Paris, Gallimard, coll. Folio, 1975.

<sup>67</sup> Cesare Marquis de Beccaria (1738-1794), *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1764, s'oppose à l'inhumanité de la torture, à la peine de mort et, dans une optique laïque, pose des limites au devoir de punir, proposant, à la suite de Domat, que l'Etat policé prévienne le crime.

<sup>68</sup> Joseph Freiherr von Sonnenfels (1732-1817), *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanzwissenschaft*, 3 vol., Wien, 1769-1776 ; professeur à l'Université de Vienne et membre du Hofrat, le « conseil aulique » ou conseil de la cour, il fut l'acteur principal de la réforme de la justice voulue par l'empereur Habsbourg Joseph II.V. aussi : Werner Ogris (ed.), *Grundsätze der Polizey von Joseph von Sonnenfels*, München, Beck, 2003.

<sup>69</sup> Immanuel Kant (1724-1804), philosophe et professeur à l'Université de Königsberg, capitale de la Prusse, *Grundlegen zur Metaphysik der Sitten*, 1785, réédité par Hans Ebeling, Stuttgart 1990 (*Fondements sur la métaphysique des mœurs*) ; V. : Laurence Guignard, « L'irresponsabilité pénale dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, entre classicisme et défense sociale », Champ pénal, *Responsabilité / Irresponsabilité pénale* mis en ligne le 17 juillet 2005 ; Hermann Cohen, *Commentaire de la "Critique de la raison pure" de Kant*, trad. E. Dufour, Paris, Le Cerf, 2000.

<sup>70</sup> Paul Johann Anselm Chevalier de Feuerbach (1775-1833). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gießen, 1801, *Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die kurpfalz-bayrischen Staaten*, 3 vol., Gießen, 1804. Feuerbach est le principal acteur de la rédaction du Code criminel bavarois de 1813 : le *bayerischen Strafgesetzbuch* ; V. aussi : Oliver Rosbach, « Strafrecht und Gesellschaft bei Anselm von Feuerbach », *Forum historiae iuris*, 2000.

<sup>71</sup> L'expression de « despote éclairé » est réputée suivre la parution de l'article « Philosophe » dans le premier tome de l'Encyclopédie, paru en 1751.

<sup>72</sup> Qu'il qualifie de *Wind* ou de *blaue Luft*, de « vent » ou « d'air bleu » ; A. Waddington, *Recueil des instructions données aux ambassadeurs...*, t. XVI, Prusse, p. LVI.

<sup>73</sup> Terme généralement en français dans le texte, y compris les textes officiels, comme celui de la *Criminal-Ordnung*, ou du *Rescript* de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, du 2 mars 1717, concernant l'envoi et les *confirmations* des sentences criminelles.

<sup>74</sup> Michel Kerautret ; *Histoire de la Prusse, op. cit.*, p. 125.

prudent est-il « naturellement conservateur » et ce fait marquera la rédaction du texte que nous étudions. Dans un Etat aussi dispersé et divers que le conglomérat brandeburgo-prussien de 1717, le poids de l'Etat est encore faible. Le laisser-aller qui règne dans l'administration de la justice transparait jusque sous la plume du souverain, dans le texte de son ordonnance. C'est pourquoi le prince Hohenzollern va utiliser sa *Criminal-Ordnung* comme le moyen de donner une consistance nouvelle aux devoirs de ses sujets envers l'Etat qu'il entend faire apparaître. L'effet produit outrepassera ce simple vœu puisque la mécanique de contrôle des décisions judiciaires, inventée à l'occasion, fera passer le Brandebourg, sans transition, d'un relatif laisser-aller d'Ancien Régime à un encadrement administratif strict de la justice, qui préfigure celui des Etats totalitaires de l'époque contemporaine.

### III – LE CONTENU DU TEXTE

12. UN ASSEMBLAGE HETEROCLITE. - Le texte de la *Criminal-Ordnung* présente 197 articles répartis en treize chapitres écrits dans l'allemand très particulier de son auteur. Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, fils de la « reine philosophe », Sophie-Charlotte de Hanovre, n'a jamais voulu apprendre le français, parlé en famille, mais il n'a guère entendu d'allemand pendant son enfance. Il maîtrise mal cette langue qu'il veut utiliser. Son expression est un curieux *sabir*, mélange personnel d'allemand, de français et de latin<sup>75</sup>. Le caractère utilisé pour l'édition de la *Criminal-Ordnung* est alors commun en Allemagne, c'est la *gothische Schrift*, l'écriture dite « gothique ». Cette écriture n'est cependant pas employée pour les termes ou les notions perçues comme étrangères par les rédacteurs. Ces notions non allemandes, latines ou françaises, sont écrites en caractères réputés appropriés à ces langues, c'est-à-dire en écriture « Caroline » (il s'agit ici du caractère d'écriture manuscrite normalisée à la demande de Charlemagne). Cette volonté de différenciation graphique a pour nous le grand avantage de nous renseigner sur la perception des rédacteurs brandebourgeois, du début du XVIII<sup>ème</sup> siècle, du caractère autochtone, ou étranger, des mécanismes juridiques présents dans le texte de la *Criminal-Ordnung*. La fréquence de ces termes étrangers y est notable. Ce mélange produit une sorte de jargon juridique spécialisé parfois obscur<sup>76</sup>. Ainsi, la défense, *Verteydigung* dans l'ordonnance de Charles-Quint, est désignée dans la *Criminal-Ordnung* par un barbarisme : la *defension*<sup>77</sup>. On peut s'interroger s'il faut voir ici une tentative de mise en place d'une tierce langue<sup>78</sup>, langue commune des juristes européens, en accord avec l'esprit cosmopolite de l'école du droit naturel. L'ordonnance de Charles-Quint ne présente pas cette caractéristique de mêler des termes savants étrangers à la langue allemande. Lors de l'amélioration de la *Criminal-Ordnung*, en 1721, ou de sa révision de 1805, une partie seulement de ces termes sera remplacée par des équivalents allemands<sup>79</sup>. Il se pourrait également que ces termes techniques, latins et français, aient constitué une tentative de sauvegarde employée par les juristes de la cour pour réduire les intrusions du prince

<sup>75</sup> Michel Kerautret, *Histoire de la Prusse, op. cit.*, p. 119.

<sup>76</sup> Thomasius avait promu l'usage de la langue allemande pour l'enseignement comme pour la pratique du droit, mais ne négligeait pas de frapper les esprits par le mélange des langues, comme en atteste le titre de son ouvrage déjà cité : *Summarischer Entwurf der Grundregeln, die einem studioso juris zu wissen nöthig* (note 44).

<sup>77</sup> Le terme est présent sous la plume de Benedict Carpzov : *quando de inquisiti defensione agitur...*, *Practica nova*, remarque 29, 33, 115, n. 12. ; d'après Ulrich Falk : article cité, p. 17 et 32.

<sup>78</sup> L'expression est de Paul Ricoeur, *Sur la traduction*, Paris, Bayard, 2004. V. : Agata Jackiewicz, « La causalité dans la langue », *Intellecta*, Paris IV- Sorbonne, 2004, 38, pp. 43-67 ; ou Françoise Canon-Roger, « La traduction », *Texto!*, juin 2006, vol. XI, n° 2.

<sup>79</sup> La *defension* redeviendra *Verteidigung*, dans l'édition de 1721, mais de nombreux barbarismes subsisteront dans ce texte, tels les *condemnation* (VIII, III, §1), *admittiret* (VII, VII) et autres *Inquirent*, comme dans la *Criminal-Ordnung* de 1805.

Hohenzollern dans des matières qu'il ignore<sup>80</sup>. Cette hypothèse expliquerait les deux niveaux de lecture possibles de la *Criminal-Ordnung*. Le plan et ces termes techniques livrent un contenu juridique pertinent, alors que le texte des articles offre parfois de bien curieuses digressions. Mais il semble que le prince ait triomphé de la difficulté qui lui aurait été faite, en incorporant avec efficacité les termes juridiques allogènes à son sabir personnel. Il est possible de voir en cette particularité linguistique une des causes envisageables du dédain dans lequel a été laissée la *Criminal-Ordnung*. L'abondance des termes étrangers montre, sinon la nécessité, au moins l'utilité, qu'ont trouvé les rédacteurs de 1717 à l'emploi de formulations juridiques extérieures au monde germanique. Ce fait a pu entrer en conflit, à certaines époques, avec les lectures proposées de l'histoire allemande du droit. Pour rendre compte de l'atmosphère particulière créée par l'emploi de tant de termes non allemands dans la *Criminal-Ordnung*, nous avons choisi de présenter en italiques dans notre traduction les termes notés en caractère Caroline dans la *Criminal-Ordnung*, et de maintenir, autant qu'il nous l'a semblé possible, leur forme latine ou celle de certains barbarismes<sup>81</sup>, que nous attribuons à Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>. Le plan de la *Criminal-Ordnung* nous renseigne sur son contenu.

Cap. I	Des personnes dont doit être constituée une cour pénale.	(12 articles)
Cap. II	Des prisons, entretien des prisonniers, des gardiens des prisonniers, et du bourreau (juge de la vengeance).	(6 articles)
Cap. III	De la procédure <i>inquisitoire</i> ordinaire, quand, comment et par qui celle-ci doit elle être mise en place.	(25 articles)
Cap. IV	De la procédure <i>inquisitoire</i> extraordinaire.	(23 articles)
Cap. V	De la preuve d'un crime, <i>publicité</i> des <i>preuves</i> et <i>confrontations</i> .	(24 articles)
Cap. VI	De la <i>defension</i> des <i>prévenus</i> , garanties et élargissement contre <i>caution</i> .	(16 articles)
Cap. VII	Comment conduire le <i>procès</i> contre les criminels en fuite ou absents ?	(17 articles)
Cap. VIII	De la <i>rédaction</i> , l' <i>enregistrement</i> et la <i>transmission</i> des <i>Actes</i> .	(17 articles)
Cap. IX	De la <i>Publication</i> d'un jugement de mise à la question, de la question des peines et des voies de purification.	(30 articles)
Cap. X	De la <i>Publication</i> du jugement final, et de son appel, soit statuer à nouveau de la même affaire.	(9 articles)
Cap. XI	Remise de peine, du droit de grâce, de l' <i>abolition</i> du <i>procès criminel</i> , des dépens, des <i>dénonciations</i> et <i>reconventions</i> .	(7 articles)
Cap. XII	De l' <i>exécution</i> des peines.	(9 articles)
Cap. XIII	Du maintien de cette ordonnance <i>criminelle</i> .	(2 articles)

#### A - Les principes

13. DIVINS, PRAGMATIQUES ET ABSOLUTISTES. - Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> veut offrir, comme preuve de l'Etat, une justice pénale digne de son temps aux sujets de ses domaines, aussi bien au niveau doctrinal, qu'efficace dans la pratique. Mais l'ordonnance de 1717 apporte-t-elle la preuve de sa prétention ?

Dans son prologue, Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, Electeur de Brandebourg et roi *en* Prusse, présente certaines de ses raisons de légiférer. Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> donne la cause

<sup>80</sup> Le prince laisse échapper son humeur, dans le texte, devant la contrainte qui lui est ainsi faite, et montre une certaine révolte contre les termes : *dont sont farcis ceux qui ont appris le droit*, (Cap. VI, § 6).

<sup>81</sup> Ces termes sont en outre réunis en un *Index*, à la suite de la traduction.

fondamentale de son entreprise. Elle est d'ordre divin : « Héraut, du plus haut Dieu, par grâce... ». Le prince tient à assumer son devoir « afin que le plus haut Dieu en puisse trouver agrément ». La puissance souveraine affirmée ici n'est pas éloignée de celle défendue par Bossuet, du « Roi, lieutenant de Dieu sur terre ». Ces principes politiques, proches de ceux de Louis XIV, vont passer en la personne de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, sans transition, à une pratique qui annonce celle du « despote éclairé » incarnée plus tard par son fils Frédéric II. Le Prince n'explique pas plus pourquoi il veut émettre une ordonnance criminelle, si ce n'est par « souci paternel, par amour inné de la justice et du bien, comme à notre haine et dégoût de l'injustice et du méfait ». Mais Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> ne reste jamais éloigné des considérations pratiques, et préfère aux principes les objectifs concrets, qu'il exprime avec prudence.

La diversité de ses titres et domaines, énumérés dans le prologue, illustre l'utilité pour ce prince de réunir ses « poussières d'Etats ». Mais une limite territoriale est reconnue par Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> à l'autorité de son ordonnance : « dans les domaines où elle pourra s'appliquer ». On voit ici la précaution de ne pas défier l'autorité législative de l'empereur et reconnaître que, dans les domaines impériaux, la *Criminal-Ordnung* n'est revêtue d'aucune autorité.

Une certaine insouciance dans l'usage des juges semble transparaître lorsque le souverain sollicite : « que chacun se mette en peine, sérieusement... ». Le texte de l'ordonnance fait de nombreuses allusions au désordre juridictionnel antérieur à sa promulgation. Les territoires du prince Hohenzollern connaissent, semble-t-il, un certain laisser-aller en matière de justice criminelle<sup>82</sup>. Le premier objet du souverain est, par conséquent, de se saisir des affaires judiciaires et de mettre en place un modèle unifié de justice pénale. Certains lieux semblent, en effet, avoir été privés de cour de justice, notamment les campagnes (Cap. I, § 1). Cet abandon peut conduire la population à administrer elle-même une justice expéditive (Cap. III, § 2). En d'autres lieux, dotés d'un juge, l'administration de la justice semble parfois soumise à son arbitraire : « les prisonniers, ... les témoins, n'auront pas à être crus de l'avis d'une seule personne, tel que cela ne doit jamais être »<sup>83</sup>. Le juge unique est aussi l'objet d'influences : « ils ne doivent se laisser arrêter par aucune considération aux personnes, ni détourner par offes, présents, cadeaux ou dons, ou autres moyens »<sup>84</sup>. Le souverain a constaté les conséquences fâcheuses de la situation et veut mettre en place une cour pénale partout où il convient, pour que la justice soit accessible à tous. Il faut également voir dans ces propos une justification de son entreprise législative par rapport à l'autorité impériale. L'objectif déclaré du roi *en* Prusse n'est pas de produire une norme pénale nouvelle, mais de donner force et application au texte de son suzerain, dont la portée semble limitée par l'indolence du personnel judiciaire, en certains de ses domaines.

Le roi *en* Prusse poursuit aussi des objectifs qui lui sont propres. Son perfectionnisme rejoint son désir d'autorité. En incorporant les solutions récentes d'administration de la justice, il sait renforcer son pouvoir. Un des objets de son ordonnance réside dans la volonté de mettre en œuvre un nouveau respect des moyens de la défense. De même, la question d'obliger l'administration semble centrale pour cette première survenue du souverain brandebourgeois dans les affaires criminelles de ses Etats. La volonté d'accélération des

---

<sup>82</sup> Le constat de la mauvaise administration de la justice est un lieu commun des préambules de telles ordonnances. Le rédacteur y motive la nécessité de la rédaction de son nouveau texte. Charles-Quint : « la plupart des juridictions criminelles établies dans l'Empire romain de la nation allemande se trouvaient ... composées de personnes peu exercées et non apprises dans les lois impériales », Frederich-Christian Schroeder, (ed.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V.*, (Carolina), Reclam, Stuttgart, 2000, p. 9.

<sup>83</sup> *Criminal-Ordnung*, Cap. I, § 1 ; Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> dénonce et combat l'*Arbitrario* du juge (Cap. VI, § 15).

<sup>84</sup> *Criminal-Ordnung*, Cap. III, § 1.

dossiers (Cap. III §4) est affirmée. Objet récurrent de ce type de texte<sup>85</sup> qui poursuit un double but. L'efficacité dans l'administration judiciaire va de pair avec la réduction de la durée des procès et de leur coût. Le roi *en* Prusse veut être entendu et obéi par ses fonctionnaires<sup>86</sup>. La *Criminal-Ordnung* va se révéler dans ses mains, un outil efficace pour donner à l'Etat brandebourgeois un poids inconnu jusqu'alors. Enfin, sans quitter le domaine pratique, Frédéric-Guillaume demande, avec une force qui paraît exagérée, que soit mis fin à la pratique, semble-t-il courante, de composition entre les parties.

## B - Voies amiables

14. L'ABSOLUTISME CONFIRME. - Dès son prologue, Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> constate et combat, de la façon la plus nette, l'usage établi entre les parties de s'entendre sur les suites des jugements : « lesquels ne devant en aucun cas être débattus ou laissés à débattre, comme au gré de chacun ». Cette habitude semble exaspérer la haute idée qu'a Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> de l'autorité de la chose jugée. C'est au nom de l'égalité devant la loi que le souverain s'indigne et s'oppose à la pratique extra-judiciaire de la composition. Cet usage du *Täter-Opfer-Ausgleich*, qui offre à la victime la compensation du dommage par son auteur<sup>87</sup>, version allemande de la *compensatio* romaine, semble alors un usage fort répandu en Europe puisqu'il se trouve aussi bien interdit dans les domaines de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> qu'en terre d'Empire<sup>88</sup> ou encore dans la France de Louis XIV<sup>89</sup>. En prenant aussi clairement position contre la pratique coutumière de ses sujets, le prince Hohenzollern confirme sa posture de souverain absolu. En effet, ce prince, et les juristes brandebourgeois, sont ici très loin de suivre les voies recommandées par l'école du droit naturel qui valorise les modes amiables de règlements des litiges, mais plutôt l'avis modéré de Domat, attaché à l'autorité des juges et de la chose jugée<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> CCC. 77 : De la prompte expédition de la Justice : « Pour éviter les frais, Nous statuons et ordonnons que dans toutes les affaires criminelles, on expédie promptement la justice, et que l'on empêche tout délai préjudiciable ». De même, dans le prologue de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, « l'abréviation des procès » est critère de « bonne justice ».

<sup>86</sup> « Je les ferai danser à mon sifflet », s'écrie-t-il, dès 1714, à l'encontre de ses fonctionnaires ; Michel Kerautret, *Histoire de la Prusse*, op. cit., p. 119.

<sup>87</sup> Mécanismes de la médiation/réparation (*Widergutmachung*) tellement appréciés par les pénalistes allemands, lorsqu'ils se produisent dans le sein du tribunal, que certains d'entre eux ne craignent pas d'y voir une piste à suivre pour l'avenir de l'évolution de la politique criminelle, en Allemagne, comme en Europe : recommandations du 59<sup>ème</sup> congrès des juristes allemands, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 3021, d'après : Chronique de droit pénal allemand, op. cit., p. 1248.

<sup>88</sup> La même interdiction des compositions est présente dans l'ordonnance impériale pour les Pays-Bas autrichiens, ou « Pais de pardeçà » : *Ordonnancie ende ewig edict van de hertzhertogen*, XLVIII, Georges Martyn, (ed), Berghmans Uitgevers, Antwerpen, 2000.

<sup>89</sup> L'ordonnance criminelle de 1670 (XX, 19) réitère également des dispositions antérieures visant l'interdiction faite aux parties de transiger en cas de crimes capitaux, J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal*, op. cit., p. 188.

<sup>90</sup> Pufendorf montre une image positive de la « composition » ou de la négociation d'une chose jugée : *Le droit de la nature et des gens*, Arbitrage, L. II, 10, Arbitre L. V., 13, § 3 et 4 : « si l'on est tenu d'acquiescer à la sentence juste ou non », Compensation : L. V, 11, § 5-6. Domat reste plus froid quant à de telles solutions car attaché à l'autorité des juges. Il expose les voies de la transaction, de l'arbitrage et du compromis, comme des modes possibles de règlement des litiges : *Quatre livres...*, pp. 564-565.



## C - Le juge

15. LE JUGE PROUVE L'ÉTAT. - La constitution des cours de justice est abordée dès le premier chapitre de la *Criminal-Ordnung*<sup>91</sup>. A l'exception notable de l'Angleterre, l'Europe du XVIII<sup>e</sup> siècle a délaissé la pratique des témoins jureurs, preuves par turbe et autres associations de la population au rendu de la justice pénale. Le juge de cette époque est chargé de rendre une sentence nécessairement arbitraire<sup>92</sup> en l'absence de codes définissant les incriminations de façon précise.

16. LE STATUT DU JUGE. - Dans le conglomérat territorial régi par Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, le juge n'est pas encore un agent de l'État, au sens moderne. Le statut du juge y est marqué par une diversité au moins aussi grande que celle de l'ancien régime français. Le juge peut être un officier (*Beamter*), au sens de l'ancien droit, un juge municipal soit un échevin (*Schöppen*), ou encore un seigneur territorial (*Landesherr*) porteur du pouvoir de justice (*Träger der Staatsgewalt*). Un des objets de l'ordonnance de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> est de constituer des cours pénales de cinq membres là où régnait auparavant un juge unique (Cap I, § 2). Le personnage désigné comme « le » juge devient, par l'ordonnance du prince Hohenzollern, le président de ce tribunal, ce qui réduit sa solitude et le poids de son « arbitraire ». Le juge doit être revêtu de l'autorité déferée par le prince. Il doit être nommé, sous conditions de formation et d'obéissance. La formation peut être théorique. Le prince appelle de ses vœux « des gens formés en droit, par les bons certificats de Nos Facultés ». La pratique est aussi reconnue comme formation. Avocats et notaires peuvent être recherchés pour constituer une cour pénale (Cap I, § 3). Le pouvoir semble bien débonnaire lorsqu'il envisage le maintien en place d'un juge incompetent. Mais il s'agit des *Landesherrn*, seigneurs territoriaux, dont le droit héréditaire de rendre la justice, de même nature que celui du prince, ne peut être discuté. C'est pourquoi la solution adéquate est avancée, en accord avec les conceptions centralisatrices et autoritaires de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>. Il conviendra alors de solliciter du ministère de la justice de l'Electorat d'adresser un *Justiario*<sup>93</sup>, procureur de la cour, pour palier l'inconvénient et administrer la justice criminelle dans les formes requises. L'obéissance au prince et à son ordonnance est marquée par un serment (Cap I, § 7). Une fois les cours constituées, Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> donne son opinion sur les qualités qu'il attend de la part d'un juge : « celui-ci est surtout non passionné et montre un état indifférent, que par le moyen d'une dureté affichée, il ne soit exagérément sourd aux prisonniers, ou bien par une clémence déplacée, il ne soit oublieux de ses charges et devoirs, mais avant tout qu'il se tienne à distance des menaces imprudentes, comme aussi vis-à-vis des prisonniers de promesses de peines adoucies pour l'aveu... »<sup>94</sup>. Une fois campé le portrait psychologique du juge, le prince fixe ses devoirs.

17. LES FONCTIONS DU JUGE. - Les devoirs du magistrat qui siège dans une cour pénale brandeburgo-prussienne, sont nombreux. Son premier devoir est de contrôler que les faits dont il est saisi sont recevables et relèvent de sa compétence (Cap. III § 1-5). Une fois assuré que le fait constitue une infraction à la loi, le juge devra s'assurer que le prévenu est bien l'auteur du

<sup>91</sup> Ordre de présentation identique à celui de l'ordonnance impériale Caroline (CCC. Art. 1-5), ou à l'ordonnance criminelle française de 1670, tit. I.

<sup>92</sup> A l'époque où les sentences arbitraires ont été promues, elles étaient regardées comme une voie de progrès pour l'accélération des procès et la diminution des appels, répondant ainsi aux critiques souvent portées contre les lenteurs de l'administration de la justice sous l'ancien régime. André Laingui, « Lois, juges et docteurs dans l'ancien droit pénal », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 12, 1987, p. 78.

<sup>93</sup> Niermeyer donne quatre interprétations proches du terme *justiarius* : 1) juge du pouvoir public, 2) président d'un tribunal pénal, 3) officier de curie royale, 4) juge suprême, ministre ; *Mediae latinis lexicon*, ... p. 574.

<sup>94</sup> *Criminal-Ordnung*, Cap. I, § 10.

fait. Le juge va donc diligenter l'enquête ordinaire (*General-Inquisition*, Cap. III), ou extraordinaire (*Special-Inquisition*, Cap. IV) selon la gravité du fait. Une fois fait et auteur connus, le juge va conduire le jugement jusqu'à la rédaction de l'arrêt de jugement définitif. Désapproprié de la décision, il prononce la sentence et en contrôle aussi l'application (Cap. XII).

On mesure l'écrasante responsabilité de ce juge. Sont réunies en sa personne les responsabilités qui incombent aujourd'hui à l'officier de police judiciaire, au juge d'instruction, au président de tribunal<sup>95</sup>, et enfin au juge d'application des peines. Cette responsabilité semble encore alourdie par la carence relative de définition de la légalité des infractions et des peines. Le code de référence de la *Criminal-Ordnung*, pour la qualification des faits, est le Code criminel de Charles-Quint, incomplet comme norme pénale. L'imperfection de la source du droit pourrait conduire le juge, soucieux de rendre une sentence équitable, à palier le manque de définition légale par sa propre autorité, devenant source de droit et usurpant ainsi le pouvoir normatif du législateur<sup>96</sup>. Pourrait naître dès lors une situation de concurrence entre le pouvoir et le juge si le souverain brandeburgo-prussien n'avait identifié et réglé cette difficulté de façon innovante et autoritaire.

18. EFFETS POLITIQUES DE LA REFORME. - Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> conçoit les juges qu'il institue par son ordonnance comme des bornes de l'Etat qu'il veut faire apparaître, ou comme des soldats qu'il poste en garants de l'ordre civil. Le prince est épris de la chose militaire et il est remarquable que le *Chef der Preussischen Justiz*, Ludwig von Plotho, n'a étudié que deux ans à l'Université mais se trouve doté d'un passé de soldat. Une analogie a pu conduire à faire apparaître le *Criminal-Collegio*, collège de juristes criminalistes subordonnés au roi, institution centralisatrice et autoritaire, antérieure à l'apparition de la notion moderne de parquet. Le *Criminal-Collegio*, aux ordres du monarque, a pu être représenté au prince comme un Etat-major qui commande, soutient et contrôle sa troupe. Nous retrouvons dans les échanges de pièces qui seront exigés des cours brandeburgo-prussiennes, entre elles, ou avec ce collège de centralisation administratives des décisions de justice criminelle, les idées de Carpzov et de Thomasius qui ont souhaité réduire l'arbitraire du juge par la circulation des actes. C'est par ce moyen que les juges des Etats de Brandebourg vont devoir se soumettre à l'obéissance. Dans les cas de basse justice, le juge adresse les actes à un tribunal voisin, où la décision de jugement sera prise sur pièces et réexpédiée au tribunal d'origine. Cette disposition semble avoir inspiré la solution révolutionnaire française de l'appel circulaire, « garantie de la juste défense », institué en France par la loi des 16-24 août 1790<sup>97</sup>.

Dans les affaires relevant de la haute justice, le pouvoir prie le juge d'adresser les actes au *Criminal-Collegio*, organe subordonné au roi, qui centralise l'émission des sentences pénales (Cap. VIII, § 14-15). A réception des actes, le *Criminal-Collegio* devra répondre par ses *Instructions*, c'est-à-dire une sentence, un ordre de juger, établi un dehors de la cour qui a siégé. Le pouvoir normatif du juge est donc annulé. Le roi, à travers son *Criminal-Collegio*, affirme et réalise sa prétention de juge suprême<sup>98</sup>. Le fonctionnaire de justice doit désormais

---

<sup>95</sup> La notion de « ministère public » n'est pas encore présente dans les Etats Hohenzollern. Le juge n'est encore que le représentant du roi, juge suprême.

<sup>96</sup> André Laingui, « Lois, juges et docteurs dans l'ancien droit pénal », article cité, p. 75.

<sup>97</sup> Ni Bissot, ni Portalis n'ont pu ignorer cette influence. Voici, semble-t-il, une preuve de l'ingratitude française envers l'école juridique prussienne et ses apports à l'école du droit naturel, pourtant à la racine de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen des 24-26 août 1789.

<sup>98</sup> L'Etat prussien sortira de cette situation, de sujétion de la justice, en recevant la solution française du ministère public représenté par un magistrat, le procureur (*Staatsanwalt*), en 1815, par le *Kabinettsorder* royal du 17. septembre 1815, l'autorité de l'Etat s'effaçant alors devant celle de la loi. Peter Colin, « Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Preußen », *Forum historiae iuris*, 2001, § 6.

obéir comme un soldat<sup>99</sup>. L'encadrement administratif de la justice, s'il s'oppose aux théories, encore à venir, de l'Etat de droit, permettra pourtant aux difficultés, liées aux solutions des questions de droit, de devoir être présentées aux juristes de la cour, et de l'Université, avant d'être soumises au souverain pour décision finale. Ce mécanisme conduira Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, au vu du nombre important des cas qui devront lui être soumis, à constater la faiblesse de la référence légale alors en vigueur dans ses Etats, et à envisager, dès 1718, la nécessité d'une codification<sup>100</sup>. Enfin, pour s'assurer de la bonne observance de son ordonnance, Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> soumet la rétribution des juges à la condition expresse de l'envoi des *actes* du procès dans les formes requises (Cap. VIII § 15). Si la poigne du souverain est dure envers ses subordonnés, elle veut être secourable envers ses sujets.

#### D - La défense

19. UNE DEFENSE « HUMAINE »<sup>101</sup>. - L'ordonnance de Charles-Quint prévoyait « la défense à laquelle le prisonnier doit être admis » (CCC. 47). Enrichie par les réflexions de l'école théologique et du droit naturel, la chancellerie brandebourgeoise a considérablement fait progresser les droits de la défense. Ceci à l'inverse des pratiques françaises qui, au nom de l'efficacité et de la rapidité de l'administration de la justice, avaient tout d'abord limité les arguties<sup>102</sup> puis purement et simplement interdit l'assistance d'un avocat au procès criminel<sup>103</sup>. Au contraire, la *Criminal-Ordnung* consacre un chapitre complet à la défense (Cap. VI) où les dispositions en faveur d'une digne défense de l'accusé sont détaillées en seize articles.

Le droit au respect de la dignité de l'inculpé comme son droit à la sécurité sont envisagés, c'est la *Custodie* (Cap. II, § 1). Il est aussi fait droit au défendeur d'être informé du contenu de l'instruction criminelle dirigée contre lui par la communication des actes à son avocat (Cap. III, § 24). Une comparution péalable ouvrira au prévenu le droit de se tourner vers le juge. Le droit du prévenu d'être entendu dans une langue<sup>104</sup> qu'il comprend est reconnu (Cap. IV, § 21). Le principe dit de « l'égalité des armes » est également présent puisque l'accusé est

---

<sup>99</sup> Cette situation de strict encadrement de la justice brandebourgeoise a été décrite par le terme de *Richterbürokratie* ; Kehr, « Zur Genesis der preußischen Bürokratie und des Rechtsstaats », dans : *Der Primat der Innenpolitik. Gesammelte Aufsätze zur preußischen-deutschen Sozialgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, U.-U. Wehler, 1970, cité d'après Peter Colin, *ibid.*. Un grand témoin prussien a relaté son sentiment : « Le fonctionnaire prussien est comme un musicien dans son orchestre ; qu'il soit premier violon ou qu'il joue du triangle, sans voir et sans influencer l'ensemble, il faut qu'il joue sa partie comme elle est écrite pour lui, qu'il la joue bonne ou mauvaise. Mais moi, je veux faire de la musique comme je l'estime bonne, ou je n'en ferai pas du tout ». Otto Eduard Leopold von Bismarck, lettre à son père du 29 septembre 1838, citée d'après Jean-Paul Bled, *Bismarck, De la Prusse à l'Allemagne*, Paris, Alvik, 2005, p. 25.

<sup>100</sup> En 1718, une commission d'expert sera nommée à l'Université de Halle à cette fin ; Wilhelm Schrader, *Geschichte der Friederichs-Universität zu Halle*, t. I, Dümmler, Berlin, 1894, pp. 129-140.

<sup>101</sup> L'expression est de Christian Thomasius : « *humane Strafordnung* ».

<sup>102</sup> Ordonnance de Villers-Cotterêts, art. 42 : « Nous défendons aux parties, leurs avocats et procureurs, d'alléguer aucunes raisons de droit par leurs interdits, escritures, additions et responsifs fournis ès matières réglées en preuves et enquêtes ».

<sup>103</sup> Ordonnance criminelle de 1670 (XXIII, 1 et 2). Ces dispositions autoritaires étaient combattues, aussi bien au niveau doctrinal : Domat : « celui qui est assigné, constitue un procureur, afin qu'il se défende... ». *Quatre livres*, p. 573, qu'au niveau de la pratique : Arrêt du Parlement de Provence du 21 octobre 1718 : « Les principes du droit naturel réservent toujours aux accusés la liberté de se défendre ». Antoine Astaing, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 110-122.

<sup>104</sup> La disposition est principalement dirigée vers les communautés slavophones Wendes et Sorabes, citées dans le prologue de la *Criminal-Ordnung*. La même précaution linguistique est également présente dans l'ordonnance criminelle française de 1670 (XIV, 11).

traité à parité avec l'accusation dans la communication des actes (Cap. III, § 24). Il en est de même pour le droit de produire ses témoins (Cap. VI, § 7). L'assistance d'un avocat et son accès à l'audience sont prévus (Cap. VI, § 1), comme le temps nécessaire à la préparation de la défense (Cap. VI, § 10). Le droit de parler librement devant le tribunal et de discuter la déposition des témoins de l'accusation est ouvert lors des *Confrontations* (Cap. III, § 21). Enfin, le droit de prendre la parole le dernier est donné à l'accusé au moins sous la forme du « serment de paix » (Cap. XII, § 8).

20. LA TORTURE MAINTENUE. - La mise à la question constitue une atteinte majeure à l'encontre des droits de l'inculpé et de sa sureté. Il faut pourtant noter une disposition qui ouvre le droit à l'accusé de présenter une défense de façon antérieure à l'itération de la question. C'est la défense *pro avertenda*. Au vu des pièces de l'accusation, la défense a la possibilité d'y répondre de façon préalable à l'administration du supplice. Une mesure de la bonne foi de la défense est posée. Elle doit éclaircir le fait et non rechercher des mesures dilatoires ou échappatoires.<sup>105</sup> (Cap. III, § 24), A la suite de la torture, l'accusé doit encore ratifier ses aveux (Cap. IX, § 22-23). L'éventualité de se rétracter lui est ouverte (Cap. IX, § 24) mais elle lui est périlleuse, car la *Criminal-Ordnung* ignore la précaution présente dans l'ordonnance criminelle française de 1670 d'interdire la réitération de la question<sup>106</sup>. L'accusé sera enfin entendu à présenter une nouvelle défense, consécutive aux éventuelles révélations obtenues par le supplice (Cap. IX, § 26).

La *Criminal-Ordnung* montre ainsi une certaine modernité par la nette affirmation, dans la pratique, d'un respect manifeste, quoique incomplet, des droits de la défense. A côté de cette essentielle qualité, la *Criminal-Ordnung* porte aussi la marque de la personnalité de son auteur.

21. INSUPPORTABLE ET NECESSAIRE : L'AVOCAT. - Le rédacteur ne peut s'empêcher de fulminer contre « l'avocature ». Ainsi, le défenseur devra « éviter toute désobéissance à l'encontre de la cour, de même tout développements éloignés du sujet et écrits inutiles, et autres allégations dont sont farcis ceux qui ont appris le droit. Au contraire dirigera son attention uniquement à ne pas excuser le malfaiteur par des moyens interdits et chicaniers, par le conseil du contre-appel d'un aveu effectué, et autres semblables malicieux artifices, et vouloir éviter une peine pleinement méritée par de tels procédés irait à l'encontre de son serment d'avocat ». Ces lignes, pleines d'une involontaire saveur, illustrent la pensée intime de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> envers les juristes, lui qui affectait de mépriser ensemble lettres et lettrés<sup>107</sup>.

La place de l'avocat, définie par la *Criminal-Ordnung*, est proche de nos définitions modernes. L'avocat est un conseiller juridique, inscrit au barreau de son ordre (Cap. VI, § 1). Il a reçu mandat de conseiller l'accusé au cours de la procédure et de parler en son nom à l'audience. Ses fonctions sont détaillées selon les phases du procès. L'ensemble de ces mesures, en faveur de la défense de l'accusé, est réputé « aux frais de l'accusé ». Pourtant, des dispositions sont prévues (Cap. VI, § 11), désignées *Onus Jurisdictionis*, pour que les frais de la *Defension* soient pris en charge par le siège, lors d'affaires mettant en cause des nécessiteux (*Benöthigte*)<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Heinrich Meier, *Dissertatio inauguralis iuridica de defensione pro avertenda inquisitione*, Leipzig, Langenheilm, 1738.

<sup>106</sup> Ordonnance criminelle de 1670 (XIX, 10, al. 2). Antoine Astaing, *Droits et garanties de l'accusé ...*, op. cit., pp. 339-348.

<sup>107</sup> Mais ne l'empêchait pas de signer les toiles qu'il peignait pour tromper ses douleurs : *in tormentis pinxit F.-W. A. Waddington, Recueil des instructions ...*t. XVI, Prusse, p. LV.

<sup>108</sup> Disposition assurée aujourd'hui par la commission d'office d'un conseil à l'accusé qui en est démuné par le soin du bâtonnier de l'Ordre des avocats : article 116 du Code de procédure pénale.

22. *NULLUM JUDICIUM SINE ACTOR.* - A l'instar de l'ordonnance criminelle de Charles-Quint, la procédure définie par la *Criminal-Ordnung* est intermédiaire entre le mode accusatoire et le mode inquisitoire. La mise en mouvement de l'action publique peut ainsi résulter soit de la plainte d'un accusateur, soit de la décision du juge de poursuivre d'office. Pourtant, les procédures elles-mêmes ne sont décrites que de façon très incomplète. Ainsi le premier article du Chapitre III ne livre rien d'utile sur le mode d'ouverture d'une action publique par le juge (*Einleitung von Amts Wegen*). Si les motifs qui ont conduit le législateur, ou les freins qui peuvent entraver le devoir du juge, sont détaillés, en revanche, le mode d'exercice de son action n'est tout simplement pas précisé. Il faut se référer au titre de l'article pour identifier l'obligation faite au juge de diligenter une instruction. Celle-ci n'est décrite à aucun autre endroit du texte. Pourtant, le défaut du juge à mettre en mouvement l'action publique est condamné à l'article III du même chapitre : « § 3. Quand un juge ne s'enquiert d'un méfait ». A l'article suivant de la *Criminal-Ordnung* (Cap. III, § 2), une référence précise est faite à l'ordonnance de Charles-Quint (CCC. 11 à 17). Ceci laisse à penser que l'article précédent (Cap. III, § 2), se référait implicitement aux articles 6 à 10 de la Caroline qui précisent les modes d'action d'office attendus de la part du juge criminel. Enfin, si ce fait n'est pas non plus précisé, le *Criminal-Collegio* (organe de centralisation des décisions pénales) ne paraît pas intervenir. L'adage qui prévaut alors en France semble également valable en Brandebourg ou en Prusse, selon lequel « tout juge est procureur ».

23. UN TEXTE SUBSIDIARE. - La référence faite à l'ordonnance de Charles-Quint semble montrer le faible degré d'innovation du texte observé ici pour ce qui concerne l'ouverture de l'action. Les articles 11 à 17 de l'ordonnance de Charles-Quint disposent de l'ouverture de la procédure du fait d'un accusateur privé (*Privatklage*). Un accusateur ayant ou non subi un préjudice peut porter une affaire devant le juge (Cap. III, § 2). Ce rôle est celui de l'instigateur du procès<sup>109</sup>. Lorsque l'ensemble de la population retentit de la rumeur d'un fait, le juge se trouvera en position « d'instigateur par devoir »<sup>110</sup>, et devra se saisir lui-même<sup>111</sup>. L'ouverture de l'action proprement dite incombe au juge après examen préalable de sa compétence (Cap. III, § 5). Certains éléments incontournables de la procédure ne sont pas précisés dans l'ordonnance de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>. Le rédacteur de la *Criminal-Ordnung* renvoie à nouveau le lecteur à l'ordonnance impériale pour y trouver les détails de la procédure à suivre. On peut se demander s'il s'agit, de la part des rédacteurs brandebourgeois, d'un aveu de faiblesse politique. La chancellerie du prince Hohenzollern ne semble pas s'accorder l'autorité législative de s'écarter du modèle impérial. Il pourrait également s'agir de manifester l'obéissance de façade du vassal envers son suzerain, pour donner le change et masquer le puissant désir d'autonomie qui sous-tend toute l'entreprise de l'émission de la *Criminal-Ordnung* de 1717. Le même esprit courtisan envers l'empereur semble encore à l'œuvre lorsque le prince se prononce avec autorité en faveur de la tenue d'une procédure réglée par l'ordonnance de Charles-Quint (Cap. III, § 2).

<sup>109</sup> A côté de la notion d'instigateur du fait, toujours présente en droit pénal allemand (*Strafgesetzbuch*, § 26), le rôle de l'instigateur du procès, également connu dans l'ancien droit français, négligé par les commentateurs, a été remis en lumière par Christiane Plessix-Buisset, *Le criminel devant ses juges en Bretagne aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles*, Maloigne, Paris, 1988, pp. 99-121.

<sup>110</sup> Julius Clarus présente trois types d'instigateurs : 1) instigateur par devoir de leur charge, pour les hommes de loi en général, avocats, procureurs et syndics, 2) instigateurs sur ordre du juge, 3) instigateurs spontanés ; *ibid.*, p. 108.

<sup>111</sup> Ceci est toujours vrai en droit positif français. La clameur publique, à la suite immédiate d'un crime ou d'un délit, fait naître une situation qui justifie l'ouverture d'une enquête de flagrance et autorise l'arrestation de l'individu désigné comme agresseur, art. 53 du Code de procédure pénale.

## F - Cheminement du procès

24. UNE PROCEDURE CLASSIQUE. - La procédure pénale prévue par la *Criminal-Ordnung* de 1717 ne déroge pas au modèle continental commun<sup>112</sup> de l'époque, dans lequel deux cas sont à distinguer. Un méfait peut ainsi donner lieu soit à l'ouverture d'une procédure inquisitoire ordinaire (Cap. III), soit, quand la gravité du fait laisse envisager le prononcé d'une peine de mort, l'engagement d'une procédure d'enquête dite « extraordinaire » (Cap. IV).

25. L'INSTRUCTION ORDINAIRE. - La première des mesures d'instruction est l'ouverture de l'instruction préparatoire, par la recherche des éléments de preuve. Il s'agit en premier lieu de la collecte des procès-verbaux des médecins et chirurgiens (Cap. III, § 11). La police n'étant pas instituée en tous les lieux de Brandebourg, on doit parfois s'en remettre à la voix de la communauté des habitants (*gemeinen Ruff*) pour voir désigner un accusé (*Beschuldiger*) (Cap. III, § 2). La difficulté entrevue lors de la rédaction de l'ordonnance criminelle française de 1670 de placer l'accusé devant le choix obligatoire entre parjure et accusation de soi-même, semble avoir été prise en considération. L'interrogatoire de l'accusé se tient sans que celui-ci soit contraint de prêter serment (Cap. III, § 15)<sup>113</sup>. Les prises de décrets et assignations, prise de corps pour assurer la garde de l'accusé, la consignation des preuves, sont incomplètement décrites. En cela, la *Criminal-Ordnung* montre à nouveau sa subsidiarité par rapport à la « Caroline ». C'est à ce texte qu'il faut se rapporter pour l'examen des indices (CCC. 18-44), le rendu des arrêts d'ouverture de l'information (CCC. 77-101). En revanche, les prises d'arrêts de détention ou d'élargissement de l'accusé et d'assignations de témoins sont présents (Cap. III, § 2). Pourtant, l'établissement des actes, leur circulation, selon les procédures définies par Carpzov comme une garantie contre l'arbitraire du juge, sont détaillés (Cap. VIII). La question de droit doit enfin être établie et enregistrée avant d'adresser les actes (Cap. VIII, §13 et 14).

26. L'INSTRUCTION CRIMINELLE. - Le second mode d'enquête entraîne le recours à la torture. Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> a soumis le jugement de mise à la question à un renvoi de droit, par une *Constitution* du 13 décembre 1714. La décision doit obligatoirement être confirmée par l'organe de centralisation des décisions pénales de Brandebourg, le *Criminal-Collegio* (Cap. X, § 5). Au premier regard, la règle brandebourgeoise semblerait s'être alignée sur celle instaurée en France par l'ordonnance criminelle de 1670<sup>114</sup>. Cette disposition de soumettre le jugement de mise à la question à la décision d'une cour supérieure représenterait alors une innovation dans le domaine germanique puisqu'une telle précaution n'est pas présente dans le texte de la « Caroline ». Mais en pratique, le progrès apporté reste relatif puisque l'usage de l'appel à une cour supérieure semble avoir été l'usage régulier dans les domaines impériaux<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> « Les phases de procédure : mise en mouvement de l'action publique, instructions préparatoires et définitives, jugements interlocutoires et définitifs, appels, unissent plus qu'elles ne séparent les modèles continentaux de l'époque, qu'il s'agisse de la « Caroline » ou de l'Ordonnance criminelle française de 1670 », J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal*, op. cit., p. 135. Les différences entre « *mos italicus* » et « *mos gallicus* » ne sont pas procédurales, mais résident dans le cheminement intellectuel du juge : du détaillé au global, ou inversement.

<sup>113</sup> Antoine Astaïng, *Droits et garanties de l'accusé ...*, op. cit., p. 246.

<sup>114</sup> L'ordonnance criminelle française de 1670 avait apporté ce relatif progrès de soumettre cette décision à un appel de droit (XIX, 5 et 7), même si cette disposition ne constitue qu'une demie-mesure puisque Pussort comme Lamoignon inclinaient à la suppression pure et simple de la question. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal...*, op. cit., p. 212.

<sup>115</sup> Comme en atteste l'*Ordonnacie ende eewich edict*, pour les Pays-Bas, en 1611, XLVI, op. cit., ou encore le témoignage autorisé de Franz Adam Vogel, traducteur de l'Ordonnance criminelle de Charles-Quint : « les appels en général dans les affaires criminelles, qui se jugent dans les juridictions inférieures de l'Empire : ils sont

L'instruction se poursuivra (Cap. V) sous le titre « De la preuve d'un crime » par l'information du procès, soit l'audition des témoins après prestation de serment en présence du prévenu (Cap. III, § 4-8). Suivront les comparutions des témoins à l'audience (Cap. V, § 9), puis les confrontations (Cap. V, § 21-24). Le droit de l'accusé de présenter une défense informée, motivée, assistée et, nous allons le voir, contradictoire, (Cap. VI), en rupture notable avec les autres modèles continentaux de procédure, est fermement établi dans le mode procédural de la *Criminal-Ordnung*.

27. LE MODE DE PROCEDURE. - La procédure définie par la *Criminal-Ordnung* est, à l'image du modèle impérial, l'ordonnance criminelle de Charles-Quint, intermédiaire entre le mode accusatoire, rejeté par Pufendorf<sup>116</sup>, et mode inquisitoire. La montée en puissance de l'absolutisme a eu, en Brandebourg comme ailleurs, le corollaire de la promotion du procès inquisitoire contre le mode procédural accusatoire. Aux yeux du pouvoir, la procédure inquisitoire dispose, en effet, de nombreux avantages sur le procès accusatoire. Le procès inquisitoire, confisqué aux parties, est plus directement réglé par le juge et donne aux sujets une meilleure représentation de la conception centralisatrice de l'autorité. Sa procédure écrite est plus aisément contrôlable. L'oralité réduite de ce mode de procédure permet d'accélérer les affaires, ce qui rend l'administration de la justice plus économe des deniers de l'Etat ou du prince. A l'inverse, le procès accusatoire, long, coûteux, riche en péripéties<sup>117</sup>, pouvait de surcroît conduire à mettre l'Etat en accusation dans le cas où ses magistrats auraient engagé une action perdante. Les juristes brandebourgeois avaient constaté cet inconvénient dès 1615, et permis aux juges de s'investir des actions où l'accusateur privé se serait retiré en posant la condition que la procédure fût toujours convertie en procédure inquisitoire<sup>118</sup>. On devine le souhait du pouvoir de réduire la place de l'accusatoire dans le cheminement du procès tout en reconnaissant l'utilité des *instigateurs*<sup>119</sup>. La tendance sera de cantonner l'accusation à une simple dénonciation. La *Criminal-Ordnung* semble produire ici un pas de clerc.

En dépit d'une situation pratiquement gagnée en faveur d'une pratique inquisitoire, l'ordonnance maintient la notion d'instigateur, ou d'accusateur privé : « Il est nécessaire à la cour de requérir, quand il se trouve un accusateur » (Cap. III, § 2). Mais surtout, le même article renvoie à nouveau aux dispositions de l'ordonnance « Caroline » (CCC. 11 à 17) pour les détails de la procédure accusatoire, et détruit ainsi l'acquis de la pratique brandebourgeoise. La procédure accusatoire, avec ses complexités,<sup>120</sup> est à nouveau ouverte aux justiciables brandebourgeois.<sup>121</sup>

---

de droit naturel et y ont lieu, parce qu'ils servent de défense contre les sentences iniques des juges inférieurs, *Remedium Innocentiae*. ... L'usage de l'appellation des jugements criminels est si constant, qu'aucune sentence, qui y a été rendue ne peut être exécutée qu'après avoir été confirmée par le tribunal supérieur » ; *Code criminel de l'empereur Charles-Quint, dit la Caroline, traduction et commentaires de Franz Adam Vogel*, ed. 1779, 7<sup>e</sup> commentaire de l'article 12 CCC, mis en ligne par Jean-Paul Doucet : ledroitcriminel.net.

<sup>116</sup> « S'il suffisoit d'intenter accusation, personne ne seroit innocent », Samuel baron de Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, op. cit., VIII, 4, 7.

<sup>117</sup> Péripéties qui ont motivé les dispositions de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, art. 42 : V. *supra*, note 101.

<sup>118</sup> Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1947, selon M. Arends, *Geschichte des Rechts*, p. 38.

<sup>119</sup> V. *supra*, note 107.

<sup>120</sup> Sur la responsabilité de l'accusateur : Christiane Plessix-Buisset, *Le criminel devant ses juges...*, ouvrage cité, pp. 107-121.

<sup>121</sup> L'aspect involontaire du rétablissement partiel de la procédure accusatoire par la *Criminal-Ordnung* pourrait être discuté. En effet, on observe cette continuité entre la *Criminal-Ordnung* de 1717 et le *Verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen*, de 1721. La version révisée offre toujours aux victimes la possibilité d'ouvrir un procès accusatoire contre celui qui leur aurait causé un dommage<sup>121</sup>. Enfin, Frédéric II aura soin d'assurer la capacité de la victime d'ester en justice, dans les cas de blessures, dès sa montée sur le trône, en 1740. Il se peut qu'il y ait eu ici divergence entre la vision royale du droit des gens et les pratiques « simplificatrices » de l'appareil judiciaire.

Entre procédure accusatoire, favorable à la défense, et procédure inquisitoire, proche des intérêts de l'Etat, entre respect et amélioration de l'ordonnance impériale, la *Criminal-Ordnung* tente une synthèse, encore imparfaite, qui préfigure celles réalisées ensuite par Frédéric II, puis par le code français de procédure pénale de 1808<sup>122</sup>. Le mode procédural institué par la *Criminal-Ordnung* ouvre le droit de l'accusé de présenter une défense informée, motivée et assistée, comme nous l'avons observé, mais aussi contradictoire.

28. DEBATS CONTRADICTOIRES. - La *Criminal-Ordnung* fait enfin place au principe réputé le plus important de la procédure, celui de la contradiction des débats<sup>123</sup>. Certaines dispositions, favorables à ce principe, étaient déjà présentes dans la « Caroline » (CCC. 23, 77-88). Les thèses en faveur de la « juste défense » des écoles, théologique, puis du droit naturel, montrent leur influence sur les rédacteurs de la *Criminal-Ordnung*. Les dispositions décrivant les phases contradictoires des débats y sont détaillées. Il s'agit des *Confrontations*<sup>124</sup> orales (Cap. V, § 21-23). Le même souci d'information des parties prévaut à l'écrit et les échanges de pièces sont décrits dans le cours de la procédure ordinaire (Cap. VI, § 13 et 14). La présence des parties est exigée, aux fins de confrontation (Cap. V, § 21).

29. LA PREUVE. - *Auctori incumbit probatio*, la charge de la preuve incombe à l'accusateur. C'est donc afin d'établir la preuve que le juge, dans son rôle de procureur de l'Etat, a le devoir de diligenter l'enquête. Dans le jugement ordinaire, l'accusateur privé, lorsqu'il s'en trouve un, participe à l'établissement de la preuve. Dans le procès à l'extraordinaire, c'est au juge, incarnant l'autorité du souverain (à défaut de ministère public) qu'échoit cette charge. La *Criminal-Ordnung* de 1717 envisage l'ouverture de l'enquête par deux voies. Le mode de preuve à l'ordinaire est décrit au Chapitre III. Pourtant, le lecteur est prié de se reporter à l'ordonnance citée, la « Caroline », pour s'y conformer : « on tiendra l'enquête selon la procédure qui s'y trouve ». Dans le second cas, la procédure d'enquête extraordinaire, l'obtention de la preuve lors de l'instruction extraordinaire passe par l'usage de la torture. Il s'agit des affaires où une peine de mort est envisageable. Pussort avait considéré que « la description qu'il faudrait faire [de la question] serait indécente dans une ordonnance ». Les rédacteurs brandebourgeois n'ont pas entendu cet avis et ont consacré deux chapitres, (Cap. IV et IX), soit cinquante-trois articles, à ce sujet délicat. En revanche, la précaution française, prévue par l'ordonnance criminelle de 1670, de soumettre l'arrêt de mise à la question à la décision d'une cour supérieure<sup>125</sup>, est présente ici (Cap. X, § 9, al. 5). La conduite du procès, dans la main du juge, lui donne pour devoir d'obtenir l'aveu qui transformera l'accusé en coupable reconnu. L'absence de différence procédurale apportée par la *Criminal-Ordnung* par rapport à la « Caroline » est soulignée par les rédacteurs eux-mêmes, qui se réfèrent au texte impérial : « comme il est alors prévu aux articles XLV et suivants de l'ordonnance pour la tenue d'une cour pénale (Caroline) ».

Le principal reproche qui a été fait à la *Criminal-Ordnung* est de n'avoir pas entendu les influences proches des Thomasius, Pufendorf et Leibniz, qui avaient appelé à l'abolition de la

---

<sup>122</sup> Le Code d'instruction criminelle de 1808 a adopté certaines règles du système accusatoire, procédure publique de jugement, orale et contradictoire, associées à des règles venant du système inquisitoire, en particulier le rôle du juge d'instruction dans la recherche des preuves. Ce code a aussi combiné les deux systèmes, cour d'assises composée de magistrats professionnels et de simples particuliers, les jurés. Jean Larguier, *Procédure pénale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 12<sup>ème</sup> éd., 2005. Le procès pénal allemand actuel est décrit comme appartenant à la famille inquisitoire, sans donner à ce terme de sens péjoratif, « Chronique de droit pénal allemand », article cité, p. 1254.

<sup>123</sup> Convention européenne des droits de l'Homme, art. 6 : aucune preuve ne peut être retenue par les juges si elle n'émane d'un débat contradictoire préalable.

<sup>124</sup> « En français dans le texte ».

<sup>125</sup> Ordonnance criminelle de 1670, XIX, 7.



torture. Au contraire, les rédacteurs brandeburgo-prussiens ont conservé à l'aveu son statut de preuve absolue. Et se sont rangés aux pratiques confirmées par l'expérience de Carpzov ou de Domat : « lorsque les preuves sont telles qu'elles obligent à user de la question, ... on y applique le criminel »<sup>126</sup>. Carpzov, quand à lui, légitime cet usage par l'avis populaire : « l'opinion générale du public qui ne veut [voir] les crimes demeurer impunis »<sup>127</sup>, et par une prestigieuse ancienneté que cet auteur fait remonter à l'empereur Auguste et à Paulus<sup>128</sup>.

30. LES JUGEMENTS. - Les jugements interlocutoires permettent de signifier au prévenu les conclusions de l'instruction préparatoire. Le prévenu peut alors être invité à mandater un défenseur (Cap. VI, § 1), à présenter ses témoins (Cap. VI, § 7), à préparer ou à faire préparer sa défense, à ses frais (Cap. VI, § 11). Un arrêt d'élargissement contre caution peut également être rendu (Cap. VI, § 15 et 16). Lorsque les faits incriminés y autorisent, c'est-à-dire lorsqu'une peine capitale semble exclue, mais aussi que la situation pécuniaire et sociale du prévenu le permet, le prévenu peut être libéré sous caution (Cap. VI, § 15). Le jugement interlocutoire peut aussi condamner le prévenu à être soumis à la question (*Ben-Urthels*, Cap. IX).

Le jugement définitif constitue le dénouement de la procédure. Le juge ne pourra prononcer les sentences soit de condamnation, soit d'*absolution*<sup>129</sup>, du prévenu qu'après réception des *Instructions* de l'organe de centralisation des décisions pénales de Brandebourg (*Criminal-Collegio*). Les décisions du tribunal pénal doivent être motivées au moyen des *rationibus decidendi*, ou « raisons de décider » (Cap. X, § 6)<sup>130</sup>. Parmi les peines envisageables, le prononcé d'une peine de mort est conservé par le texte brandebourgeois de 1717. Il nous semble retrouver les influences « réalistes » des praticiens tels que Carpzov ou Jean Domat, pour qui la peine de mort constitue le moyen « de mettre les scélérats et les coupables de grands crimes hors de moyens d'en commettre de nouveaux »<sup>131</sup>.

31. LES VOIES DE RECOURS. - Certaines voies de recours sont de droit. Nous avons vu Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> soumettre toute sentence de mort ou de mise à la question à la décision du *Criminal-Collegio*, par sa *Constitution* du 13 décembre 1714<sup>132</sup>. Des voies de recours ordinaires sont également ouvertes par la *Criminal-Ordnung* au justiciable des Etats de ce prince (Cap. X). Mais avec une certaine mauvaise grâce. La psychologie de l'Electeur de Brandebourg semble en effet avoir du mal à envisager qu'une décision rendue en son nom puisse être suspectée d'irrégularité (Cap. X, § 6). Nous retrouvons ici un vocabulaire

---

<sup>126</sup> Jean Domat, *Quatre livres*, p. 562. Observons que Domat utilise le terme « criminel » après celui de « preuves ». Cet esprit élevé et épris de justice ne semble pas concevoir d'appliquer le supplice sans preuves préalables de culpabilité ; est-il alors besoin de supplice ? Contre la torture, Jacques-Pierre Brissot de Warville, *Bibliothèque philosophique du législateur, op. cit.*, t. I, p. 389.

<sup>127</sup> « *favor commodi publici, quod delicta non vult remanere impunita* », Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 125, n. 52. Au sujet du modèle pénal de Carpzov, Karl Härter, *Zum Verhältnis von Policey und Strafrecht bei Carpzov*, dans : Jerouschek, Schild, Gropp, Carpzov (Anm. 16), p. 181-224, Ulrich Falk, article cité, p. 5 et 24.

<sup>128</sup> Ulrich Falk, *ibid.*, *Carpzovs Legitimation der Folter*, p. 5.

<sup>129</sup> Le terme d'*absolution* ou « élargissement » renvoie à l'ordonnance criminelle française de 1670 (XIII, 29, XVII, 28, XX, 4) ou à Jean Domat : *Quatre livres*, table, titres VI, *Des jugements, condamnations et absolutions*. Ce vocable est présent dans la *Criminal-Ordnung*, sous deux formes, une forme nominale germanisée : *Absolung* (Cap. VII, § 10), et une forme verbale caractéristique du jargon royal : *absolviret* (Cap. IX, § 2). Selon Niermeyer, le terme *absolutio* signifie « relaxe », *Mediae latinis lexicon ...*, p. 7.

<sup>130</sup> Disposition introduite en France par la loi du 16-24 août 1790, art. 15, titre V. V. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2<sup>ème</sup> éd., t. VI, p. 683.

<sup>131</sup> Jean Domat, *Quatre livres*, p. 541.

<sup>132</sup> V. *supra*, note 107.

emprunté à Jean Domat. Ce sont les *appellations, grâces, rémissions et abolitions*<sup>133</sup>. L'*appelation* (Cap. X, §5), ou *Remediis*, peut ouvrir le droit au défendeur à une *ulterior defensio* (défense réitérée), pouvant conduire à la cassation du procès ou *Revision*<sup>134</sup>. L'*abolition*, au sens propre, devrait entraîner l'annulation de la décision rendue. Mais le prince ne l'applique pas dans ce sens. Le roi *en* Prusse montre ici son souci de deniers de l'Etat et prévoit la réduction de la peine criminelle en une peine d'amende – frappant l'inculpé innocenté – amende destinée à couvrir les frais de l'enquête, ainsi que ceux de l'abolition elle-même (Cap. XI, § 3). Pratique obviée de la notion d'abolition, sans doute plus respectueuse de l'avarice caricaturale de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, que d'une dernière révérence à la théorie moribonde des preuves légales, alors que le système probatoire moderne va apparaître<sup>135</sup>.

32. L'EXECUTION. - En dernier lieu, l'absolutisme brandebourgeois est sensible à l'exécution de la peine comme preuve de l'autorité, sinon de la *Souveraineté*<sup>136</sup>. L'ordonnance criminelle de 1717 pose des principes de dignité humaine, de chrétienté, de publicité et d'exemplarité de la peine. Des dispositions de forme permettent la mise en pratique de ces principes. Au prononcé de la sentence, le condamné doit être « intimé » (Cap. XII, § 1), déchargé des tâches et fréquentations obligées au sein de la prison, pouvoir faire pénitence et recevoir l'assistance d'un prédicateur. Lors de l'exécution publique, les actes d'accusation et la sentence doivent être relus. Le juge représente alors le souverain pour entendre le condamné prêter un « serment de paix » (*Urpheden*, Cap. XII, § 8), d'acceptation de la sentence avant qu'il ne soit procédé à l'exécution.

33. LA LANGUE DE FREDERIC-GUILLAUME I<sup>ER</sup>. - Avant de passer à la lecture du texte, de la *Criminal-Ordnung*, il convient de dire quelques mots de sa traduction. La phrase de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> est longue. Il n'est pas rare qu'un article de la *Criminal-Ordnung* soit constitué d'une seule phrase. Celle-ci est souvent allusive, contournée, coupée de nombreuses incises. Elle omet souvent le verbe. Le traducteur se trouve alors partagé entre la fidélité due à un texte parfois obscur et le devoir de produire une traduction compréhensible. Nous sollicitons la bienveillance du lecteur si certaines obscurités du texte original transparaissent dans notre traduction. Pour palier l'absence de ponctuation, des points-virgules ont été insérés, suivis de majuscules afin de restituer une phrase aussi proche que possible de la forme française des textes légaux de l'époque.

---

<sup>133</sup> Jean Domat, *Quatre livres*, table, titre VII, *Des appellations*, titre VIII, *Des grâces rémissions et abolitions* : l'usage de ces termes, comme leur l'ordre d'apparition montrent l'influence processuelle de Domat sur les rédacteurs de la *Criminal-Ordnung*.

<sup>134</sup> *Revision* et *Kassation*, Hans Meyer, *Konversationslexikon*, (16 vol.), Leipzig, 1888-1889 ; édition électronique : Universität Ulm, Bibliographisches Institut et F. A. Brockhaus AG, vol. 9, p. 591.

<sup>135</sup> J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 213-214.

<sup>136</sup> *En français dans le texte* du *Rescript* de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, concernant l'envoi et les *confirmations* des sentences criminelles, du 2 mars 1717.

---

## Bibliographie critique

Bibliographie des sources citées : *Criminal-Ordnung : Novum Corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum*, Christian-Otto Mylius (ed.), Berlin et Halle, Buchladen des Waysenhauses, 1737-1755, p. 63-112. *Die Kriminalordnung für Böhmen, Mähren und Schlesien*: Józef Oględziny Koredczuk, w ordynacji kryminalnej Józefa I z 1707, *Studia historycznoprawne* (ed.) Alfred Konieczny, Wrocław 1997. *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V.*, (Carolina), Frederich-Christian Schroeder, (ed.), Reclam, Stuttgart, 2000. *Ordonance ende eewig edict van de hertzhertogen*, van 12 juli 1611, Georges Martyn, (ed), *facsimile*, Berghmans Uitgevers, Antwerpen, 2000. Ordonnance de Villers-Cotterêts du 15 août 1539, dans : *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, par Jourdan, Decrusy, Isambert, t. XII, Paris, Belin-Leprieur & Verdière, 1828, p. 629 s. Ordonnance criminelle du 26 août 1670, même ouvrage, t. XVIII, 1829, p. 372-428.

Auteurs de doctrine : Benedict Carpzov, *Practicae Novae Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium* (3 vol.), Witteberg, Mevius et Schumacher, 1635 ; Richard Cumberland, *De legibus Naturae disquisitio philosophica*. 1672, éd. anglaise : John Maxwell en 1727, française : J. Barbeyrac, Amsterdam, 1744 ; Jean Domat, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694, *Quatre livres de droit public*, 1697, réed. Firmin-Didot, Paris, 1829, puis : Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989 ; Prospero Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, Rome, 1581-1614 ; Hugo de Groot, dit Grotius, *de jure belli ac pacis*, Paris, 1625 ; Gottfried Wilhelm Freiherr von Leibniz, *Elementa de juris naturalis*, Berlin, 1671 ; Samuel, baron de Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, 1672, éd. française : J. Barbeyrac, Thourneisen, Basle, 1732 ; Christian Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et Gentium*, 1705.

Commentateurs contemporains sur la philosophie naturelle et les anciens droits français et allemand : Antoine Astaing, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup>)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999 ; Simone Goyard-Fabre (dir.), *Des théories du droit naturel*, *Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publication de l'Université de Caen*, n° 11, 1987 ; collaborations citées : Jean-Fabien Spitz : « La théorie du double contrat chez Grotius et chez Pufendorf » ; Alfred Dufour : « Jusnaturalisme et conscience historique - La pensée politique de Pufendorf » ; René Sève, « Leibniz et le droit naturel moderne » ; Andé Laingui, « Lois, juges et docteurs dans l'ancien droit pénal », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 12, 1987, p. 73-89 ; et aussi : *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, thèse de droit, Thèse, Faculté de droit et de Sciences économiques, Rennes, 1967 ; John Macdonnell, « Leibnitz », dans : *Journal of the Society for Comparative legislation*, New ser., Vol. 6, n° 2, 1905, p. 283-297 ; Christiane Plessix-Buisset, *Le criminel devant ses juges en Bretagne aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles*, Maloigne, Paris, 1988 ; Michael Stolleis, *Pufendorf, Samuel von, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, trad. de Klaus Luig, Frankfurt am Main & Leipzig, 1994 ; Friedrich Vollhardt (ed.), *Christian Thomasius (1655-1728) : neue Forschungen im Kontext der Frühaufklärung*, Tübingen, Niemeyer, 1997.

Commentateurs contemporains sur le droit pénal allemand : Mireille Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, P.U.F, coll. « Thémis », 1995. Ulrich Falk, « Zur Folter im deutschen Strafprozeß. Das Regelungsmodell von Benedict Carpzov (1595-1666) », dans : *Forum Historiae iuris*, Frankfurt am Main & Mannheim, 2001 ; Tibor Király, « Das

Strafgesetzbuch von 1878 », dans : G. Máthé/W. Ogris (ed.), *Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im 19.-20. Jahrhundert*, Budapest 1996 ; Wieslaw Litewski, « Mündliche Klage und Klageschrift in den ältesten *ordines iudicarii* », dans : *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, Gerhard Köbler, Hermann Nehlsen (ed.), München, Beck, 1997 ; Reynald Ottenhof (dir.), *Chronique de droit pénal allemand*, J. Leblois-Happe, E. Mathias, X. Pin, & J. Walter, dans : *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 73, 2002 3/4, pp. 1229-1259 ; Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1947, p. 69-102 ; Ellen Schluchter, *Procédure pénale allemande*, trad. E. Mathias, 3<sup>e</sup> éd., EuWi Verlag, 2002 ; Wilhelm Eduard Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, Schwetschke, 1842 ; C. Witz, *Le droit allemand*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », Paris, 2001.

Historiens du droit : Peter Landau, *Tabelle zur deutschen Rechtsgeschichte*, Juristen-Jahrbuch 1, 1960 ; Hans Meyer, *Konversationslexikon*, (16 vol.), Leipzig, 1888-1889 ; édition électronique : Universität Ulm, Bibliographisches Institut & F.-A. Brockhaus AG ; Bernhard Nagel, *Deutsches Recht bis 1806*, Kassel, 2004 ; Richard Schröder, *Rechtsgeschichte*, Münster, 2000 ; Michael Stolleis (dir.), *Juristen, ein biographisches Lexikon*, München, 1995.

Sur l'élaboration de la *Criminal-Ordnung*: Bernd-Rüdiger Kern, Elmar Wadle, Klaus-Peter Schroeder & Christian Katzenmeier, *Humanoria, Medizin, Recht, Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2006, Frühe territoriale Hofgerichtsordnungen, p.145-156 ; Karl Härter und Michael Stolleis (ed.), *Repertorium der Policyordnungen der Frühen Neuzeit, Brandenburg/Preußen mit Nebenterritorien Kleve, Mark, Halberstadt, Magdeburg*, t. 2, 2 vol., Frankfurt am Main, Klostermann, 1998 ; Stanisław Salmonowicz, « Ostpreussische Kodifikationen. Probe eines allgemeinen Grundrisses », dans : *Archivum iuridicum Cracoviense* 16, 1983 ; ou en français : *La codification européenne du Moyen Age au siècle des Lumières. Etudes réunies par Stanisław Salmonowicz*, Polskie Towarzystwo Historyczne, Warszawa, 1997, Dietmar Willoweit, *deutsche Verfassungsgeschichte*, 5<sup>e</sup> éd., Beck, München, 2005 ; Wolfgang Sellert & Hinrich Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Strafrecht Allgemeiner Teil, t. 1, Aalen, 1989, pp. 459-508.

Sur les étapes du procès criminel : Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du code pénal*. Tome I. Paris, Cosse, 1872 ; Jacques-Pierre Brissot de Warville, *Bibliothèque philosophique, du législateur, du politique, du jurisconsulte, ou Choix des meilleurs discours, dissertations, essais... sur la législation criminelle* (10 vol.) Berlin : [s.n.] ; Paris : Desauges, 1782-1785 ; Peter Colin, « Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Preußen », *Forum historiae iuris*, 2001 ; Simon Henri Nicolas Linguet, « jurisprudence criminelle », dans : *Annales politiques civiles et littéraires du XVIII<sup>ème</sup> siècle*, t. XIII, Bruxelles, 1777, seconde éd. : 1788 ; Daniel Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, (4 vol.), au livre second : « de la procédure criminelle en général », Paris, 1771 ; Robert Joseph Pothier, *Traité de la procédure civile et criminelle*, dans : *Oeuvres de Pothier*, t. 14, Paris, réédité par Siffrein, 1821 ; Claus Roxin, *Thäterschaft und Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlin, 2000.

## Prologue de la *Criminal-Ordnung* de 1717, de Frédéric Guillaume I<sup>er</sup>.

Nous, Frédéric Guillaume, par la grâce de Dieu, roi *en* Prusse, Margrave de Brandebourg, premier Chambellan et maître de Cour du Saint Empire Romain, Prince *Souverain* de la Drave, *Neuchâtel* et *Valengin*, de Magdebourg, Kleve, Jülich, Berge, Stettin, de Poméranie, des Sorabes et des Wendes, du Mecklembourg, aussi en Silésie et à Gressen, Comte, Seigneur de Nürnberg, Duc de Halberstadt, Minden, Camin, Wenden, Schwerin, Kasselburg, Moerss, Comte de Hohenzollern, Ruppin, de la Marche, Ravensburg, Hohenstein, Fectlenburg, Lingen, Schwerin, Bühren et Lehrdam, *Marquis* de Behre et Blissingen, Seigneur de Ravenstein, des terres de Rostock, Stargardt, Lauenburg, Bütorn, Urlan et Breda etc..

Avons trouvé bon et donnons ici à tous à recevoir gracieusement ; conformément à notre souci paternel de l'ensemble de nos terres et à notre amour inné de la justice et du bien, comme à notre haine et notre dégoût de l'injustice et du méfait, par là viendra que les péchés et fautes seront réglés, que les malfaiteurs fauteurs de troubles seront punis, mais que personne ne fera grief contre le droit, ni sang ni larmes ne soient versées sur la terre, afin que le plus haut Dieu en puisse trouver agrément ; Nous, son héraut, par grâce, ayons trouvé bon et nécessaire, de faire préparer l'émission d'une ordonnance *criminelle*, ladite sera donnée par affichage public, et que par un commandement *général* en notre Electorat et Marche la fassions porter à la connaissance de chacun.

Commandons par suite à toutes nos hautes et basses justices, autorités, *magistrats* et fonctionnaires en notre Electorat et Marche d'observer en grâce et sérieusement, que chacun se mette en peine que cette ordonnance soit observée ; Laquelle, par le libraire Christoph Gottlieb Nicolai, à qui nous donnons ainsi privilège, sera à recevoir ici à Berlin dans un délai de *publication* à compter de quatre semaines ; et dans les lieux où l'ordonnance *criminelle* pourra s'appliquer, devant les cours *criminelles* et sièges de justice, à vendre et à pourvoir ; Par ce moyen, dans les cas appelés un juste jugement suivra, lesquels ne devant en aucun cas être débattus ou laissés à débattre, comme au gré de chacun ; Cela Nous est contraire, et évite les *contraventions* les plus lourdes et les plus conservatoires.

Non moins, commandons aussi à Nos *Fiscalis* (procureurs) fonctionnaires, par icelle, de veiller de toute leur âme, autorité et travaux qu'à la suite du jugement il ne soit débattu ; Et au cas où cela se produirait, l'administration criminelle (*Fiscalische Amt*), sans considérer des personnalités concernées, doit en référer immédiatement et par tous moyens à Nous, à tout le moins à Notre *Procureur-Général* (*General-Fiscali*), connaissance des faits doit être donnée sans délai.

A ces nombreux principes et constats, avons signés de Notre propre main et fait revêtir de notre sceau royal. Ainsi donnée à Berlin, le 8 juillet 1717.

### Cap. I Des personnes dont doit être constituée une cour pénale

§ 1. Comment ordonnancer une cour pénale en la Marche [de notre Electorat] ?

En premier, ordonnons, établissons et voulons, que les cours pénales, dans notre Electorat et Marche de Brandebourg, soient mises en place, dans les villes et campagnes, si bien, qu'en chaque lieu la disposition y soit toujours offerte, selon instruction de l'ordonnance de procédure criminelle (Caroline) Art. I, avant tout avec gens utiles, expérimentés et convenables et qui doivent, à la vérité être nommés à cet état ; Ainsi les futurs débats en ces

cours et *Protocolla*<sup>137</sup> (procès-verbaux), particulièrement les *Litis Contestatio*<sup>138</sup> des prisonniers, et quand selon raison il faudra actionner, les dires des témoins, etc... n'auront pas à être crus de l'avis d'une seule personne, tel que cela ne doit jamais [être], comme l'expérience l'a montré, que notaires non convenables ne soient nommés ; L'on doit à l'avenir se remettre au contraire à celui qui, par suite de la présente, tiendra l'état auquel il sera institué.

§ 2. En particulier dans ses villes.

§ 3. Des officiers royaux.

§ 4. Des campagnes.

§ 5. *Asseseurs* (*Assesoris*).

§ 6. L'*Actuarius*<sup>139</sup> (greffier), ou par quels adjoints peuvent-ils être représentés.

§ 7. Qui peut être choisi comme *Justiario*<sup>140</sup>, et quand et comment celui-ci est à mettre en devoir.

Etant donné l'obligation au devoir des membres des tribunaux, Nous autorisons que l'on en reste à ce qui est, que quand aucun sera demandé par la *Justiβ* et l'office du juge pour la conduite d'un *Procès* par *Inquisition* dans la Marche de Notre Electorat, s'il a vraiment juré, celui-là qu'il ne soit chargé d'aucun nouveau serment, au contraire le pouvoir de Notre présente *Constitution* vise en cela une légalité améliorée ; Mais devra être tenu coupable, en quelque lieu et de quelque *Qualité* qu'il soit, celui qui n'aurait pas encore juré et signerait clairement *ad Acta inquisitionis* (actes de l'enquête). Celui qui, quoiqu'il ait l'entregent attendu, et quoiqu'il veuille se faire employer en nos offices de *Justice*, ou celui d'un juge, ou dans les campagnes, pour la conduite de *Procès* par *Inquisition*. Ceux qui n'ont pas juré devront prononcer le serment devant le même tribunal, où ils devront être employés comme *Justiarii* (juge pénal, principal ou adjoint), particulièrement *in Criminalibus* (en matière criminelle), pour cela, ou bien en présence des sujets, ou d'un *Notaire* et de deux témoins procéderont, et quand échéra la *Constitution* [d'une cour] seulement pour ces affaires *Criminelles*, prononceront le serment ci-après, et doit avoir lieu de même lors de la signature d'un *Protocollo* (procès-verbal) d'*Inquisition* (enquête).

Serment d'un juge, ou d'un *Justiarii*, en affaires pénales

Je P. N.<sup>141</sup> prononce devant DIEU le tout-puissant un serment empressé, à la suite duquel je serai ordonné haut-juge par P. N. en tant que président du tribunal de ce lieu, comme responsable de cette cour pénales ; [jure] que je conserverai cet office du mieux de mon savoir et de ma conscience, le garderai de tout mes pouvoirs et capacités, et pour cela appliquerai l'ordonnance royale *criminelle*, comme celles que Sa royale Majesté pourra faire *publier* (*publiciren*) à l'avenir, et parallèlement l'ordonnance pour la tenue d'une cour pénale qui fut émise dans l'Empire, sous l'empereur CHARLES le cinquième ; De même aurai toujours sous les yeux l'ensemble des lois et *Constitutions* impériales, et veux icelles observer entièrement et fidèlement sans m'arrêter à aucune considération de personne, compassion déplacée, amitié ou inimitié, cadeaux ou dons, ou autres causes. Que Dieu m'accorde son aide par son fils JESUS CHRIST.

<sup>137</sup> Le terme de *Protocolle*, est alors répandu dans le vocabulaire juridique européen. Dans l'ordonnance de Villers-Cotterêts, il équivaut à « procès-verbal » (art. 173-177).

<sup>138</sup> *Litis Contestatio*, procédure romaine, qui marque la fin des audiences contradictoires devant le magistrat, par l'accord des parties sur la formulation des débats rendue par celui-ci.

<sup>139</sup> Ou greffier, *Meyers Konversationslexikon*, vol. 7, p. 170.

<sup>140</sup> Le texte lui-même donne une définition du terme de *Justiario*, soit d'employé de justice, ou de juge en matière criminelle, Cap. I, § 3, à l'alinéa § 7. Niermeyer, quant à lui, donne quatre interprétations proches du terme *justiarius* : 1) juge du pouvoir public, 2) président d'un tribunal pénal, 3) officier de curie royale, 4) juge suprême, ministre, *Mediae latinis lexicon*, ... p. 574.

<sup>141</sup> Le texte donne N. N. l'équivalent français est P. N. pour « Prénom, Nom ».

Mais, dans le cas où le *Justiarius* veut aussi pouvoir être associé à la rédaction du *Protocol* (procès-verbal), il doit alors se mettre au devoir et franchir le *Passus* des *Actuarii*, qui concerne le *Protocoll*, contenu dans le serment ci-après, aussi quand échoit la responsabilité générale (*generaliter*) de l'*Administration* du tribunal, le contenu du serment précédent devra être pleinement observé.

#### § 8. Serment d'un Greffier.

Au lieu même où les greffiers seront employés à devoir conduire la rédaction du *Protocoll*, pour la mise en oeuvre de Notre présente ordonnance, les haut-juges de chaque lieu, aujourd'hui comme hier, qui auront à traiter les débats en cour, doivent se charger eux-mêmes du serment suivant.

#### Serment de l'écrivain d'un tribunal

Je P. N. prononce devant DIEU le tout-puissant un serment empressé, à la suite duquel je serai ordonné haut-juge par P. N. en tant que greffier en causes pénales du tribunal de ce lieu, [jure] que je conserverai cet office du mieux de mon savoir et de ma conscience, le garderai de tout mes pouvoirs et capacités, et pour cela appliquerai l'ordonnance royale *criminelle*, comme celles que Sa royale *Majesté* pourra faire *publier* (*publiciren*) à l'avenir, et parallèlement l'ordonnance pour la tenue d'une cour pénale qui fut émise dans l'Empire, sous l'empereur CHARLES le cinquième, de même aurai toujours sous les yeux l'ensemble des lois et *Constitutions* impériales, et veux icelles observer entièrement et fidèlement sans m'arrêter à aucune considération de personne, compassion déplacée, amitié ou inimitié, offrandes, cadeaux ou dons, ou autres causes. Que DIEU m'accorde son aide par son fils JESUS CHRIST.

#### § 9. Serment des échevins.

Tous et chacun des *Assessores* et échevins, qui traitent avec les obligations des cours, doivent s'accoutumer au son de cette ordonnance sur l'investigation en causes pénales, tout d'abord et une fois pour toutes devront prêter le serment suivant, lequel est à prononcer devant le juge ou le président de la cour en présence des *Actuaires*.

#### Serment des *Assessoris*, ou échevins d'un tribunal.

Je P. N. prononce devant DIEU le tout-puissant un serment empressé, à la suite duquel je serai ordonné haut-juge par P. N. en tant qu'échevin en causes pénales du tribunal de ce lieu ; [jure] que je soutiendrai cet office de confiance du mieux de mon savoir et de ma conscience, le garderai de tous mes pouvoirs et capacités, en particulier mais autant qu'il m'appartient, de voir et observer, lors de l'*Inquisition* particulièrement quand seront relus devant le prisonnier sa déposition et les témoignages donnés par les témoins, de faire tout cela sans présomptions et de procéder régulièrement, et veux observer sans m'arrêter à aucune considération de personne, compassion déplacée, amitié ou inimitié, offrandes, cadeaux ou dons, ou autres causes. Que DIEU m'accorde son aide par son fils JESUS CHRIST.

#### § 10. De la fonction du juge.

Quand, comme ci-dessus, une cour pénale doit être constituée, on doit disposer aux fins des futurs débats et enquêtes, de l'ensemble des membres de la cour, en particulier du juge, celui-ci surtout [est] non passionné et montre un état indifférent, que par le moyen d'une dureté affichée, il ne soit exagérément sourd aux prisonniers, ou bien par une clémence déplacée, il soit oublieux de ses charges et devoirs ; Mais avant tout qu'il se tienne à distance des menaces imprudentes, comme aussi vis-à-vis des prisonniers des promesses de peines adoucies pour l'aveu, celui de même qui dans les méfaits exposés par des recherches trop débattues, vaut en général qu'il se cite et se charge en cour ; Lorsque les prisonniers n'ont pas de cause, il est à faire grief au juge, ou au tenant de la cour, lorsque certaines fois leurs inculpés restent libres, lesquels eussent dû être remis en notre maîtrise ; Alors que dans les occasions à venir une loyale disposition ne pourra lui être à charge, à lui seul ou bien avec ceux qui devront lui apporter leur renfort.

#### § 11. Fonction des greffiers.

§ 12. Quand un procureur de la cour doit-il être commissionné pour enquête.

Quand il Nous est demandé enquête par l'un ou l'autre de Nos procureurs de la cour (*Hof-Fiscale*), pour cause importante survenue, sur un méfait accompli, en Nos offices, ou également lorsqu'une autre cour en sera chargée, doivent ceux-là se conformer en toutes choses à la présente, qu'il soit de l'office du juge pénal ou président d'un tribunal, de même l'*Actuario* mis à *disposition*, et ainsi sera *administrée* la *Justice* uniment en tous lieux en affaires *Inquisitoires*, et aucun n'aura à se prononcer en partialité ; Sera alors procédé par Nos *Hof-Fiscalen*, pour les investigations entreprises, le président de la cour, à côté de ses échevins qui l'accompagnent en tous lieux, et procès-verbal (*Protocoll*) contresigné par eux, pour le reste, [sera procédé] selon le contenu de Notre présente ordonnance criminelle (*Criminal-Ordnung*) ; S'il devait se produire, que de la part du *Hof-Fiscal*, il eût à *enquérir* (*inquiriren*) à l'encontre du président du tribunal lui-même, de sa femme, enfant, ou proche parenté, dans de tels cas, puisque alors un membre du tribunal du lieu ne peut pas déceint s'enfuir, le prévenu, (*Inquisito*) reste libre ; A ses frais est nommé un *Justiario* ou un *Notaire Adjoint*, pour le *Litis Contestation ad Articulos*, pour l'audience des témoins et *Confrontation*, de même pour la mise par écrit des aveux lors de *Torture* et de la *Ratification* de celle-ci ; Et ainsi à appliquer (*adhibiren*) pour les cas préjudiciables à venir (*praejudicirlichen Actibus*).

## **Cap. II Des prisons, entretien des prisonniers, des gardiens des prisonniers, et du bourreau (juge de la vengeance)**

§ 1. Des prisons, comment celles-ci doivent être approvisionnées.

§ 2. Des coûts d'avitaillement des prisonniers.

§ 3. De la *Visitation* des prisons.

§ 4. Serment des gardiens et des servants.

§ 5. Les prisonniers devront en prison, tous les 14<sup>èmes</sup> jours, être exhortés à la pénitence par un Prêcheur.

§ 6. Serment du bourreau (juge de la vengeance).

## **Cap. III de la procédure inquisitoriale ordinaire (*General-Inquisition*), quand, comment et par qui celle-ci doit elle être mise en place**

§ 1. De quels méfaits faut-il *s'enquérir* ?

Tous et chacun des Hauts-Juges, qui *exercent* en cours pénales, soit par nous et par nos procédures, soit par eux-mêmes, dans le cadre de nos dispositions, doivent combattre les méfaits qui fauent contre la communauté, par les lois impériales et nos *Edits* territoriaux, les tenir pour punissables et les conduire à être examinés par la cour, ou bien les tenir pour rumeur de forfaits, et ils ne doivent se laisser arrêter par aucune considération aux personnes, ni détourner par offre, présents, cadeaux ou dons, ou autres moyens, au contraire que tous délits soient taxés, et le courroux divin s'éloignera de notre terre et de notre peuple, aussi le droit et la légalité s'étendront en tous lieux, en ces temps, c'est ce but que Nous poursuivons de notre diligence et par nos lois imposerons.

§ 2. Quand ceux-ci doivent-ils être menés devant le juge ?

Il est nécessaire à la cour de requérir, quand il se trouve un accusateur, comme il est alors prévu aux Articles XI et suivants de l'ordonnance pour la tenue d'une cour pénale (*Caroline*). Ainsi, rien de particulier n'est ordonné ici, on tiendra l'*Inquisition* selon la procédure qui s'y trouve, soit bien par des personnes non calomniées, un ou plus, qui ne sont pas ennemies des inculpés, et n'ont aucune autre cause de s'entremettre du forfait que celle du droit, pour faire ledit comparaître, punir et expier ; Ou bien que par l'avis général, quelqu'un est chargé d'un méfait, et ainsi sera trouvé, que par de tels moyens aucun barbouillage futile et infondé de l'ensemble du peuple ne se produise ; Au contraire, [sera] à comparaître devant gens crédibles, ou sinon ce n'est pas sans raison que la lumière ne pourrait briller, comme fut



rencontré sur un fait récent, ou bien au contraire cela [le fait] soit découvert en cour, ou encore que d'honnêtes preuves le démontrent. Dans ces cas et cas semblables, il convient et doit qu'une *Inquisition* ait lieu.

§ 3. Quand un juge ne s'enquiert d'un méfait.

S'il se devait que l'un ou l'autre, particulièrement un juge ou bien le représentant d'une cour, soit jamais trouvé négligent, et par sa *Connivence*, sur les méfaits, à lui présentés, ou qui lui appartiennent par la voix de la communauté, ou qu'il ait eu connaissance de son propre coup d'oeil, qu'il ne s'*enquiert*, ou bien que l'auteur du méfait, dans les cas où le droit l'exige, ne soit mis à sûreté avec le scrupule et la prudence attendus, ou que sus ne soit convenablement procédé, ou de pleine connaissance laissé *échapper* (*echappiren*), Notre *Officium Fisci ad privationem Jurisdictionis* (juge de la cour chargé des juridictions privées, c'est-à-dire nobles), devra, dans ces cas, saisir les *moult* ou autres peines dont le droit dispose pour *agir*, y soit ainsi ordonné et réglé.

§ 4. Les procédures d'enquête devront être accélérées.

Etant donné que Notre *Fisco* (procureur général subordonné au roi), et chaque Juge local est désormais informé, que les *Procès* par *inquisitions* doivent, sans omettre le droit, être *sommaires*<sup>142</sup>, ils seront accélérés; Non seulement à cause des coûts occasionnés en *Alimentation* et garde des détenus, mais encore parce que l'avancement desdits *Procès*, ne donne pas à ceux-ci de possibilité de fuite, mais aussi *statuent* un grand *Exemple* par la prompte punition des maux; Aussi voulons Nous par conséquent, que les malfaiteurs soient recherchés convenablement, les prisonniers entendus munis de leur *Defension*, et particulièrement suite à Notre présente ordonnance qu'il soit procédé selon elle; Mais il faut que les cours se mettent en peine, pour donner force et puissance à cela, autant que possible et selon que les circonstances de chaque affaire voudront le permettre; Que les *Procès* par *inquisitions* soient accélérés, et conduits à leur fin; Qui par suite sont à connaître par Notre *Collège de Justice*, aussi en affaires *Criminelles*; Par Nous sont *authorisés* de même les *Facultés* de Nos *Universités*, les *Juristes* et *Médecins*, aussi le *Collegium Medicum*, non moins Nos *Echevins*, quand ils seraient à rechercher la bonne observance, à assurer le même travail que les autres, et à accélérer ladite *Expédition*, d'eux-mêmes donneront des nouvelles<sup>143</sup>.

§ 5. En premier lieu la cour doit examiner que sa Jurisdiction soit fondée et jusqu'où ?

§ 6. Enquête sur le *corps du délit* ou sur le fait lui-même.

Quand à une des cours est apporté un méfait, aussi bien le fait en lui-même, que son auteur sont encore non connus, le juge doit alors s'efforcer en premier lieu d'éclaircir le fait, ou bien le *Corpus delicti*, autant qu'il est possible.

§ 7. Des faits *délictueux transitoires* (*delictis facti transeuntis*).

§ 8. Des faits *délictueux permanents* (*delictis facti permanentis*).

§ 9. En particulier dans l'échéance d'un coup mortel.

§ 10. Meurtre d'enfant.

§ 11. Quand les Médecins et les Chirurgiens doivent porter à grief leur fiche de visite.

§ 12. Comment examiner en cas de vol du *Corpus delicti* ?

§ 13. Quand le fait nous est connu, mais l'auteur inconnu ?

§ 14. Lors d'un procès à l'ordinaire (*General-Inquisition*), dans quels cas aider les témoins appelés ?

---

<sup>142</sup> Le terme *summarisch*, a pour Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> un sens positif, synonyme de « procès rapidement conduit ». Cet usage peut provenir de Thomasius. V. *supra*, note 44.

<sup>143</sup> Allusion du roi à un mouvement de grève des échevins. De façon cynique, le roi ne doute pas de les voir revenir vers lui, puisqu'il a décidé de lier le paiement des frais du procès à la remise des actes. Les sujets ont de la peine à marcher au « sifflet » autoritaire de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>. V. *supra*, note 82.

- § 15. Comment questionner dans la procédure d'enquête ordinaire (*General-Inquisition*), un des moyens du méfait étant douteux ?
- § 16. Quand l'auteur se livre, le fait encore non connu ?
- § 17. Quand l'auteur livre le complice ?
- § 18. Quand acter en responsabilité ?
- § 19. Quand les mêmes ont lieu dans de moindres délits ?
- § 20. Ou en cas de présomptions ?
- § 21. Comment procéder lors d'une attaque de la part du malfaiteur ?
- § 22. Comment *séparer* les prisonniers les uns des autres.
- § 23. Quand le doute survient, si la question (*Special-Inquisition*) doit être appliquée ?
- § 24. De la *communication* des *actes* au *défenseurs pro avertenda*.
- § 25. Quand l'enquête n'a pas lieu, les *actes* sont à consigner.

#### **Cap. IV De la procédure inquisitoire extraordinaire (*Special-Inquisition*).**

- § 1. La pratique de la question, quand, et comment la mettre en œuvre.
- § 2. Un questionnaire doit être établi.
- § 3. De ces questionnaires généraux.
- § 4. Dans quels éléments du questionnaire rien ne doit être *suggéré*.
- § 5. Chaque question doit correspondre à un fait.
- § 6. Quand lesdites pratiques seront conduites à plusieurs reprises à l'audience.
- § 7. Les pratiques ne doivent pas être dangereuses.
- § 8. L'auteur est tenu de répondre en toutes circonstances.
- § 9. Le juge doit aussi être informé de la défense présentée par l'auteur.
- § 10. Quand l'auteur pourra questionner ses aides et conseillers ?
- § 11. *Litis Contestation* des prisonniers.
- § 12. Doit échoir sans délai, et seul, au contraire des autres cours.
- § 13. Le prévenu doit répondre de suite.
- § 14. Aucun prévenu ne devra être aidé d'un assistant.
- § 15. Quand le prévenu ne veut pas répondre droitement.
- § 16. Quand il se tait ou se rend incompréhensible.
- § 17. De l'aveu, sous promesse d'*impunité*, de l'élargissement du prévenu.
- § 18. Quand le prévenu reconnaît.
- § 19. Le Greffier doit tout écrire précisément.
- § 20. Avoir attention au regard du prévenu et à son comportement alors que les deux signent le procès-verbal (*protocollum*).
- § 21. Quand le prévenu n'est pas appris de la langue allemande (*Teuschen Sprache*) ?
- § 22. Après l'audience le procès-verbal (*Protocoll*) doit être lu au prévenu (*Inquisito*).
- § 23. Des éléments nouveaux.

#### **Cap. V Des preuves (*attestatorum*) d'un crime, *publicité* des preuves et *contradiction***

- § 1. Comment et d'après quelles circonstances un fait connu doit-il être examiné ?  
 Bien qu'en de tels cas, alors que le prisonnier a reconnu le fait, et le *Corpus delicti* est découvert, il n'est pas besoin de preuves ; Il ne faut pourtant pas que la cour se dispense de se renseigner activement si les circonstances sont connues de l'*Inquisitio*, de s'informer également du fait, et que la reconnaissance [par le prévenu] corresponde à l'accomplissement du fait lui-même ; De cela pourra être établi un arrêt de jugement où figurera la pleine connaissance des circonstances du fait.
- § 2. Du traitement d'un écriture trouvé et sur lequel l'enquête a mis la main.
- § 3. Comment inspecter les maisons des prévenus, et de l'attribution des choses et outils suspects qui y seront trouvés ?

§ 4. De la preuve par témoin.

Quand on veut administrer la charge de la preuve par témoin, la cour doit avoir conscience à tous moments que, particulièrement en affaires pénales, le droit exige l'établissement plein et éclatant<sup>144</sup> de la preuve contre laquelle on ne puisse soulever aucune action ; et s'efforcer d'avoir recours aux témoins les plus fiables, et certains sont à réserver, ou bien pour cause de nombre suffisant, ou à cause de leur âge, de leurs droits - opposables en matières pénales - ou à cause de parenté, de *Respect* des personnes, de vie licencieuse, de scandale attaché au nom, ou inimitié et autres causes sérieuses ; Quand pourtant, la vérité ne peut être extraite autrement, devra alors le tribunal, dans le cour du *Procès* par *Inquisition*, spécialement lors de graves et *Capitales* infractions<sup>145</sup>, faire comparaître ceux des témoins qui ont connaissance du fait, sans différence, et recevoir la déposition des témoins présentés ; Et dans ces cas, il revient aux rédacteurs des actes à mesurer en droit jusqu'où lesdits témoins sont douteux en droit, à mesurer leur créance, ou quelles dépositions suffisent pour la continuation des *enquêtes* (*Inquisiti*) ; A garder devers soi.

§ 5. De l'établissement des éléments de preuve.

Pour la conduite desdites preuves, devra le juge, lorsque le prévenu aura nié le fait dans son entier, ledit fait rédiger en un dossier probatoire (*Beweis-Articul*) ordonné, avec toutes ses circonstances, et avec celles-ci leurs témoins, *sommairement*, mais n'utiliser que celles qui ont trait à la vérité lors de la *General-Inquisition*, pour établir le *Fundament* de la déposition du sujet.

§ 6. En quels points le juge doit être attentif à la *Defension* du prévenu.

§ 7. Des *interrogatoires*.

§ 8. De la citation des témoins.

§ 9. Appel au serment des témoins cités, en présence du prévenu.

Au jour fixé (*Termino*) de l'audience, les mêmes témoins doivent être entendus dans la mesure où ils sont au lieu où le prévenu est sis en prison, le même conduit à vue, après une nette mise en garde contre le faux témoignage, seront prononcés les serments usuels des témoins, auquel aucun d'entre eux n'a loisir d'être soustrait ; S'il se trouvait parmi eux de jeunes gens qui ne seraient encore entrés dans leur 18<sup>ème</sup> année, ceux-là sont à épargner du serment des témoins.

§ 10. Comment aider les témoins dans la déposition de leur témoignage ?

§ 11. Comment conduire l'audience des témoins.

§ 12. Quand a lieu l'*adjonction* d'un *notaire* à cela ?

§ 13. Un témoin doit relire sa *déposition*

§ 14. Quand le témoin n'entend aucun Allemand ?

§ 15. Quand il ne veut répondre ?

§ 16. Des témoins additionnels.

§ 17. De l'établissement des *registres* (*Rotuli*)<sup>146</sup>.

§ 18. De leur signature.

§ 19. De leur *publication*.

§ 20. Quand le prévenu sera convaincu du fait.

§ 21. De la *Confrontation* des témoins avec le prévenu.

§ 22. De la *Confrontation* des *Sociorum criminis*.

---

<sup>144</sup> *Sonnen-Klaren Beweiß* : une preuve ayant la clarté du soleil, reprise par le roi de l'adage de droit criminel romain : *in criminalibus, debent esse probationes luce meridiana clariores*, que lui avaient vraisemblablement présenté ses juristes.

<sup>145</sup> *Verbrechen*, « infraction », le terme induit une contradiction, à nos yeux modernes, avec l'évocation d'une peine capitale.

<sup>146</sup> *Rotulus* a pour équivalent le français « rôle », dans le sens de registre, Niermeyer, *op. cit.*, p. 923, *Meyers Konversationslexikon*, vol. 17, p. 201.

Quand différentes personnes seront données pour *Complices*, ou bien comme co-accusés<sup>147</sup> pour un délit, elles sont plusieurs à être responsables mais ne veulent l'exprimer en paroles, la *Confrontation* entre les co-accusés désignés a, dans ce cas, sa pleine utilité ; Comme auparavant, et quoique les juges hurlent à ce sujet, il faut tout d'abord rechercher si on a, et quelles sortes, de présomptions à émettre à l'encontre des co-accusés présentés ? De même, comment se sont passés leur vie et parcours antérieurs, en quoi cela serait révélateur ? Qu'il soit possible qu'il y ait eu participation en ce délit. Beaucoup, parmi les tribunaux, doutent de cela qu'il soit vraiment [utile] de procéder aux *Confrontations* ou non ? Doivent les mêmes recevoir à ce sujet une preuve légale, car quand un accusé demande lui-même les *Confrontations* afférentes à une *Defension pro avertenda* (défense destinée à détourner l'accusation), il démontre là son attachement au procédé. Et après cela, les *Actes* seront expédiés. Mais si les tribunaux devaient ne pas employer les présentes précautions, mais au contraire voulaient absolument remplacer le procédé de la *Confrontation* par les *Consessi* des *Convicti*, et que par cela les co-accusés présentés en fussent trouvés non coupables du fait, resterait alors à la cour à faire face à un *Regress*<sup>148</sup>.  
§ 23. De la *Confrontation* des témoins entre eux<sup>149</sup>.

Quand les témoins, concernant le fait lui-même, ou l'une de ses circonstances, se trouvent en désaccord, et que l'un expose la chose comme celà, l'autre comme ceci, doit alors la cour *confronter* les mêmes témoins entre eux, ceux-là ressouvenus du serment des témoins dont ils se trouvent chargés, et qu'il doivent s'accorder dans leurs dépositions, et ainsi pourra par ce moyen la vérité être extraite ? A voir. Il faut la cour observer si le témoin s'en tient entièrement à sa précédente déposition, ou, dans quelle mesure il se *contredict*, quand il en change de lui-même certains éléments (*Articul*), laisser les témoins se contredire entre eux, mais toute *Suggestion*, ou parole échappée, à conserver devers soi en entier.

§ 24. Quand après tout le prévenu reconnaît le fait.

Après complète *Confrontation*, lorsque l'*Inquisit* qui a été amené jusque là, et qui, après introspection, reconnaît le fait, de cela le juge doit *profiter* et non pas se reposer, jusqu'à ce que toutes les circonstances, qui suivent de façon claire et précise la reconnaissance, sont à porter par écrit au *Protocollum Confrontationis*, et à signer de suite par la cour.

## Cap. VI De la défense des prévenus, garanties et élargissement contre *caution*.

§ 1. Du mandat d'un défenseur.

Quand une procédure d'enquête est à venir, comme ci-dessus, alors, le prévenu pour la démonstration à établir de son innocence devra engager à ses frais un défenseur, et aussi lorsqu'il n'en a pas la capacité, devra celui-ci être de l'Office, où il sera inscrit, et recevable en nos cours, c'est-à-dire nommé avocat (*recipirter Advocatus*).

§ 2. Le *défenseur* devra toujours avoir accès [à l'audience] (*admitiret*).

§ 3. Aussi quand l'inculpé a déjà *renoncé* par acte à sa défense.

§ 4. Comment le défenseur doit-il *communiquer* les pièces ?

§ 5. Comment le même peut s'entretenir avec l'inculpé.

§ 6. Comment établir une défense ?

---

<sup>147</sup> *Mitschuldige*, la complicité envisagée ici est proche de la notion française, alors qu'une classification plus nuancée prévaut jusqu'à aujourd'hui en droit pénal allemand (*Strafgesetzbuch*, §§ 26 et 27), qui distingue auteur (*Täter*), instigateur (*Anstifter*) et complice (*Beihilfe*). L'auteur de la *Criminal-Ordnung* s'écarte donc de cette classification, déjà présente en la Caroline, art. 107, 148, 177 ; H.H. Jescheck et T. Weigend, *Stafrecht Allgemeiner Teil*, op. cit. p. 646, ou V. C. Roxin, *Thäterschaft und Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlin, New-York, 2000.

<sup>148</sup> Le prince Hohenzollern menace ici de requérir en responsabilité contre les juges qui ne voudraient pas suivre la procédure qu'il présente. *Regreß* ou action récursoire : *Meyers Konversationslexikon*, vol. 16, p. 461.

<sup>149</sup> Ou « Récollements » : au titre XV de l'Ordonnance criminelle française de 1670.

Le défenseur doit conduire la *Defension* au mieux de sa connaissance ; Pour cela évitera toute désobéissance à l'encontre de la Cour, de même tous développements éloignés du sujet et écrits inutiles, et autres *allégations* dont sont farcis ceux qui ont appris le droit ; Au contraire dirigera son attention uniquement à ne pas excuser le malfaiteur par des moyens interdits et *chicaniers*, par le conseil du contre-appel d'un aveu effectué, et autres semblables malicieux artifices, et vouloir éviter une peine pleinement méritée ; Par de tels procédés, [il] irait à l'encontre de son serment d'*avocat* ; Quand sont à trouver des cas à défendre sérieusement, jusqu'au point où celui-ci, et ses semblables, voudront servir la *défense* des prisonniers, pour le moins aux fins de l'atténuation des peines, rechercheront cela et voudront le représenter.

§ 7. Des témoins de la défense.

Quand l'*Inquisit* veut montrer son innocence par témoins, le *Defensor* doit remettre le dossier de défense (*Defensional-Articul*) au juge mais sans *Formation* d'aucun questionnaire ; Il se pourrait pourtant que l'*Interrogatoire général* fasse apparaître l'un ou l'autre élément (*Articul*), ou bien les témoins de la *Defension* par quelques réponses faites, qu'un questionnaire soit nécessaire, comme ordonné au Cap. V. ; A procéder selon cela.

§ 8. Au sein de ces témoins de la défense aucune différence n'est à établir.

Lors de l'audition des témoins de la *Defension*, la cour ne devra faire aucune différence, à peine de pouvoir opposer sur celles-ci, sans considérer si l'un ou l'autre est *Domesticus* du prisonnier, ou que soient formées quelques présomptions envers ceux-ci ; Au contraire, il appartient au rédacteur des pièces d'observer en droit jusqu'où les mêmes témoins seraient à croire ; A garder devers soi.

§ 9. Quand ceux-ci doivent de nouveau prêter serment ?

§ 10. Pour la conduite de la défense, un délai de comparution doit être établi.

§ 11. Les frais exigibles pour cette comparution en défense de l'inculpé.

Quand le prisonnier dispose de moyens, les coûts de la conduite de sa *Defension* devront être pris en charge par lui, mais quand il est pauvre, doivent les cours, comme il est apparu en tous lieux, par un *Onus Jurisdictionis*, supporter les coûts de la complète *Defension*, et ainsi soutenir les nécessiteux.

§ 12. Ce qui doit être réglé avant la comparution en défense de l'inculpé, en particulier par le juge ?

S'il se devait que l'*Inquisit*, n'ait aucun de ses parents qui veuille se soucier de sa *Defension*, ni même le *Defensor* rétribué, comme il est maintes fois hélas ! accoutumé d'échoir, celui-ci doit avancer seul comme ci-dessus, et pourtant observer les très nécessaires phases de la défense (*Momenta Defensionis*) ; Le juge doit alors se mettre en peine de la partie du prisonnier (*Vertheydigung*<sup>150</sup>), et de la découverte de son innocence, lui faire connaître les conclusions des *Actes*, et où il est à sûreté, [dire] par exemple l'*Inquisit* en démence et le niveau de sa raison, ou [peine de] mort, inimitiés, faire avancer les témoins, mais sur tel *point* que les témoins ne soient entendus ; Ainsi doit-il pour une nouvelle fois, selon le serment ci-devant, mener ici l'office en deux parties.

§ 13. Quelles pièces doivent être adressées, à quoi le *Collège* des hommes de loi doit dans tous les cas porter attention.

Mais en cela non plus, le juge ne doit aucunement être nonchalant, et avoir noté ce qui revient au *Criminal-Collegium*, aux *Juristes* des *Facultés* ou au *Scabinat* (cabinet royal), auxquels les *Actes* appartiennent<sup>151</sup>, et remarquer aussi que l'une ou l'autre des circonstances, telle qu'elle ressort de la *Defension* de l'*Inquisiti*, démontre plus, [qu'il] soit plus près de l'investigation,

---

<sup>150</sup> Le terme de *Vertheydigung*, n'est pas ici synonyme de *defension*, mais prend un sens spécialisé, proche de son sens étymologique, dans le cas où le juge doit prendre lui-même en charge la *partie* du défenseur.

<sup>151</sup> Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> va jusqu'au bout de sa logique absolutiste. Il se proclame propriétaire des actes de la justice rendue en son nom, en ses domaines.

doit être en liaison avec le dit *Collège*, pour démontrer icelles et pour l'extraction de ces *Points*, les coûts des *Actes* sont à remettre au juge qui a eu la *Direction* du *Processus*.

§ 14. Une fois tenue la comparution en défense les échanges de pièces doivent être interdits. Puisque jusqu'alors on a accepté, en bien des lieux, de suivre la complète procédure d'*Inquisition*, selon laquelle les nombreux écrits peuvent être échangés jusqu'à *Quadruple* procédure, entre procureurs de la cour (*Hof-Fiscälen*) et le *Défendeur, pro & contra*, ce qui, par rapport au *Procès* par *Inquisition* qui doit, quant à lui, être *sommaire* (rapide), non seulement rallonge la durée, mais encore augmente les coûts des *Procès* et des rédactions, et les prisonniers sont tourmentés sans nécessité par des *Arrests* interminables et épuisants, les sujets également, qui doivent garder les prisonniers, qui, pour leur dommage, seront tenus écartés de leur travail. Nous voulons de même abolir totalement par icelle les échanges écrits et *Déductions* dans les *Procès* par *Inquisition*, tout ce qui est de la *Defension* de l'*Inquisit* sera mis dans les *Actes*, régulièrement rien ne doit être changé à cela à l'avenir.

§ 15. Quand a lieu le rendu d'un *Arrêt* d'élargissement contre *Caution* ?

Quand quelqu'un, à cause d'un méfait, pour lequel la loi fixe une peine de vie, ou corporelle, est appelé à répondre, et que déjà de fortes présomptions et indications sont portées à son encontre, ne devra le même être élargi pour aucune *Caution*, au contraire attendra l'arrêt de jugement et le droit en prison. Mais quand est *arresté* un prévenu pour délits limités, sur lesquels ne sont fixés que peines d'amendes ou de prison, ou remontrances coutumières, ou le cas d'un méfait plus grave, mais reconnu, quoique pas particulièrement *gravirt* (chargé), il peut dans tels cas contre paiement d'une garantie sérieuse et raisonnable *de Judicio fisci & judicatum solvi*, qu'il soit jugé libre d'aller ou de venir, autant que des circonstances particulières ne l'interdisent, ou bien que l'*Inquisit* (prévenu), sera gardé et conservé à l'abri de toutes *Collusions bis ad Litis Contestationem*, qu'il soit statué de même dans ces cas. Quand le prisonnier se trouverait être en situation d'office honorable, ou bien doté de biens immobiliers, il devra être gardé. Car alors l'élargissement contre *Caution juratoire* serait abandonné à dépendre de l'*Arbitraire* d'un juge raisonnable, lequel serait alors en situation de prendre ses dispositions d'après la condition des personnes<sup>152</sup>, ou autres circonstances, on préférera dans tous les cas qu'il doive s'en remettre au droit pour se conduire.

§ 16. Quand adoucir l'emprisonnement ?

Quand une personne emprisonnée est malade, ou enceinte, et que le temps de l'accouchement approche, doit le juge avoir le soin, que l'emprisonné soit mis seul, et que la même personne emprisonnée soit mise dans une pièce, ou une chambre, proche du gardien de la prison, ou bien en un lieu confortable, là où le juge a statué de faire, à sûreté, et attendre là le temps de la guérison ou de la délivrance.

## Cap. VII Comment conduire le *procès* contre les criminels en fuite ou absents ?

§ 1. Quand l'auteur est fuyard, ses biens doivent être *annotés*<sup>153</sup>.

§ 2. Les malfaiteurs fuyards doivent être poursuivis par mandat d'amener.

§ 3. Devront être activement recherchés.

§ 4. A peine de renvoi du juge.

§ 5. Quand advient que l'auteur sera *cité* [à comparaître] par un *édit*.

§ 6. Quand on ne peut mettre l'auteur en détention, les *actes* seront consignés.

§ 7. Quand sera conduite la procédure contre auteurs fuyards.

<sup>152</sup> Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> sous-entend que le montant de la caution pourrait être fixée de façon intéressée par le juge, dans le cas de prévenus fortunés, comme exemple de dévoiement arbitraire...

<sup>153</sup> C'est-à-dire consignés. La disposition équivalente de l'ordonnance criminelle de 1670 (tit. XVII, art. 1) prévoit la saisie conjointe. Josse De Damhouder : « De l'annotation des biens, chap. xiii ; ou encore : Les biens de l'adiourné en matière criminelle s'il ne compare par son default se inventorient par le fisque, A, p. xlvi, j », *La pratique et Enchiridion des causes criminelles*, Louvain, 1555.

- § 8. Contre les bandits de Grands Chemins.
- § 9. En moindres délits.
- § 10. De l'élargissement de tels *délinquans*<sup>154</sup>.
- § 11. Dans quels cas celui-ci serait nécessaires ?
- § 12. Quand procéder à l'élargissement d'étrangers arrêtés pour un méfait produit.
- § 13. Du sauf-conduit
- § 14. Auprès de qui rechercher ceux-ci.
- § 15. Dans la *grosse (Memorial)* doit figurer la raison du sauf-conduit [accordé] au recherché.
- § 16. Quelle durée accorder à un sauf-conduit ?
- § 17. Quand au dernier moment un appelé à comparaître fait défaut.

### **Cap. VIII De la rédaction, l'enregistrement et la transmission des Actes.**

- § 1. Comment rédiger les pièces ?
- § 2. Par qui ?
- § 3. A chaque tenue de séance, les *présences* doivent être *notées*.
- § 4. De même, le *Procès-verbal* doit être signé.
- § 5. Les éléments de preuves (*Attesta Testium*) devront être sises en un registre.
- § 6. Comment établir le *procès-verbal* de *confrontation*.
- § 7. Comment établir le *procès-verbal* d'une *Litis Contestation* ?
- § 8. La signature du prévenu et l'*adjonction* d'un *notaire* doivent y être portées.
- § 9. Les *actes* devront être mis en cahiers, *folliés* et *numérotés*.
- § 10. L'état d'âme ou de corps de l'accusé est à décrire dans les *actes*.
- § 11. Comment un *acte* doit-il être enregistré.
- § 12. De ces *actes* qui doivent se conformer à cette *Criminal-Ordnung*.
- § 13. De l'établissement de la question de droit (*Urthel-Frage*).

La question de droit ou lettre de *Requisition*, au nom de la cour, adressées aux *Facultés* et titulaires de Chaires, devront, *mutatis mutandis*, être rédigées selon le suivant *Formular* ?

#### *Formule d'une lettre de Requisition*

Tit. Les présents *Actes* d'*Inquisition* adressons ci-joint et enclos, de [l'affaire] traitée devant nous contre P. N. *in puncto* ... avec coûteuses recherches, à laquelle pleine solution est à donner de façon collégiale (*collegialiter*), et que nous remettons à vos bons soins, avec les *Rationibus dubitandi & decidendi*, avec la remise (*Remittirung*) des *Actes* ainsi que cette lettre elle-même, sous le sceau et mention de la *Faculté*, pour fixer l'arrêt de jugement sur icelle, avant d'ouvrir consécutivement le paiement des frais, aussi par la première poste, sans vous distraire de vos bons soins, pourrez-vous nous informer sans peine si et quand les *Actes* sont entrés en vos murs ?

Nous restons, etc...

Et doivent de même les cours adjoindre à la question de droit toute *Informations Privées* et *Suggestions*, à peine de Notre très grande disgrâce et fortes amendes à leur rencontre, s'ils devaient échoir de ces défauts que les *Facultés* ne puissent conclure *sub vitio nullitatis* (à peine de nullité), par manque d'information.

§ 14. Les *actes* doivent être envoyés.

Aucun Haut-Juge ne doit se trouver embringué dans des affaires pénales, pour parler ainsi, dans lesquelles il faut procéder de façon *inquisitoire* ; Au contraire, il conviendra, au travers des *Actes*, de s'adresser à un juge impartial pour recevoir la sentence. De la même façon, mais pour les délits limités, sur lesquels aucune procédure d'*Inquisitions* ne sera conduite, mais

---

<sup>154</sup> Terme fréquent chez Domat, parfois sous une forme verbale : *Quatre livres*... p. 545.

celles qui seront punies du « collier de fer »<sup>155</sup>, du « manteau espagnol »<sup>156</sup>, de peines de prison ou d'amendes modiques, le président du tribunal les conservera devant lui, procédera pourtant avec la *Circumspection*, qu'il convient. Ainsi, Nous plaira amener à conclusion les faits de débauche, aussi bien des éléments mâles que femelles du peuple<sup>157</sup>, pour lesquels Nos cours disposent des ordonnances données en nos présentes *Residenßes*, et desquelles elles recoivent *Instruction*, moyen par lequel nos sujets, sans *procès* démesurés, qui les éloigne de leur lieu de travail l'espace de quelques mois jusqu'à un an, [recevront jugement], exception faite de la répression des Gitans, pour cela, employer Nos *Edicts* déjà publiés (*publicierten*) et dont les explications sont à venir.

§ 15. La cour doit avancer les frais.

Les coûts de *Transmissions* et frais de jugement doivent, dans tous les cas être avancés par les Cours, et attendre les *Restitutions* des conclusions des *Procès*, et les avis des rédacteurs des jugements. Il en est de même pour Notre *Criminal-Collegio*, quand des autres cours, rarement *immédiatement*, ou bien sur Notre gracieux commandement, les *Actes* seront envoyés ; Alors les frais seront remis, et dans les affaires où un *Fiscali* intervient, pour une *Inquisitio*, les coûts sont à connaître, et il doit en tenir l'état lui-même, les coûts de *Transmissions* aussi avec les à-côtés et les frais, le *Criminal-Collegio* chaque fois qu'il doit siéger, devra en faire lui-même la remise, dans ces démarches chacun peut s'adresser de même à Nous ou à Notre *General-Fiscal*, qui à toujours et sans délai la main à quémander.

### **Cap. IX De la Publication d'un jugement de mise à la question, de la question des peines et des serments de purification.**

§ 1. Lors de la reconnaissance d'un cas pénal, il est prudent de procéder.

Quand une cause sera trouvée ainsi constituée, que le prévenu ne veut avouer le méfait dont il est suspecté, alors qu'il a contre lui de lourds et véridiques soupçons ; Nous voulons alors que la vérité soit recherchée par le moyen de la question pénale, comme d'usage jusqu'à maintenant, et établi par les lois de l'Empire, et à employer à l'avenir, ordonnons aussi aux membres de Notre *Collège de Justice*, aux *Juristes* de Nos *Facultés* et aux titulaires de nos Chaires, de vouloir lier leurs âmes et leurs connaissances à chacun des jugements, comme à une cause de la plus haute importance, et d'incalculable *Préjudice*, de procéder avec la plus grande prudence et scrupule, afin que par ce moyen ce ne soit l'innocent qui soit conduit à reconnaître un méfait, où il n'a aucune part, mais que le coupable, pour lequel il n'est pas besoin de douloureuse question, quand il est capable de la soutenir, qu'il trouve, au contraire, la possibilité de recevoir la rétribution pleinement méritée [de ses actes].

§ 2. Ne doit pas avoir lieu quand le fait est connu par témoins.

§ 3. Le degré de la *torture* doit être pleinement *exprimé* dans un arrêt de jugement.

§ 4. Le fait devra être circonscrit en courtes questions.

§ 5. Comment devra-t-on ouvrir un tel procès, où la dure question est à connaître ?

§ 6. Comment annoncer un tel procès au prisonnier ?

§ 7. A lui, un temps de réflexion est à donner.

§ 8. Comment dans un tel procès entendre la future *Defension* du prisonnier ?

§ 9. Ce que doit faire la cour avant l'*exécution* de la *Torture*.

§ 10. De l'*exécution* de la *Torture*.

---

<sup>155</sup> *Hals-Eisen*, peine à la fois corporelle et partiellement privative de liberté, antécédent des bracelets électroniques modernes institués en France pour certaines libertés surveillées par la loi sur la récidive pénale du 12 décembre 2005.

<sup>156</sup> La plus ancienne trace de la peine corporelle du *Spanischen Mantel* : *vom Mantel und vom Umhang, den man zerreißt*, « ce manteau qui lacère lorsqu'on le porte » remonterait au XIII<sup>ème</sup> siècle : Jan Buma von Wybren, *Das Brokmer Recht, Vandenhoeck et Ruprecht* (éd.), *Altfriesische Rechtsquellen* 2, Göttingen, 1965, p. 136 ; d'après Wilhelm Ebel, *Deutsches Rechts Wörterbuch*.

<sup>157</sup> « *so wohl Manns als Weibts-Volcks* »



- § 11. Le prisonnier doit tout d'abord être autorisé et conduit en conciliation.
- § 12. Le bourreau doit être *informé* du contenu du jugement.
- § 13. Comment il doit de même rechercher la vérité auprès du prisonnier ?
- § 14. Ne devront être utilisés aucuns moyens inhabituels.
- § 15. Dans quel ordre tourmenter le prisonnier.
- § 16. Le greffier doit tout décrire précisément.
- § 17. Quand le prisonnier soutient la *Torture*.
- § 18. Quand le prévenu confesse connaissance.
- § 19. Quand après douleurs réitérées il ne veut toujours pas reconnaître.
- § 20. Comment interroger le prévenu lors de reconnaissance sous la *Torture*.
- § 21. Le prévenu ne doit être interrogé, ni pendant ni après la séance, d'autres délits que de celui dont il est accusé.
- § 22. La reconnaissance devra lui être ensuite relue.  
 Quand le prisonnier exécute sa déposition, celle-ci doit lui être relue, mot à mot, à nouveau devant lui, aussi s'il se souvient encore d'y adjoindre encore quelque chose ou bien s'il a à en changer quelque chose, mais tout est à consigner, de même combien de temps le prisonnier a supporté la *Torture*, sous quel degré de *Torture* le prisonnier s'est-il lancé dans la reconnaissance, et quand s'est conclu l'*Examen*, à décrire précisément *ad Protocollum*, le prisonnier après cela est à reconduire à nouveau dans la prison, mais pas avec un autre prisonnier.
- § 23. De la *ratification* de la confession orale  
 Quand la *Torture* aura été conduite à pleine rigueur, devra le prisonnier comparaître, le troisième jour, en chambre ordinaire, hors la présence du bourreau, et sa précédente déposition lui soit lue mot à mot, qu'il ait soutenu, ou non, le fait sous la *Torture* ; Lui étant questionné si cela est, ou non la vérité, et qu'il puisse encore à cela rester ? Et ses réponses et explications notées *ad Protocollum* ; Mais quand le prisonnier ne pourra se découvrir que par la *terreur*, pour la *Ratification* de l'aveu, parce qu'il n'a pas connu les douleurs de la véritable *Torture*, au jour suivant, il faudra procéder sur cela (réitérer la question).
- § 24. Quand le prévenu *révoque* sa confession.  
 Dans le cas où le prisonnier, comparissant pour la *Ratification* de sa confession<sup>158</sup>, contredit son aveu, alors, l'amertume des douleurs, ou autres moyens doivent être employés, doit être en les *Actes*, qu'il a connu le degré de complète *Torture*, ou pour partie épargné, de même le dernier *Protocollum* à nouveau expédié, et l'opinion du rédacteur du procès, que l'on ait garde de les fournir.
- § 25. Comment le juge doit procéder après la confession orale
- § 26. Après complète *Torture* le prévenu doit être invité à présenter une nouvelle *Defension*.  
 Avant que les *Actes* d'une complète *Torture* ne soient expédiés, doit se tenir l'*inspectio* du *defensor* desdits *actes* (visite du dossier par le défenseur), et s'il veut introduire une demande *pro Defensione Rei* (appel au roi), un délai (*Terminus*) sera sis, et quand celle-ci mènerait à *causes conclusives*, est à procéder à l'enregistrement (*inrotulation*) et la *Transmission* des *Actes*, comme ci-dessus décrit.
- § 27. Des serments de purification.
- § 28. Comment conduire ceux-ci au fait suspecté ?
- § 29. Quand le serment de purification sera entendu, doit parfois être éventuellement définitif, à faire connaître.
- § 30. Si le rédacteur du jugement doit être compté dans les frais.

---

<sup>158</sup> *Uhrgericht*, première reconnaissance de la charge de la faute, confession, *Meyers Konversationslexikon*, vol. 17, p. 195.

## Cap. X De la *Publication* du jugement final, et de son appel, soit statuer à nouveau de la même affaire.

§ 1. De la *publication* de la sentence.

§ 2. Quand le prévenu sera absout, et du serment de paix.

§ 3. Les frais ne doivent pas être avancés quand ils ne sont pas reconnus.

§ 4. Comment se comporter quand le prisonnier se refuse à prêter le serment de paix ?

§ 5. Des *Remediis* (appels) contre un jugement final.

Puisque les causes d'*Inquisition* [ordinaires] sont en elles-mêmes *sommaires* (rapidement menées), et conduites à prompt décision, aussi pour de telles causes, aucun *procès* en *Appellation* ne devra être reçu ; Mais il s'agit pourtant dans ces affaires de la vie et du corps d'un être humain, de son bien et de son sang, comme de l'honneur de son nom, on devra alors, en lieu et place de l'*Appellation*, accorder pour chaque prévenu que soit conduite une nouvelle *Defension*.

§ 6. Comment conduire la *défense ultérieure* (*Ulterior Defension*) ?

Dans la mesure où, lors de la *publication* d'un jugement, le prévenu serait trouvé chargé [de la peine], et qu'il veuille encore faire apporter la démonstration de son innocence par une nouvelle *Defension*, il doit alors, aussitôt après la sentence, fixer une date selon situation et circonstances, et le jugement sera remis au *Defensor* avec les *Rationibus decidendi*, et les *Actes* au complet ; Et quand sera venue la *Ulterior Defensio* sur *Actes*, cette audience en *Révision* doit se tenir en un autre lieu<sup>159</sup>, exclus les cas où Notre *Criminal-Collegio* se serait déjà prononcé, et que le jugement fût déjà par nous *confirmé* ; Les *Actes* devront à nouveau [être] *remis* au même et expédiés ; Il conviendra alors, que Nous, à partir des causes soulevées, rendions un nouvelle sentence gracieuse.

§ 7. Quand contre une sentence définitive un appel est encore à constater.

§ 8. Quand pendant le temps où l'acte a été envoyé de nouveaux indices sont produits.

§ 9. De la *Confirmation* d'un jugement en choses pénales.

Concernant la *Confirmation* des jugements reçus en affaires pénales, Nous laissons cela comme par le passé pour ceux des présidents de tribunaux très habitués à rendre *exécutoires* (*exequiren*) les mêmes sentences sans *Confirmation*, ceux-là, à l'avenir également, devront rester à cela. Quelques-uns des juges qui se trouveraient devoir *exercer* (*exerciren*) en cour *Criminelle*, sans le savoir-faire recherché, autant ils marcheront sûrement, d'autant moins auront-ils à se soucier de responsabilité, quand ils recevront Nos *Confirmations*, surtout dans les affaires où se trouvent quelques matières à délibérations. Il faudra pourtant, en cas définis, que les *Confirmations* soient nécessairement demandées auprès de Nous, les cas donnés ici ou là dans cette ordonnance et à nouveau repris pour partie dans ce §, celles ici incluses sont :

1. Quand quelqu'un du pays devra recevoir remontrance, selon les cas prévus par le *Recess* des Grand Jours (*Landes-Tages*) de l'Année 1653, comme par l'ordonnance sur les chambres de justice (*Cammer-Gerichts-Ordnung*), qui exigeaient déjà la *Confirmation*.
2. Quand l'arrêt de jugement ne serait pas allégé mais plus sévère que les lois, la *Mitigation*, ou modification de la peine, est à déposer devant Sa royale *Majestät*.
3. Quand l'*Inquisit* forme une demande en grâce, que cela concerne l'exemption, ou la réduction de peine, et non moins, quand le même aura provoqué (*provociret*) une *Revision* des *Actes* au lieu de la *Ulterioris defensionis*, auquel cas, Nous ne pourrions trancher le recours à Notre très haute personne, qu'il s'agisse de son corps et de sa vie, de ses biens ou de ses effets<sup>160</sup>.

<sup>159</sup> Disposition qui semble annoncer l'appel circulaire, brièvement expérimenté en France pendant la période révolutionnaire, loi des 16-24 août 1790.

<sup>160</sup> Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup> annonce par avance la nullité de l'appel pour faute de procédure.

4. Et en cas à venir de *Crimine Perduellionis*<sup>161</sup>, dont la *Cognition*, revenait à Nous seul, en tant que seigneur territorial (*Landes-Herren*) ; ici réduisons cela en *simplici Majestatis Crimine*<sup>162</sup> et en transmettons la *Cognition* au *Magistrat Ordinaire* ; il faut alors dans de tels cas, ou quand un *Interesse publicum* particulier y apparaît, toujours adresser les *Sentences ad confirmandum*.
5. De même, on doit aussi, en affaires nobles, quand une peine de mort, ou seulement la *Torture* seraient à reconnaître, en disposer selon la *Constitution* du 13 décembre 1714.
6. Quant aux affaires qui tombent sous le coup de Notre *Edict* sur les *Duels*, où peines de mort ou corporelles, ou en effigies, ou de *Confiscation* des biens ou *Revenuës*, sont reconnues. Il faudra alors pour les affaires appartenant à l'*Edict* sur les *Duels*, lesquels ne sont pas traités ici, se rapporter au § 11 de l'*Edict*, qu'il soit tenu à l'ordre selon les *Actions* et peines de droit qui y sont ordonnées.
7. Au demeurant, doivent toutes les affaires *Criminelles* être présentées, ou bien devant Notre cour d'Etat, les gens de Notre Maison, ou nos Officiers, ou encore être réglées par Nos fonctionnaires *fiscaux* (*Fiscalischen Bedienten*), les arrêts de jugement envoyés à Notre *Confirmation*, et chaque fois, pour chacune d'elle, pour rechercher Notre *Confirmation* convenablement, les *Actes* seront inclus à l'envoi.

### **Cap. XI Remise de peine, du droit de grâce, de la cassation du procès criminel, des dépens, des dénonciations et reconventions.**

§ 1. La cour ne doit laisser aller de devant elle aucun prisonnier sans jugement.

§ 2. Ne doit non plus amoindrir les peines reconnues devant elle.

§ 3. De l'*abolition* des *procès*.

De la même façon, il reste que dans certains cas particuliers, lorsque le *Delinquent* introduit auprès de Nous une demande en grâce, ou d'atténuation de peine, ou qu'il plaise de réduire à peine d'amende, selon *Disposition* du § 12 de l'ordonnance de *Justiz* améliorée, alors, voulons, comme par le passé, qu'il soit statué de ces allègements devant Nous, que la cause afférente ne soit pas introduite seule, mais une sentence doit être pour cela prononcée, laquelle alors devra Nous être envoyée, avec les *Actes* aux fins de Nos conclusions ; Alors Nous ferons échoir comme par le passé, que en *Delictis levioribus* (moindres délits), là-dessus seulement une peine d'amende devra suivre, pour épargner les coûts de l'*Inquisition*, et l'*Abolition* sera empêchée<sup>163</sup>.

§ 4. Dans les cas à venir, où la peine est à diminuer, les actes doivent être envoyés.

§ 5. Des frais.

§ 6. Des *dénonciations*.

§ 7. De la *reconvention*<sup>164</sup> contre le juge ou la cour.

### **Cap. XII De l'exécution des peines.**

§ 1. Le jour de l'exécution, le prisonnier doit être *intimé*

Quand une sentence de mort doit frapper le prisonnier, on devra faire connaître le jour de l'*Execution* à celui-ci quelques jours auparavant, de sorte qu'il puisse à cela s'apprêter, et ait la possibilité de se préparer chrétiennement.

<sup>161</sup> Si le terme renvoie aux crimes de haute trahison décrits par Tite-Live lors des guerres sociales de 91-88 A.-C., le terme semble avoir ici perdu de sa vigueur et il ne faut y voir que les méfaits relevant de la justice personnelle du souverain lorsqu'il se trouve en position de seigneur de la terre où le délit a été commis.

<sup>162</sup> Le lien géographique personnel entre maître et sujet est rompu par le crime. Ce qui explique le rapport entretenu par un méfait réputé « simple » avec la notion de Lèse-Majesté.

<sup>163</sup> Expression du sens extrême de l'économie de Frédéric-Guillaume I<sup>er</sup>, touchant à la laderie. La solution qu'il retient ici permet de faire assumer à un prévenu relaxé le coût d'un procès où il a été reconnu innocent, alors que l'*Abolition* aurait laissé les frais à la charge de la partie prenante de l'affaire, c'est-à-dire l'Etat.

<sup>164</sup> *Vorschrift der deutschen Strafprozeßordnung* (§ 198, 232), *Meyers Konversationslexikon*, vol. 16, p. 590.

- § 2. Devra être laissé seul le temps restant.
- § 3. Quand *l'Exécution* doit être mise en place.
- § 4. Quand pour une exécution à venir le malfaiteur tombe brusquement malade.
- § 5. De la clôture d'un tribunal pénal public.
- § 6. Le juge doit être présent pour *l'Exécution*.
- § 7. Quand une peine de fouet est reconnue.
- § 8. Du serment de paix.

Quand le prisonnier, avec ou sans peine de fouet, recevra la remontrance, il doit tout d'abord prononcer le serment de paix, de la teneur ci-après :

Formulaire d'un serment de paix lors des remontrances coutumières,  
(avec ou sans coups de fouet).

Je P. N. prononce devant DIEU un serment corporel, à la suite duquel je serai reconnu coupable, avec peine de fouet, (selon coutume), par la présente cour, après découverte de la cause de faits perpétrés - - - dont je fus appelé à répondre, [jure] que je tiens tout cela pour une peine conforme au droit et pleinement méritée, et que je n'ai le plus petit désir de vengeance, ni envers le haut gouvernement du pays, ni envers la présente autorité du lieu, ou les membres du tribunal, ou encore envers aucun des biens et effets des sujets, non pas ainsi par parjure, ou en chargeant et instituant un autre de réaliser [ma vengeance], mais au contraire en me satisfaisant du jugement et du droit, et en renonçant de suite à ces terres royales, (ou *Jurisdiction* urbaine, ou ressort noble), aussi sans congé prolongé du haut gouvernement du pays, en celles-ci plus jamais (ou bien dans le nombre des années fixées) ne veut les fouler à nouveau.

Que Dieu me vienne en aide par son fils JESUS CHRIST.

§ 9. Comment *l'exécution* sera accomplie est à inscrire.

### **Cap. XIII Du maintien de cette ordonnance criminelle.**

§ 1. Cette ordonnance doit être observée précisément par les juges et les rédacteurs des jugements.

§ 2. Les juges seront par suite documentés d'icelle.

*Index des notions notées en écriture Caroline dans le texte de la Criminal-Ordnung de 1717.*

	TERMES ET VARIATIONS	PREMIÈRES OCCURENCES
1	<i>Abolition</i>	Cap. XI § 3
2	<i>Absolung, absolviret</i>	Cap. VII, § 10, Cap. VII, § 12, Cap. X, § 2
3	<i>Acta, ad Acta inquisitionis</i>	Cap. I § 7, Cap. I § 7
4	<i>Actionen</i>	Cap. X § 9, al. 4
5	<i>Actuarius</i>	Cap. I § 6
6	<i>adhibiren</i>	Cap. I § 12
7	<i>Adjunction, Adjunctio eines Notarii</i>	Cap. V § 12, Cap. VIII § 8
8	<i>Administrirung, administriret</i>	Cap. I § 7, Cap. I § 12
9	<i>admitiret</i>	Cap. VI, § 2
10	<i>Advocatus</i>	Cap. VI, § 1
11	<i>agiren</i>	Cap. III § 3
12	<i>Alimentir-</i>	Cap. III § 4
13	<i>Allegirens</i>	Cap. VI, § 6
14	<i>annotiret</i>	Cap. VII, § 1
15	<i>Appelation</i>	Cap. X, § 5
16	<i>Arbitrario</i>	Cap. VI, § 15
17	<i>Arrest,</i>	Cap. VI, § 14,
18	<i>arrestirt</i>	Cap. VI, § 15
19	<i>Articulis</i>	Cap. I § 12
20	<i>Assessoris</i>	Cap. I § 5
21	<i>Attestatorum, Attesta Testium</i>	Cap. V, Cap. VIII § 5
22	<i>authorisitiret</i>	Cap. III § 4
23	<i>Capital-verbrechen</i>	Cap. V § 4
24	<i>Caution, juratorische Caution</i>	Cap. VI § 1, Cap. VI § 15
25	<i>Chicanen</i>	Cap. VI § 6
26	<i>Circumspection</i>	Cap. VIII § 14
27	<i>Cognition</i>	Cap. X § 9, al. 4
28	<i>Collegium Medicum, Collegio, collegialiter</i>	Cap. III § 4, Cap. VIII § 13
29	<i>Collusionen</i>	Cap. VI § 15
30	<i>communiciren</i>	Cap. VI § 4
31	<i>Complices</i>	Cap. V § 22
32	<i>concerniret</i>	Cap. I § 7
33	<i>Confirmation, contra Confirmatoriam, Confirmationes, ad confirmandum</i>	Cap. X § 7-10, Cap. X § 9, al. 4
34	<i>Confiscation</i>	Cap. X § 9, al. 4
35	<i>Confrontation, confrontiren</i>	Cap. I § 12, Cap. V § 23
36	<i>Connivence</i>	Cap. III § 3
37	<i>conscribiren</i>	Cap. VIII § 1,
38	<i>Conscription</i>	Cap. VIII
39	<i>Consessi der Convicti</i>	Cap. V § 22
40	<i>Constitutiones, Constitution</i>	Cap. I § 7, Cap. X § 9, al. 1
41	<i>Contestationem</i>	Cap. VI § 15
42	<i>contradiciren</i>	Cap. V § 23
43	<i>Contraventions</i>	Prologue

44	<i>Corpus delicti</i>	Cap. III § 6
45	<i>Criminal, Criminal-Sachen, Criminal-Collegium, Crimine Perduellionis, simplici Majestatis Crimine</i>	Cap. I § 7, Cap. III § 4, Cap. VI § 13, Cap. X § 9, al. 4, Cap. X § 9, al. 4
46	<i>Criminalibus (in)</i>	Cap. I § 7
47	<i>Deductiones</i>	Cap. VI § 14
48	<i>Defension, Defension pro avertenda, Defensional-Articul, Defendore pro &amp; contra, pro Defensione Rei, Uterior Defensio</i>	Cap. III § 4, Cap. III § 24, Cap. VI § 7, Cap. VI § 14, Cap. IX § 28, Cap. X § 6
49	<i>delictis facti transeuntis, delictis facti permanentis, Delictis levioribus</i>	Cap. III § 7 & 8, Cap. XI § 3
50	<i>Delinquenten, Delinquent</i>	Cap. VII § 10, Cap. XI § 3
51	<i>Denunciationen</i>	Cap. XII § 6
52	<i>Direction des Processus</i>	Cap. VI § 13
53	<i>disponiret, Disposition</i>	Cap. I § 12, Cap. XI § 3
54	<i>Domesticus</i>	Cap. VI § 7
55	<i>echappiren</i>	Cap. III § 3
56	<i>Edicta, edictaliter citiret, Edicto</i>	Cap. III § 1, Cap. VII § 5, Cap. X § 9, al. 6
57	<i>Execution</i>	Cap. XII
58	<i>Exemple</i>	Cap. III § 4
59	<i>exerciret</i>	Cap. III § 1
60	<i>Expedition</i>	Cap. III § 4
61	<i>exprimiret</i>	Cap. IX § 3
62	<i>Facultät (Juristen)</i>	Cap. VI § 13
63	<i>Fiscali, General-Fiscali, Hof-Fiscale, Fisco</i>	Prologue, Cap. I § 12, Cap. III § 4
64	<i>foliiret</i>	Cap. VIII § 9
65	<i>Formular, Formula</i>	Cap. VIII § 13
66	<i>fundiret</i>	Cap. III § 6
67	<i>generaliter</i>	Cap. I § 7
68	<i>immediate</i>	Cap. VIII § 14
69	<i>impunitaet</i>	Cap. IV § 16
70	<i>Information</i>	Cap. VIII § 13
71	<i>inquiriren</i>	Cap. I § 12
72	<i>Inquisitio</i>	Cap. I § 7
73	<i>Inquisitions-Process, General-Inquisition, Special-Inquisition</i>	Cap. I § 7, Cap. III § 4, Cap. III § 14, Cap. III § 23
74	<i>Inquisito</i>	Cap. I § 12
75	<i>Interesse publicum</i>	Cap. X § 9, al. 4
76	<i>Interrogatoria generalia</i>	Cap. VI § 7
77	<i>Judicio fisci &amp; judicium solvi</i>	Cap. VI § 15
78	<i>Jurisdiction</i>	Cap. III § 6
79	<i>Juristen, Jusristen-Collegium</i>	Cap. III § 4, Cap. VI § 13
80	<i>Justiario</i>	Cap. I § 7
81	<i>Justitz-Collegia</i>	Cap. III § 4
82	<i>Justiß</i>	Cap. I § 7
83	<i>Litis Contestatio, Litis Contestation ad Articulos</i>	Cap. I § 1, Cap. I § 12
84	<i>Medicinische Facultäten</i>	Cap. III § 4

85	<i>Memorial</i>	Cap. VII § 15
86	<i>Mitigation</i>	Cap. X § 9, al. 2
87	<i>mucltam</i>	Cap. III § 3
88	<i>Notarius, notieret</i>	Cap. I § 7, Cap. VIII § 3
89	<i>numeriret</i>	Cap. VIII § 9
90	<i>Officium Fisci ad privationem Jurisdictionis</i>	Cap. III § 3
91	<i>Onus Jurisdictionis</i>	Cap. VI § 11
92	<i>praejudicirlichen Actibus, Praejuditzes</i>	Cap. I § 12, Cap. IX § 1
93	<i>Praesentes</i>	Cap. VIII § 3
94	<i>Process, Processus,</i>	Cap. III § 4, Cap. VI § 13
95	<i>profitiren</i>	Cap. V § 24
96	<i>Protocolla, Protocollum Confrontationis</i>	Cap. I § 1, Cap. VIII § 6
97	<i>Publication, Publiciren</i>	Prologue, Cap. V, Cap. I § 7
98	<i>Puncts, Puncto</i>	Cap. VI § 13, Cap. VIII § 13, Cap. IX § 6
99	<i>Quadruplic</i>	Cap. VI § 14
100	<i>Qualität</i>	Cap. I § 7
101	<i>Ratification</i>	Cap. I § 12, Cap. IX § 23
102	<i>Rationibus dubitandi &amp; decidendi</i>	Cap. VIII § 13
103	<i>Recess</i>	Cap. X § 9, al. 1
104	<i>recipirter (Advocatus)</i>	Cap. VI § 1
105	<i>Reconvention</i>	Cap. XI § 7
106	<i>Regress</i>	Cap. V § 22
107	<i>regulariter</i>	Cap. VI § 14
108	<i>Remediis</i>	Cap. X § 5
109	<i>remittiren</i>	Cap. VI § 13
110	<i>renunciirt</i>	Cap. VI § 3
111	<i>Requisition</i>	Cap. VIII § 13
112	<i>Respect</i>	Cap. V § 4
113	<i>Revenuës</i>	Cap. X § 9, al. 6
114	<i>Rotulus, Inrotulation, inrotulliret</i>	Cap. V § 17, Cap. VIII, Cap. VIII § 11
115	<i>Scabinat</i>	Cap. VI § 13
116	<i>Sentenß, Sentenzien</i>	Cap. X § 1, Cap. X § 9, al. 4
117	<i>separieren</i>	Cap. III § 22
118	<i>Sociorum criminis</i>	Cap. V § 22
119	<i>Souverain</i>	Prologue
120	<i>statuitet</i>	Cap. III § 4
121	<i>sugeritet, Suggestion</i>	Cap. IV § 4, Cap. VIII § 13
122	<i>summarisch</i>	Cap. III § 4
123	<i>Termino, Terminus</i>	Cap. V § 9, Cap. VI § 10, Cap. IX § 26
124	<i>terrirt</i>	Cap. IX § 23
125	<i>Tortur</i>	Cap. I § 12, Cap. IX § 3
126	<i>Transmission</i>	Cap. VIII, Cap. VIII § 13
127	<i>Universitäten</i>	Cap. III § 4
128	<i>vitio nullitatis</i>	Cap. VIII § 13