



HAL
open science

Quelques réflexions comparatives sur les doctrines pénales française et allemande au XIXe siècle

Jean-Louis Halpérin

► **To cite this version:**

Jean-Louis Halpérin. Quelques réflexions comparatives sur les doctrines pénales française et allemande au XIXe siècle. L'IRASCible: Revue de l'Institut Rhône-Alpin de sciences criminelles, A paraître. hal-01623943

HAL Id: hal-01623943

<https://hal.science/hal-01623943>

Submitted on 25 Oct 2017

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.

Jean-Louis Halpérin

Quelques réflexions comparatives sur les doctrines pénales française et allemande au XIX^e siècle

Dans son *Traité de droit pénal allemand*, Franz Liszt écrivait, au début du XX^e siècle, que « la jurisprudence française doit sa grande clarté à cette longue période de repos [celle qui a suivi la réforme de 1832, marquée selon Liszt par le maintien de l'armature du Code pénal napoléonien] ; mais c'est aussi en elle qu'il faut chercher le motif de l'engourdissement de la doctrine pénale française qui, depuis des générations, manque de toute initiative témoignant de quelque force »¹. On peut juger partielle et inamicale cette évaluation de la « doctrine pénale française » par un grand criminaliste allemand qui entretenait (à travers l'Union internationale de droit pénal qu'il avait fondée en 1889 avec Van Hamel et Prins) des relations avec ses collègues français (René Garraud et Maurice Garçon notamment) et dont le traité fut traduit en français en 1911 dans la collection dirigée par Lévy-Ullmann et Lerebours-Pigeonnière. Nous proposons ici, dans le prolongement d'une recherche précédente sur « l'originalité de la doctrine pénaliste française »², de prendre au sérieux ce jugement extérieur et de nous demander quels seraient les traits marquants d'une différenciation entre doctrine pénale française et doctrine pénale allemande au XIX^e siècle.

En supposant que certains facteurs, de l'état de la législation pénale aux *habitus* des auteurs d'ouvrages sur le droit pénal en passant par l'organisation de l'enseignement, le rôle des juges et des avocats ou la présence de médias spécialisés, ont contribué, dans les champs juridiques français et allemand du XIX^e siècle, à la formation (ou à la croyance dans cette formation, dont témoigne Franz Liszt en parlant globalement d'une « doctrine pénale française ») d'une entité doctrinale relative au droit pénal et de dimension nationale (par opposition à l'idée que la doctrine ne serait qu'une collection artificielle et hétérogène d'opinions successives des auteurs), il nous paraît possible d'envisager des traits communs qui identifient et distinguent la doctrine pénale des deux côtés du Rhin : d'une part des caractéristiques tenant à la structuration du champ législatif et universitaire

¹ Franz von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, trad. fr. R. Lobstein, Paris, Giard, 1911, vol. I, p. 52-53.

² Jean-Louis Halpérin, « L'originalité de la doctrine pénaliste en France depuis la codification napoléonienne », *Archives de philosophie du droit*, 2009, 52, p. 36-46.

(I), d'autre part des topiques liés à la tradition intellectuelle dans laquelle s'inscrivent les pénalistes de ces deux pays au cours du XIX^e siècle (II). Ce faisant, nous ferons aussi quelques incursions dans le domaine des circulations doctrinales, dont l'Union internationale de droit pénal a été un vecteur avant sa dissolution du fait de la Première Guerre mondiale.

I. En comparant les doctrines pénales française et allemande au XIX^e siècle, l'on pense tout de suite à la différence de situation politique et législative entre les deux pays, qui a eu un impact direct sur la codification pénale, principal objet de discussion pour les auteurs des deux côtés du Rhin. Face à l'unité du droit français, réalisée d'abord par le Code pénal de 1791 puis consolidée par le Code pénal de 1810, l'Allemagne a connu, jusqu'en 1871 une diversité de législation : les dispositions pénales de l'ALR prussien (1794), le Code pénal bavarois (1813, remplaçant celui de 1751), les codes de Saxe, du Hanovre et du Wurtemberg (1837-1839, le Code saxon ayant été révisé en 1855 et 1868, avec l'abolition de la peine de mort à cette date), celui du grand-duché de Bade (1845), enfin le Code prussien de 1851 qui servit de modèle en 1870 à celui de la Confédération de l'Allemagne du Nord étendu à tout le *Reich* en 1871. Il faut ajouter le droit commun allemand en matière pénale qui, sur la base de textes anciens (comme la *Caroline*), fut en application dans de nombreux petits États allemands jusqu'en 1871, ainsi que la codification française maintenue en Rhénanie prussienne jusqu'au Code pénal de 1851. Une telle situation a eu plusieurs conséquences. La première est que la doctrine française put se concentrer sur le commentaire d'un seul Code pénal et prendre rapidement appui sur une jurisprudence centralisée et développée par la Cour de cassation (sans équivalent en Allemagne, de même que des relais nationaux de publication des arrêts n'existaient pas outre-Rhin avant le *Seuffert's Archiv* créé en 1847, une publication privée d'une sélection de motivations extraites des décisions des juridictions les plus importantes). En sens contraire, du fait du morcellement des ordres juridiques jusqu'en 1871, la doctrine allemande fut forcée à la comparaison entre les codes (dont le Code français appliqué en Rhénanie) et à la réflexion (à laquelle participent les professeurs comme Feuerbach, Wächter, Mittermaier, Beseler) sur l'élaboration de nouveaux codes. La prise en compte du modèle français a ainsi joué un rôle important dans la discussion (dans les cercles

gouvernementaux avec la participation de magistrats, puis devant l'Assemblée nationale prussienne) du Code pénal prussien de 1851 (qui servit ensuite de matrice au Code de la Confédération de l'Allemagne du Nord, puis du *Reich*). Cet éventail de textes à étudier et ce contexte amenant les pénalistes allemands à parler souvent *de lege ferenda* apparaissent plutôt comme des stimulants pour le développement d'une doctrine vivante et diverse. Si la doctrine pénale française n'a jamais été purement exégétique et a intégré de manière précoce des critiques à l'égard de la codification napoléonienne, la doctrine allemande a été encore plus libre de ne pas s'enfermer dans le commentaire d'un seul corpus de lois.

La seconde conséquence des différences structurelles entre la France et l'Allemagne se situe dans l'organisation de l'enseignement et son application au droit pénal. Du côté français il faut compter avec neuf facultés jusqu'aux années 1860 avec un (dans les départements) ou deux (à Paris) professeurs enseignant à la fois la procédure civile, le droit pénal et la procédure pénale. Le droit pénal s'est donc vu attribuer une portion congrue, avec un nombre très réduit de professeurs publiant des travaux de droit pénal dans les générations de la première moitié du XIX^e siècle. L'évocation des successions d'enseignants dans ces chaires pendant ce demi-siècle est éloquente : à Paris (Boitard, Bonnier, Ortolan), à Grenoble (Berriat-Saint-Prix, Bolland, Geuymard), à Rennes (Carré, Bidard), à Strasbourg (Laporte, Rauter, Destrais), à Caen (Deboislambert, Bertauld, Trébutien), à Toulouse (Rodière, Molinier, un des rares avec Ortolan à être titulaire d'une chaire réservée au droit criminel), à Dijon (Poncet, Ladey fils), à Aix (Bouteuil qui ne paraît avoir laissé aucune publication) et à Poitiers (Boncenne, Bourbeau qui n'ont rien écrit en droit pénal).

Dans les dernières décennies du XIX^e siècle, l'augmentation à 13 du nombre des facultés (avec Nancy, Douai/Lille, Bordeaux, Lyon, Montpellier, mais moins Strasbourg) et l'instauration d'une chaire de droit criminel (ou de législation criminelle) dans chacune des facultés améliorent la situation. Pourtant le tableau des enseignements en 1900 indique encore une toute petite minorité de vrais spécialistes à Paris (Le Poittevin et Garçon qui publient à peine plus que leurs prédécesseurs Desjardins et Leveillé), à Lyon (Garraud), à Montpellier (Laborde) et à Toulouse (Georges Vidal). Dans les autres facultés les professeurs ou chargés de cours sont peu investis dans la matière : Pitti-

Ferrandi à Aix, Marandout à Bordeaux, Degeois à Caen, Bonneville à Dijon, Guélat à Grenoble, Percerou à Lille, Gardeil à Nancy, Normand à Poitiers, Chauveau à Rennes, aucun de ses enseignants n'a laissé à proprement parler une œuvre en droit pénal. Les professeurs spécialisés en droit pénal qui ont réellement participé (à côté de magistrats et d'avocats) à la doctrine française se limitent, pour l'ensemble du siècle, à une douzaine. Les manuels qui ont eu quelque diffusion se comptent en plus petit nombre encore, ce sont ceux de Chauveau (avec Hélie), de Molinier et de Garraud, auxquels on peut ajouter les ouvrages touchant le droit pénal qui n'ont pas été écrits par de purs pénalistes : *L'individualisation de la peine* de Saleilles (1898) et le *Traité de science et législation pénitentiaire* de Cuche (1905). Malgré l'apport incontestable des pénalistes qui n'enseignaient pas à l'Université, les forces quantitatives de la doctrine française étaient des plus limitées. Le sectionnement de l'agrégation en 1896 n'était guère de nature à changer cette situation, du fait de la satellisation du droit pénal au sein du droit privé. De l'autre côté du Rhin, il y avait au XIX^e siècle 19 facultés de droit (20 avec Strasbourg à partir de 1872), avec chacune au moins une chaire de droit criminel. Si les professeurs étaient habilités pour enseigner dans plusieurs matières et combinaient souvent le droit pénal avec d'autres disciplines (notamment le *Staatsrecht*, le *Kirchenrecht* ou le *Privatrecht*, ce qui conduisit beaucoup d'auteurs allemands à rattacher le droit pénal au droit public), ils ont été nombreux dès le début du XIX^e siècle à faire porter l'essentiel de leurs publications sur le droit pénal. Pour la première moitié du siècle, l'on peut citer (avec une influence liée à des publications souvent nombreuses) : Feuerbach et Grolman à Landshut, Tittmann (qui a donné leçons à Leipzig, sans disposer de chaire), Stübel à Leipzig, Salchow et Konopak (Iéna), Henke (Halle), Martin (Heidelberg), Roßhirt (à Heidelberg, enseignant en même temps du droit civil), Mittermaier (à Heidelberg 1821-1867 après un passage à Bonn), Anton Bauer et Heinrich Albert Zachariae (à Göttingen), Gmelin et Köstlin à Tübingen, Wächter (à Tübingen et Leipzig), Abegg (à Königsberg), Welcker (à Bonn, avant son enseignement de droit public à Freiburg), Bienner et Benner à Berlin, Beseler à Greifswald, soit deux fois plus d'enseignants actifs dans le domaine du droit pénal qu'en France. La présence des pénalistes et leur activité scientifique restent fortes au tournant du XIX^e et du XX^e siècle dans le *Reich* unifié : Berner, Kahl et Kohler à Berlin, Liszt (à Gießen, Marburg, Halle puis Berlin), Beling à Breslau, Seuffert et

Hälschner à Bonn, Lilienthal à Marburg puis Heidelberg, Frank et Eberhard à Gießen, Birkmeyer et Holtzendorff à Munich, Meyer à Erlangen, Seeger à Tübingen, Bar à Göttingen, Schmidt à Freiburg, Wach, Heinze et Binding à Leipzig, Bierling à Greifswald, Loening à Iéna, Kleinfeller à Kiel, Oetker à Rostock, Rosenfeld à Königsberg, Finger à Würzburg et Merkel à Strasbourg, au total plus d'une vingtaine d'enseignants actifs, au moins quatre fois l'effectif des universitaires français spécialisés en droit pénal. Des entreprises collectives, comme le *Handbuch des deutschen Strafrechts* (1871) dirigé par Holtzendorff ou plus tard la *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts* (1909, 16 vol.) étaient capables de réunir plus d'une dizaine de collaborateurs qui étaient tous pénalistes. Le nombre des manuels de procédure pénale (Glaser en 1883, Birkmeyer en 1888, Kries en 1892, Ullmann en 1893, Bennecke et Beling en 1900³) produits en Allemagne à la fin du XIX^e siècle est également impressionnant et bien supérieur à ce qui pouvait exister en France à la même époque.

De manière significative, quand le ministère français de la Justice créa une commission de réforme du Code pénal en 1887, il fit appel à seulement trois universitaires (Franck du Collège de France, Leveillé et Molinier), alors que les travaux de révision du Code pénal allemand (qui aboutirent partiellement en 1912) mobilisèrent à partir de 1902 huit professeurs (Birkmeyer, Wach, Kahl, Liszt, Lilienthal, Seuffert, von Calker et Frank) sans compter une commission de l'Union internationale de droit pénal avec neuf pénalistes allemands.

L'on ne sera pas surpris de trouver parmi les membres et les rapporteurs aux différents congrès de l'Union internationale de droit pénal une écrasante majorité d'Allemands, dont de nombreux universitaires, face à une minorité de Français parmi lesquels les professeurs de droit se comptent sur les doigts de la main. En 1889, il n'y a que sept membres français dans cette association, dont Garraud, Garçon, Leveillé et leurs collègues professeurs Gardeil, Gauckler, Marandout et de manière plus surprenante Duguit. Ils sont une soixantaine dans les années 1900 _ mais avec une majorité d'avocats et de juges (parmi les professeurs Saleilles et Le Poittevin ont rejoint Garçon et Garraud

³ Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1995, p. 392.

qui dirigent ce groupe français) _ face à plus de 200 Allemands (et même plus de 350 en 1906)⁴. Ces chiffres sont d'autant plus révélateurs que, malgré les différences dans la population et dans le nombre des universités au profit de l'Allemagne, les écarts n'étaient pas considérables entre les deux corps enseignants, formés d'environ 200 personnes à la veille de la Première Guerre mondiale. Les pénalistes français représentaient moins de 5 % de cet effectif, alors que les pénalistes allemands étaient plus proches des 10 %. Cette supériorité numérique de la doctrine pénaliste allemande (dans la mesure où l'apport des magistrats et des avocats ne pouvait compenser le « retard » français) s'est traduite aussi par une densité plus forte des relations entre spécialistes des matières criminelles (incluant à la fin du XIX^e siècle les médecins, les psychologues et psychiatres, les divers experts en criminologie) en Allemagne qu'en France. La preuve en est l'ancienneté et la vigueur des périodiques en langue allemande consacrés au droit pénal. Leur histoire débute à la fin du XVIII^e siècle, alors qu'il faut attendre en France la création en 1877, dans un domaine particulier, du *Bulletin de la Société générale des prisons*, transformée plus tard en *Revue pénitentiaire*.

En Allemagne, les premières revues consacrées exclusivement au droit pénal sont fondées dès 1797-1798. Il s'agit de l'*Archiv des Criminalrechts* créé par le juriste prussien Ernst Ferdinand Klein, un des rédacteurs de la partie pénale de l'*Allgemeines Landrecht* qui enseigna un moment à Halle. Le co-fondateur de la revue est le juriste bavarois Kleinschrod qui fut professeur à l'Université de Würzburg et travailla aussi à des projets de réforme pénale en Bavière. L'orientation de la revue est plutôt conservatrice, pour soutenir des projets qui relevaient encore du despotisme éclairé⁵. La *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* s'apparente à une revue, en dépit de sa périodicité annuelle, du fait de la publication de contributions de divers auteurs sur les questions pénales. Elle est créée en 1797 par le juriste de Hesse Grolman qui n'était à l'époque que *Privatdozent* à Gießen (et développe la théorie de la prévention spéciale dirigée contre chaque criminel avec ses spécificités). Il est soutenu à partir de

⁴ Ces indications sont tirées du *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal*.

⁵ Andreas Roth, « Strafrechtliche Zeitschriften im 19. Jahrhundert. Diskussionforum oder Gesetzinterpret? », in Michael Stolleis (Hg.), *Juristische Zeitschriften : die neue Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, 1999, p. 304.

1800 par Feuerbach qui y publie plusieurs études (notamment à caractère comparatif sur le Coran, puis sur le droit hindou). Le juriste Almendingen y participe également.

La période napoléonienne marque un coup d'arrêt pour ces revues, que l'on peut expliquer aussi par les discordes entre ces pénalistes (Feuerbach et Grolman d'abord liés d'amitié deviennent des adversaires dans le processus de révision des codes bavarois) et par le déplacement des débats vers la question de la codification civile, donnant lieu à la fameuse controverse entre Thibaut et Savigny, dans laquelle l'avenir du Code pénal français en Rhénanie est curieusement passé sous silence.

Le projet de l'*Archiv des Criminalrechts* est repris en 1816, après le mort de Klein, par Konopak (professeur à Halle, Rostock et Iéna) et Mittermaier alors jeune professeur à Landshut (et disciple de Feuerbach avant de passer par Bonn et d'être le chef de file du droit pénal à Heidelberg de 1821 à sa mort en 1867). Par ses articles et ses recensions (notamment d'ouvrages étrangers, en liaison avec l'énorme correspondance qu'il entretenait avec des juristes de toute l'Europe), Mittermaier marque la revue pendant la quarantaine d'années de son existence (jusqu'en 1857). L'*Archiv des Criminalrechts* est cependant ouverte à d'autres rédacteurs et collaborateurs de premier plan : on y retrouve Abegg (professeur à Breslau, puis Königsberg), Birnbaum (professeur à Louvain en 1830, il développe dans un article de la revue en 1834 la thèse de l'infraction comme la violation d'un droit subjectif de la victime), Heffter, Wächter, Roßhirt et Zachariae. Les orientations sont scientifiques, (modérément, *gemäßigt*) positivistes, comparatistes⁶, historiques et libérales dans l'esprit des facultés de droit du Sud-Ouest de l'Allemagne. Toute une série de revues propres à un État particulier (notamment en Prusse) ont fleuri en Allemagne entre les années 1820 et 1850, avant que ne s'impose dans le paysage éditorial la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* fondée par Liszt et Lilienthal (avec leurs collègues Bennecke, Franck, Günther et Seuffert) en 1881 pour défendre les thèses de l'école sociologique, mais qui va accueillir aussi des articles de

⁶ Sur la correspondance de Mittermaier, également responsable de la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* de 1829 à 1856, les deux volumes *Briefe deutscher Strafrechtler an Karl Josef Anton Mittermaier 1832-1866* (L. Jelowik, Hg.), Frankfurt am Main, Kostermann, 2005 et *Das Netzwerk der « Gefängnisfreunde » (1830-1872)* (L. H. Riemer Hg.), Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

Binding, théoricien de la violation de la norme depuis 1872 (notamment, dès le premier numéro, un article programmatique sur les rapports entre la législation, la justice et la doctrine⁷). Le premier numéro de cette revue comprend aussi un article de Lombroso et confirme la présence, plus tôt qu'en France, d'un dense réseau d'échanges scientifiques qui donnait à la doctrine pénaliste allemande des moyens d'entretenir des ambitions à la hauteur des débats théoriques développés en son sein depuis le début du XIX^e siècle.

II. Avec de telles cohortes de pénalistes, la science juridique allemande était en mesure, beaucoup plus que la doctrine française, d'offrir une large palette de théories.

Qu'ils soient positivistes (dans la mesure où ils déterminent les limites du droit pénal à partir des infractions définies par le législateur et assorties par lui d'une peine) ou jusnaturalistes (en faisant appel à l'idée d'infractions dérivées de la « nature des choses » et à des notions de justice dans la fixation de la peine), les pénalistes allemands ont consacré beaucoup d'énergie aux concepts du droit pénal : les comportements illicites à la base des infractions, les peines et leur fondement, les notions de prévention générale et de prévention spéciale (déjà présentes chez Stübel et Grolman). Comme les Pandectistes avec la partie générale du droit civil, ils ont développé une partie générale du droit pénal qui manquait ou était peu présente dans les codes en application en Allemagne.

Cette orientation théorique, et même philosophique, n'a pas été immédiate. Feuerbach a bien été inspiré par Kant, mais il s'en est éloigné rapidement sur le terrain de la théorie politique et sa doctrine pénale est centrée sur la volonté du législateur bien plus que sur la juste rétribution⁸. Si l'on prend l'exemple du manuel de droit allemand (général) et prussien d'Abegg en 1826, les références à la philosophie du droit sont encore peu nombreuses et l'auteur regrette même que les juristes aient négligé l'étude de ces questions⁹. La théorie de la rétribution de Kant, qui fait appel à la loi du talion, n'est citée

⁷ Karl Binding, « Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in ihrem normalen Verhältnis zu einander », *Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft* 1881, 1, p. 4-29.

⁸ Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2^e éd, 1957, p. 25 et 41.

⁹ J. F. H. Abegg, *System des Criminal-Recht-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und Preussische Criminal-Recht*, Königsberg, A. W. Unzer, 1826, p. XX. Il en va de même dans les premiers travaux

qu'une fois et l'influence de Hegel (dont Abegg avait suivi les cours à Berlin) est peu perceptible à première vue, dans la mesure où elle est combinée avec la prise en compte des thèses de Savigny (qui avait été aussi son maître).

Vingt-cinq ans plus tard, en 1851, le commentaire du nouveau Code pénal prussien par Beseler montre le chemin parcouru. Les travaux de révision de l'ALR depuis 1826, puis de préparation d'un nouveau Code prussien intégrant certains éléments du droit rhénan (et par conséquent du Code pénal français) ont provoqué un grand nombre d'articles doctrinaux (Beseler en cite 64). Célèbre par ses travaux de germaniste en faveur d'un *Volksrecht* (ce qui appuyait, en matière pénale, la revendication d'un code écrit dans une langue claire et simple, accessible aux profanes), Beseler ne craint pas d'affirmer que la tripartition des infractions en droit français n'a pas de fondement philosophique¹⁰. Il ne cite pourtant ni Kant, ni Hegel, préférant s'appuyer sur les travaux de ses collègues juristes, notamment Köstlin relativement au concept de peine. Köstlin, avec son *System des deutschen Strafrechts* (1855, dix ans après sa *Neue Revision der Grundbegriffe der Kriminalrechts*) nous paraît être le véritable fondateur d'une tradition de dogmatique pénale sur des bases philosophiques avec le développement d'une partie générale pratiquement déconnectée de l'étude des législations pénales. Alors que le *Kommentar* de Beseler ressemble par certains aspects à un ouvrage français, le *System* de Köstlin, fondé sur le principe hégélien de l'infraction en tant que négation du droit, n'a pas d'équivalent dans la doctrine française. Il est d'ailleurs frappant que cet ouvrage ne cite jamais des auteurs français ou dans l'orbite française (Rossi est à peine mentionné).

Dans une atmosphère favorable au positivisme étatique _ prônant le respect d'une loi pénale désormais unifiée et relativement méfiante à l'égard des idéologies politiques _ Binding fut, à partir des années 1870, le représentant du « classicisme » pénal en Allemagne¹¹. Son œuvre abondante _ notamment les quatre volumes de sa théorie *Die*

(1825) de Wächter, qui ne subit l'influence d'Hegel et d'Abegg qu'après 1855 selon Lars Jungemann, *Carl Georg von Wächter (1797-1880) und das Strafrecht des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 135-148.

¹⁰ Georg Beseler, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten*, Leipzig, Beidmann, 1851, p. 60.

¹¹ Karl Binding, *Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts*, Leipzig, Engelmann, ed. 1907, p. 204 notamment sur cette orientation positiviste qui refuse de considérer un ordre juridique idéal.

Normen und ihre Übertretung (1872-1920) et ses manuels, *Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts* avec 8 éditions de 1881 à 1913 et *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts* (1902-1906) _ comporte de très importants développements historiques et philosophiques. Ces derniers « mettent en ordre » la pensée pénale allemande depuis la fin du XVIII^e siècle, en opposant les théories « absolues » (faisant de la peine une conséquence logique de l'infraction), elles même divisées en théories de la peine réparatrice (Welcker, Hepp, puis Kitz et Kohler) et théories de la rétribution (Merkel, Heinze puisant leur inspiration chez Kant et Hegel), et de l'autre côté les thèses relativistes qui font dépendre la peine du contrat social ou du but recherché par le législateur (depuis Beccaria et Feuerbach jusqu'à Liszt et Ferri). S'y ajoutent des théories conciliatrices ou intermédiaires, notamment celle développée depuis 1867 par Merkel que Binding considère comme une des plus raffinées.

En même temps qu'il marquait sa préférence pour les théories absolues ou pour le système de Merkel (tout en critiquant certains points des analyses de Hegel), Binding n'a pas cessé de défendre sa vision d'un droit pénal fondé sur une analyse juridique des normes (les maximes juridiques sont plus importantes pour lui que la culture, la morale ou le but social) qui refuse de donner une place centrale à la sociologie. Selon Binding, l'on ne doit pas dire que le délinquant viole la loi pénale. Bien au contraire, il la met en mouvement en provoquant par son comportement l'application des dispositions répressives par le juge. Il faut supposer des normes antérieures aux lois pénales proprement dites qui imposent le respect des ordres de l'État et qui sont censées connues de tous. Le délinquant en désobéissant à ces normes déclenche une répression (qu'il a en quelque sorte voulue) s'appuyant sur les lois pénales. La peine reste une rétribution qui doit obéir seulement à des principes juridiques résultant de lois dont il faut interpréter objectivement le sens (c'est-à-dire sans se référer uniquement à l'intention du législateur et en pouvant, dans certains cas, recourir à l'analogie). Sur la plupart de ces points Binding était en accord avec Merkel, dont le *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1889) suit une méthode tout aussi abstraite et théorique.

Depuis 1882 et son programme de Marburg¹², Franz von Liszt défendait une science du droit pénal plus ouverte aux perspectives téléologiques (le rôle du but emprunté à Jhering) et criminologiques (avec les premières influences de l'École positiviste italienne, même si Liszt en rejeta plusieurs des thèses et déclara plus tard que Lombroso et Ferri étaient ses plus grands « adversaires »). Pour autant, les références philosophiques (à Kant, Hegel, mais aussi Fichte et Herbart) restaient très présentes et les postulats positivistes (dont certains, comme le monopole de la création du droit par l'État, avaient été renforcés par la pensée de Jhering) n'étaient pas abandonnées par Liszt qui revendiquait aussi une partie de l'héritage de Merkel.

Si ces débats n'étaient pas inconnus en France, du moins pour des spécialistes du droit pénal comme Garraud et Garçon, les différences entre les deux doctrines restent importantes. Le nombre des pénalistes allemands permettait un éventail beaucoup plus large d'opinions et le développement, au sein même de l'ordre juridique allemand (sans dépendre des apports étrangers, sinon dans les relations toujours importantes avec l'Autriche), d'une querelle des écoles (*Schulstreit*) qui ne pouvait se déployer à l'intérieur de la seule doctrine française, plus dépendante des thèses des auteurs étrangers (de l'époque de Bentham et Rossi à celle de Ferri et Liszt). Les positions « éclectiques » des juristes français (essentiellement d'Ortolan et de Garraud, empruntant aux notions d'utilité et de justice) n'avaient pas le même sens que les théories beaucoup plus élaborées qui se présentaient en Allemagne comme relativistes (en intégrant des données politiques et sociologiques) ou intermédiaires. Les références à Kant et à Hegel continuaient, on pourrait même dire de plus belle, à exercer une forte influence outre-Rhin, alors qu'elles étaient négligées en France.

Ces contrastes peuvent expliquer que les points d'accord entre pénalistes allemands et français sur les questions de fond (la peine de mort, le traitement différencié des récidivistes et des primo-délinquants, l'appréciation de la responsabilité criminelle) n'empêchaient pas des divergences notables sur les questions de méthode et sur l'appareil conceptuel mis en œuvre pour justifier telle ou telle position. Si l'on attache de l'importance à la détermination et au raffinement des concepts, la doctrine pénaliste

¹² Pour une version traduite en italien de ce texte, Franz von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962.

allemande était incontestablement plus « riche » que la doctrine française. En lui enlevant son caractère nationaliste, la remarque faite par Liszt n'était donc pas dépourvue de fondements.

Pour les historiens du droit, ces quelques réflexions comparatives doivent inciter à prendre davantage de précautions dans l'identification et la caractérisation des doctrines pénales. Attacher une doctrine à un pays (en parlant d'une doctrine française et d'une doctrine allemande) comporte toujours le risque de simplifier à outrance la variété des opinions exprimées par les auteurs (parfois par le même auteur au cours de sa vie, Binding en est un bon exemple avec l'ombre portée de sa dernière œuvre écrite en 1920 avec Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, préconisant l'euthanasie des malades mentaux, un point de vue que rien ne laissait présager dans ses travaux antérieurs) et la succession de configurations historiques différentes. La notion d'école (autour d'un maître et de ses élèves) n'a pas beaucoup de sens en France en raison du petit nombre des pénalistes. Elle correspond davantage à des phénomènes qui étaient présents en Allemagne au XIX^e et au XX^e siècle du fait du plus grand nombre de professeurs de droit pénal. Les pénalistes allemands de la première moitié du XX^e siècle ont été, pour beaucoup d'entre eux, des étudiants du séminaire des Liszt et peuvent être considérés comme ses élèves. Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'il existe des Écoles de pensée pénale trans-générationnelles en Allemagne. Les pénalistes de l'entre-deux-guerres, actifs sous la République de Weimar et pour certains sous le nazisme, ne sont pas simplement les héritiers de Kant et d'Hegel (même si le néo-kantisme et le néo-hégélianisme ont eu de l'influence) ou les épigones de Binding et Liszt.

S'agissant des contacts et des circulations entre les deux pays, cette ébauche de comparaison nous rappelle qu'il ne faut pas céder au mirage d'une totale interpénétration qui serait fondée sur une connaissance mutuelle entre des auteurs s'exprimant dans des langues différentes. En dépit de la correspondance de Mittermaier et de l'action de l'Union internationale de droit pénal, les pénalistes allemands et français se sont ignorés sur bien des thèmes et dans plusieurs de leurs publications. Chacun a fait une sélection de ce qu'il connaissait dans la littérature de l'autre côté du Rhin et chacun a utilisé ce qui lui semblait utile dans la controverse. Une doctrine (ou une ligne doctrinale à l'intérieur d'un champ juridique) se constitue aussi en désignant des cibles et des adversaires qui, en

matière pénale, ont été choisis le plus souvent à l'intérieur de l'espace national ou dans l'École italienne plutôt que dans une opposition frontale entre la France et l'Allemagne. En refusant de considérer les doctrines allemandes ou françaises comme des entités homogènes et similaires, il nous paraît possible de faire fructifier la méthode comparative afin d'analyser, à chaque époque, les reformulations des rapports entre le législateur, les juges et les professeurs de droit.

Jean-Louis Halpérin, professeur à l'École normale supérieure, membre de l'Institut Universitaire de France