

ENTRE LE CODE ET LA JURISPRUDENCE : LE PRINCIPE DE LA *LEX MITIOR*  
ET LE FAUX TÉMOIGNAGE COMME ATTEINTE À L'HONNEUR

PAR

Katja ŠKRUBEJ,

*Professeur à l'Université de Ljubljana*

**INTRODUCTION**

Ma contribution comporte deux parties dans lesquelles j'aborde deux problématiques différentes. Dans la première, je traite d'un des principes essentiels de la législation pénale moderne, le principe de *la lex mitior*, dont j'ai découvert par hasard l'application en lisant les arrêts des tribunaux des Provinces illyriennes.<sup>1</sup> Dans la mesure où il m'a révélé un aspect éclairant des rapports entre les législations pénales française et autrichienne à l'époque, j'ai décidé de l'inclure à ma réflexion, même si ce travail était principalement dédié, ce qu'on retrouvera dans la seconde partie, à la présentation des résultats de mon plan initial de recherches qui touchait à la problématique du faux

---

1 Provinces illyriennes est le nom donné aux territoires occupés par Napoléon entre 1805 et 1806, puis annexés par le Premier Empire français en 1809, qui regroupaient des zones aujourd'hui autrichiennes, croates, italiennes, monténégrines et slovènes, à l'époque faisant majoritairement partie des différents pays historiques (*Länder*) autrichiens. Leur capitale fut Laybach (Ljubljana) en Carniole, aujourd'hui la capitale de la Slovénie.

Sur l'histoire et l'administration des Provinces illyriennes voir par exemple F. J. Bundy, *The Administration of the Illyrian Provinces of the French Empire, 1809-1813*. New York, London : Garland Publishing, 1987. Pour le guide des sources, voir J. Kolanović, J. Šumrada, *Napoléon et son administration en Adriatique orientale et dans les Alpes de l'Est 1806-1814*. Zagreb : Hrvatski državni arhiv, 2005.

témoignage.

### 1. LE PRINCIPE DE LA LEX MITIOR : DEUX SYSTÈMES EN CONCURRENCE SOUS UN RÉGIME ?

Dans la notice du baron Coffinhal, commissaire général de la justice, dans le *Télégraphe Officiel* du 4 octobre 1811, qui sert d'introduction au décret du général Bertrand déclarant exécutoire le Code pénal français dans les Provinces illyriennes à compter du 1<sup>er</sup> novembre 1811,<sup>2</sup> on peut lire que :

« Le siècle précédent produisit une foule d'écrits renommés pour démontrer l'imperfection des anciennes lois et plusieurs Etats de l'Europe essayèrent de réformer les abus que l'humanité signalait dans la législation pénale. »

Louant le Code pénal français de 1791 et surtout celui de 1810, Coffinhal continue :

« L'Illyrie éprouvera en effet chaque jour les bienfaits des dispositions sages qu'il renferme, chaque jour elle verra combien cet ouvrage est supérieur à tout ce qu'elle connaît dans ce genre ; clarté, précision, proportion entre les peines et les délits, distinction des crimes, tout est digne du génie qui l'a conçu ».

Il poursuit, dans un passage, très intéressant pour notre courte histoire :

« ... Plus terrible que les lois du pays pour les grands forfaits, il [le Code pénal français] est aussi beaucoup moins sévère qu'elles pour les délits peu dangereux... ».

Une personne au moins ne devait pas être de cet avis, Antoine Petoizet, brigadier français de la gendarmerie, originaire du département de la Haute-Marne, dont je suis tombée complètement par hasard sur le dossier pénal, parmi ceux du juge de paix de Laybach en Carniole<sup>3</sup>.

Le brigadier Petoizet avait été prévenu d'avoir le 23 Août 1811 sur la route de Kraxen<sup>4</sup> à Laybach soustrait trois pièces d'argenterie dont il s'était rendu dépositaire public lors de l'arrestation d'un certain Antoine Smodic, originaire de Carniole. Pendant le procès, les trois pièces en question avaient d'abord été estimées à une valeur de cinq florins et pourtant l'acte délictueux avait été qualifié de crime sur le fondement de l'article 169 du Code pénal français de 1810.

Après un nouveau procès-verbal et une nouvelle estimation de l'argenterie abaissée à quatre florins cinquante trois kreuzer, la Cour d'Appel séant à Laybach, décida, le 18 avril 1812, que :

« ... la soustraction commise par Antoine Petoizet doit être selon le Code autrichien puni d'une peine correctionnelle dont l'application doit être préférée ... comme

2 Cf. J. Šumrada : »Statut juridique et organisation administrative des Provinces Illyriennes«, dans *Napoléon et son administration en Adriatique orientale et dans les Alpes de l'Est 1806-1814*, pp. 21-41, ici 34 et 35. Voir *Télégraphe officiel*, Trimestre IV, Laybach, 9. Octobre 1811, p. 224.

3 Sur Carniole dans l'époque Napoléonienne, cf. par exemple l'oeuvre bilingue J. Šumrada, A. Kopitar, *Nastajanje Napoleonove Kranjske/Avènement de la Carniole Napoléonienne*. Korespondenca F. M. Farguesa, francoskega intendanta za Kranjsko in Gorenjsko, 1809-1810/Correspondance de F.M. Fragues, intendant français de Carniole et Haute Carniole, 1809-1810. Ljubljana : Arhiv Republike Slovenije/ Archives de la République de Slovénie, 2004.

4 Peut être la ville de Kranj en Carniole.

plus douce que celle prononcée par le Code pénal français... »<sup>5</sup>.

En effet, l'article 210 du Code pénal autrichien de 1803 de François II (Franz II) qui était en vigueur dans ces territoires avant le Code pénal français de 1810, qualifiait l'acte de soustraction de grave contravention seulement (*Schwere Polizei Übertretung*) et non de crime. En conséquence, selon l'article 230 du Code français d'instruction criminelle, la Cour d'Appel s'était décidée à ordonner le renvoi de l'affaire Petoizet devant le juge de paix du premier canton de la ville de Laybach.

La douceur, que la cour a fait ressortir en justifiant sa décision de qualifier l'acte à partir du Code autrichien, se montrait aussi dans les peines fort différentes : selon le Code pénal français, le crime de soustraction commis par un fonctionnaire d'Etat pouvait être puni de la peine des travaux forcés à temps, tandis que selon la qualification à la base de l'art. 210 du Code pénal autrichien (*Diebstahl milderer Gattung*), proposé par la cour, il était seulement exposé à subir une peine d'emprisonnement allant d'une semaine jusqu'à trois mois.

En choisissant d'appliquer le Code pénal autrichien, la cour prit une décision correcte, quoique surprenante, mais le fit cependant en utilisant incorrectement la base légale invoquée.

Selon l'argumentation de la Cour, le Code pénal autrichien avait dû être préféré au Code pénal français en raison de sa relative douceur, « au désir de l'article quarante sept du décret du 30 septembre 1811 ». Ce *Décret impérial sur l'administration de la justice* disposait dans son art. 47 que :

« Les Cours d'Appel de Laybach, Zara et Raguse, et les tribunaux de leur ressort, appliqueront aux crimes et délits les peines prononcées par les lois qui leur étaient applicables au moment où ils ont été commis ; néanmoins, si la nature de la peine prononcée [par le nouveau code pénal était moindre que celle prononcée]<sup>6</sup> par lesdites lois, les peines du nouveau code seront appliquées »<sup>7</sup>.

Il s'agit là avec certitude du principe de *la lex mitior* associé au principe de *Tatzeitrecht*<sup>8</sup>, l'un et l'autre aujourd'hui considérés comme les deux principes fondamentaux de la législation pénale moderne.<sup>9</sup> Pour les Provinces illyriennes il y avait le décret du général Bertrand, mentionné au début, qui y avait introduit le Code pénal français dans les

5 L'arrêt de la Cour d'Appel en question qui renvoie Antoine Petoizet par devant le juge de paix du premier Canton de la Ville de Laybach se trouve aujourd'hui parmi les arrêts du juge de paix de Laybach, dans l'Archive historique de la ville de Ljubljana (Zgodovinski arhiv Ljubljana). La signature SI ZAL LJU 492, Mesto Ljubljana, Mirovno sodišče, Boîte 1, No. 60, pp. 116-118v.

6 Omission dans le texte, interpolée selon l'art. 3 du Décret du général Bertrand. Voir *supra* et *infra* dans le texte principal.

7 Décret impérial du 30 septembre 1811 sur l'administration de la justice et mise en activité des lois français dans les Provinces illyriennes. BdL IV, tome 15/396, n° 7334, pp. 321-333.

8 Le principe d'appliquer aux crimes et délits les peines prononcées par les lois qui leur étaient applicables au moment où ils ont été commis.

9 Dans les discussions avec mes collègues pénalistes, je me suis rendue compte que leur application si avancée dans le développement du droit pénal dans notre territoire n'était pas connue et c'est aussi pour cela que j'en ai inclus dans ma contribution.

Provinces et qui avait incorporé l'ensemble de cette norme dans son article 3. En France, la norme originale incluant les deux principes se trouvait dans le *Décret sur la mise en activité du Code criminel* (du Code pénal français de 1810)<sup>10</sup>.

Il est intéressant de rappeler que le système pénal autrichien avait connu le principe de *la lex mitior* avant même l'adoption de la législation française dans les Provinces illyriennes. Gerhard Dannecker dans sa monographie sur *Das intertemporale Strafrecht*<sup>11</sup> précise d'ailleurs que le principe a été introduit en Autriche dès 1804<sup>12</sup> sous l'expression *Rückwirkungspatent*<sup>13</sup>.

Quoi qu'il en soit, il semble, d'après Dannecker, que ce soit la France, avec son Code pénal de 1791, qui ait mis en vigueur le principe de *la lex mitior* pour la première fois.<sup>14</sup> Selon lui, la raison pour laquelle ce principe a été formulé et introduit dans le nouveau système pénal révolutionnaire réside dans l'idée, contenue dans l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen en 1789, en vertu de laquelle « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »<sup>15</sup>. Dannecker rappelle à cet égard qu'en 1980 et 1990 le Conseil constitutionnel français justifie encore l'existence de *la lex mitior* en s'appuyant sur ce même article 8<sup>16</sup>. Il précise en outre qu'il résulte de cet article la nécessité de ne plus appliquer les lois qui, après la commission de l'infraction, ont été modifiées ou abrogées en raison de leur sévérité.

Revenons à l'affaire Petoizet. L'élément de la douceur dans l'argumentation de la cour fait certainement référence au principe de *la lex mitior*. Mais il ne faut pas oublier que ce principe lie toujours l'élément décisif d'une plus grande douceur aux normes d'un *nouveau* Code (et non à celles du Code précédent) !

De l'application combinée du principe *lex mitior* (contenu dans lesdits décrets français) et du principe de *Tatzeitrecht*, il s'ensuit que si le Code précédent est plus doux, le principe de *Tatzeitrecht* (qui représente la règle !), s'applique. On en peut conclure que le principe de *la lex mitior* a été formulé comme une exception au principe général de *Tatzeitrecht*. En même temps, on doit se rendre compte que le principe de *la lex mitior* est inséparablement associé à l'exception de *Rückwirkungsverbot* (l'interdiction de la rétroactivité) et ainsi au principe de la légalité (prévisibilité, sécurité légale, etc...)<sup>17</sup>.

Tout bien considéré, on peut conclure que la cour dans le cas de Petoizet n'a pas utilisé l'argument correct, car selon la base légale, incorporant les deux principes, les tribunaux et les cours doivent appliquer aux crimes et délits « les peines prononcées par les lois qui leur étaient applicables au moment où ils ont été commis » (le principe de *Tatzeitrecht*).

10 Cf. *infra*, n. 13.

11 G. Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.

12 Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 98.

13 La loi qui réglementait la question de la rétroactivité.

14 »Si la nature de la peine prononcée par le nouveau Code pénal était moins forte que celle prononcée par le Code actuel, les cours et tribunaux appliqueront les peines du nouveau Code«. Art fin. de la Code pénal de 1791. Cf. *ibidem*, p. 96.

15 *Ibidem*, p. 96.

16 *Ibidem*, p. 96, n. 167.

17 Sur l'histoire du concept et sur le développement du principe de l'interdiction de la rétroactivité, voir *ibidem*, Erster Teil, pp. 27- 186.

Or, dans le cas de Petoizet l'argument de *Tatzeitrecht* aurait tout à fait suffi pour que la cour utilise le Code pénal autrichien ! La question de la plus grande douceur de la norme autrichienne aurait dû être secondaire.

Autrement dit, la cour aurait dû utiliser le Code pénal autrichien non pas en raison de sa norme plus légère, mais en raison du fait qu'au moment où le brigadier Petoizet avait commis son acte, le code en vigueur était le code autrichien et pas encore le code pénal français !

Malheureusement, je dois mettre de côté toutes les autres questions sur les implications politiques de ces deux principes lorsque ce n'est pas seulement un nouveau code qui entre en vigueur, mais un nouveau régime, pour présenter les résultats de ma recherche sur le faux témoignage et les différences conceptuelles entre les traditions française et autrichienne, eu égard au cas concret qui a servi de point de départ à ma réflexion.

## 2. FAUX TÉMOIGNAGE COMME L'ATTEINTE À L'HONNEUR ?

### 2.1. Les questions préliminaires

Inspirée d'une excellente étude comparative du James Q. Whitman dans laquelle il compare trois « cultures de droit » en relation avec leurs différentes traditions concernant les atteintes à l'honneur – celle de la France, celle de l'Allemagne et celle des Etats-Unis –<sup>18</sup>, mon but initial était de rechercher si et comment le changement du droit pénal positif dans les Provinces illyriennes avait affecté le traitement des atteintes à l'honneur devant les tribunaux criminels<sup>19</sup>.

Pour moi, un des points les plus intrigants de ladite étude de Whitman était l'assertion selon laquelle le Code pénal révolutionnaire de 1791 avait complètement décriminalisé toutes les atteintes à l'honneur de l'individu, tandis que le Code pénal français de 1810 les avait partiellement réintroduites<sup>20</sup>.

Partant inconsciemment de la hiérarchie et des conceptualisations des codes pénaux modernes, ma première surprise a été de constater que le premier paragraphe (ainsi que les quatre suivants) de la section VII (du 1<sup>er</sup> Chapitre du III<sup>e</sup> Livre) du Code pénal de 1810, relatif aux atteintes à l'honneur et comprenant les délits « typiques » des injures verbales, concernait également le faux témoignage !

Pour quelqu'un habitué à la systématique des codes pénaux d'aujourd'hui, il est assez étonnant de voir le faux témoignage inclus dans le chapitre sur les « Crimes et délits contre les personnes » et non dans la rubrique des « Crimes et délits contre la chose publique » ou comme le fait l'auteur français d'une œuvre classique, André Vitu dans son *Traité de droit criminel*, dans le Livre sur les atteintes à l'ordre judiciaire et en parti-

18 J. Q. Whitman, «Enforcing Civility and Respect: Three Societies», *The Yale Law Journal*, Vol. 109, No. 6 (Apr., 2000), pp. 1279-1398.

19 Sur la question en français, cf., par exemple, B. Beignier, *L'Honneur et le Droit*. Paris: LGDJ, 1995.

20 Cf. Whitman, «Enforcing Civility and Respect», pp. 1348-1349. L'auteur, en essayant de comprendre ce développement, nous présente une analyse historique et comparative complexe.

culier, parmi les infractions dirigées contre le déroulement normal du procès.<sup>21</sup> D'ailleurs, dans le Code pénal slovène moderne, comme dans les Codes pénaux allemand et autrichien, le faux témoignage ainsi que la dénonciation calomnieuse sont traités dans un chapitre identique (*Straftaten bzw. strafbare Handlungen gegen die Rechtspflege*).

Finalement ce qui a contribué à me faire abandonner mon ambition initiale d'aborder le groupe entier des atteintes à l'honneur et à me concentrer seulement sur l'institution du faux témoignage, était d'un côté le défi de me renseigner sur son histoire conceptuelle et de l'autre côté, la réalité qui m'attendait dans les archives.

On pourrait dire que dans l'histoire conceptuelle de cette institution, on a oscillé dès les débuts entre trois perceptions : selon la première, qui traite le faux témoignage avec la parjure, elle porte atteinte principalement à la religion ; selon la seconde, le faux témoignage nuit surtout à l'individu, soit à son patrimoine soit à son honneur et à sa réputation ; et selon la troisième, la plus moderne, le faux témoignage perturbe en premier lieu le déroulement du procès, et avec cela le système judiciaire, c'est-à-dire, qu'il est perçu comme portant surtout atteinte à la chose publique.

Dans les discussions avec mes collègues, j'ai pu constater que cette dernière perception (et avec elle la systématisation correspondante dans les codes !) prévaut aujourd'hui à un tel point que considérer que le faux témoignage porte d'abord atteinte à l'individu, semble obsolète et même bizarre.

D'un autre côté, la réalité dans les archives a corroboré ma décision, parce que, malheureusement, les dossiers du Tribunal de première instance de Ljubljana, parmi lesquels on s'attendrait à trouver une majorité d'arrêts concernant les atteintes à l'honneur 'classiques', semblent perdus. Parmi les quelque 90 cas traités par le juge de paix du canton de Ljubljana, il y a un seul concernant l'injure verbale<sup>22</sup> et parmi les 36 cas jugés par la Cour d'Appel de Laybach,<sup>23</sup> il y en a seulement un où le prévenu a été accusé pour un des crimes et délits portant atteinte à l'honneur de ladite Section VII – et c'était précisément pour le crime de faux témoignage et de délivrance de faux certificats.

Avant de procéder à la présentation des faits de l'espèce, je voudrais évoquer la seconde question préliminaire que je me suis nécessairement posée, sans me douter qu'eu égard au droit pénal moderne, la réponse allait présenter une originalité conceptuelle, peut-être encore plus grande que celle de l'intégration, dans le Code pénal français de 1810, du faux témoignage dans la catégorie des crimes et délits contre l'honneur.

La question en était la suivante : à quelle notion les pénalistes autrichiens<sup>24</sup> ratta-

21 A. Vitu, *Traité de Droit Criminel: Droit Pénal Spécial*. Paris: Cujas, 1982, Livre III (*Les Atteintes à l'ordre judiciaire*), Titre II (*Les infractions dirigées contre le déroulement normal du procès*), Chapitre II, Section I (*Les infractions concernant la preuve orale*).

22 Dans l'Archive historique de la ville de Ljubljana (Zgodovinski arhiv Ljubljana). La signature SI ZAL LJU 492, Mesto Ljubljana, Mirovno sodišče, Boîte 1.

23 Archive de la République de Slovénie (Arhiv Republike Slovenije); la signature SI AS 307, Boîtes 1-3.

24 On pense aux citoyens autrichiens de Kaisertum Österreich (à partir de 1804, la citoyenneté est formellement introduite par la constitution de 1849), qui concerne les membres de différents peuples dans les pays historiques, parmi eux, les Slovènes.

chaient-ils le délit de faux témoignage, car dans le chapitre du Code pénal de François II (Franz II) de 1803 <sup>25</sup>intitulé *Ehrenbeleidigungen* (les actes portant atteinte à l'honneur) il n'en était pas question. Il me semblait que l'historien de droit pouvait rechercher une réponse à cette question par référence au *ius commune* et au droit romain, en particulier, à propos du faux témoignage dans ces premiers codes pénaux.

Une telle démarche ne m'a toutefois pas procuré une réponse complète.

### 3.2. Le cas de Franz Gherbez

Le 10 février 1812, Franz Gherbez, chirurgien de la commune de Pisino en Istrie, déposa devant la Cour spéciale extraordinaire temporaire séant à Laybach sur la nature de la mort d'un nouveau-né, dans le procès intenté à Hélène Sgrablich, accusée du crime d'infanticide.<sup>26</sup>

Dans sa déposition, Gherbez soutint que le cadavre de l'enfant avait été ouvert le 13 mai 1811 par lui-même dans la maison de Joseph Sgrablich, que le poumon de l'enfant flottait dans l'eau et que le certificat qu'il avait dressé le même jour attestait du même fait.

Son attestation relative à l'ouverture du cadavre fut démentie par la presque totalité des témoins présents dans l'audience.

La cour crut voir dans les déclarations de Gherbez un faux témoignage et en conséquence ordonna de procéder contre lui. Le même jour, le président de la cour décerna contre lui un mandat de dépôt et deux juges furent délégués pour instruire l'affaire.

Dans les divers interrogatoires subis devant le juge d'instruction, Gherbez se contredit sans cesse et c'est la raison pour laquelle on crut nécessaire d'ordonner l'exhumation de l'enfant et de procéder à une expertise sur la circonstance de l'ouverture du cadavre. La contre-expertise fut réalisée par deux officiers de santé le 27 février 1813. Il résulte du procès-verbal qu'ils retrouvèrent les ossements de l'enfant dans leur forme, structure et liaison naturelle, d'où ils conclurent que cet enfant n'avait jamais été ouvert ni examiné.

Après son arrestation, le prévenu Gherbez se procura un certificat attestant qu'il n'était plus sain d'esprit.

Tels sont les faits principaux d'après lesquels le juge d'instruction crut qu'il y avait lieu à poursuivre le prévenu en décernant contre lui une ordonnance de prise de corps (le 20 mars 1813), et qui déterminèrent la Chambre d'accusation de la Cour d'Appel de Laybach à le mettre en accusation, par un arrêt du 7 avril 1813.

Une semaine plus tard, à l'issue de la procédure de mise en accusation, sur le fondement de l'article 361 du Code pénal français, le procureur général impérial près la Cour d'appel de Laybach inculpa Gherbez pour crime de faux témoignage. Selon le magistrat, il avait effectivement délivré de faux certificats et avait déposé faussement devant le juge d'instruction à Rovigno.

Sur ladite requête du procureur général, le procès contre Franz Gherbez se pour-

<sup>25</sup> Fanz I, à partir de 1804, cf. Note précédente.

<sup>26</sup> La signature du dossier : SI AS 307, Cour d'Appel de Laybach, Boîte 1 (Gherbez Francesco).

suit devant le Tribunal de première instance séant à Trieste. Le 19 mai 1813 la cour de Trieste le condamna à cinq ans de travaux forcés, et avant de subir la peine, à l'exposition sur la place publique, attaché au carcan durant une heure, conformément à l'article 361 du Code pénal français et à l'article 22 du Code d'instruction criminelle.

Dans le dossier, j'ai trouvé une lettre écrite par Franz Gherbez, datée du 14 octobre 1813, dans laquelle il demandait à être gracié. La dernière note du dossier atteste, qu'effectivement, en octobre 1813, après l'entrée des Autrichiens à Trieste, le commandant des forces autrichiennes, lui pardonna et le remit en liberté.

### 3.3. Les enjeux conceptuels

#### 3.3.1. La Cour ne se prononce pas sur l'élément subjectif

Pour qui lit soigneusement l'arrêt de condamnation ainsi que les arrêts précédents, le raisonnement au fond relatif au crime de faux témoignage, imputé à Franz Gherbez, est absent. La cour ne s'est pas prononcée sur son intention, et il semble que la fausseté objective, démontrée par le résultat de l'exhumation, a suffi à le mettre en accusation et après, à le condamner. On ne peut pas conclure du dossier, par exemple, si et comment la cour a évalué le certificat affirmant que Gherbez était devenu fou. On ne sait pas non plus dans quelle mesure le faux témoignage de Gherbez a nui ou pas à l'honneur et à la réputation de Mme Sgrablich, accusée d'infanticide.

#### 3.3.2. La doute sur la qualification finale

Ce qui m'a intéressé est aussi la possibilité de voir comment les juges comprirent les actes imputés et s'il existait quelque doute sur la qualification. On ne doit pas oublier que ce qui a été imputé à Gherbez n'était pas seulement l'acte de faux témoignage mais aussi la délivrance de faux certificats. A cet égard, il semble étrange que la qualification finale dans l'acte de l'accusation se fonde seulement sur l'article 361 relatif au faux témoignage et non sur l'article 162 afférent à la délivrance du faux certificat !

Il en résulte que dans un seul passage - à la fin de l'arrêt d'accusation - le juge d'instruction décrit ce qu'on devrait poursuivre dans le cas Gherbez par un seul nom, par une seule catégorie, une catégorie très ancienne, mais de l'autre côté aussi très courante dans les codes pénaux et dans la doctrine de l'époque, par la catégorie de faux (*falsum*).

Comme nous allons le voir bientôt, une telle qualification - non conforme au Code pénal de 1810 -, n'était quand même pas le fruit du hasard. C'est sous cette vaste catégorie de *faux* qu'on trouve inclus le faux témoignage, et ce n'est pas seulement le cas dans le Code pénal révolutionnaire de 1791, mais aussi dans le Code pénal autrichien de François II (Franz II) de 1803, - en vigueur dans les Provinces avant le Code de 1810 - sous le nom allemand correspondant - *Betrug*.

Il est tentant de penser qu'en utilisant la notion de faux pour évoquer les deux actes imputés à Franz Gherbez le juge a momentanément glissé dans la vieille catégorisation, en vigueur dans le Code de 1791, à laquelle il est probablement plus habitué qu'à celle du Code pénal de 1810 entré en vigueur en France seulement deux ans auparavant.

#### 3.3.3 Le faux témoignage et la dénonciation calomnieuse : rapprochements conceptuels

Dans l'affaire Sgrablich, le témoignage du chirurgien était décisif, touchant au fond la question de savoir si l'enfant était mort d'une manière violente ou pas et, en conséquence, s'il y avait lieu de procéder contre l'accusée Mme Sgrablich et enfin de la condamner. Bien sûr, tous les témoignages ne sont aussi déterminants <sup>27</sup>.

Néanmoins, celui de Gherbez montre bien comment le faux témoignage peut se rapprocher d'un autre crime, traité souvent ensemble, dans les mêmes chapitres des codes pénaux – de celui de la dénonciation calomnieuse (*Verläumdung*).

Même si les juges dans le cas de Gherbez n'ont pas considéré l'élément subjectif, en l'occurrence son intention de mentir, on peut imaginer – à titre d'exemple - qu'un de ses motifs possibles a pu être la volonté et l'intention de faire condamner l'accusée Hélène Sgrablich et, en conséquence, de la déshonorer. Précisément une telle volonté et une telle intention sont d'après Bernard Beignier, l'auteur d'une œuvre monumentale *L'Honneur et le Droit*<sup>28</sup>, exigées pour la constitution du délit de dénonciation calomnieuse.

Néanmoins, il est intéressant de rappeler que Beignier, donne de l'importance à l'élément intentionnel en matière de faux témoignage seulement lorsqu'il aborde la question du serment laïcisé.

#### 3.3.4 Oscillation parmi les choix possibles de l'objet principal de la protection légale

Si le Code pénal de 1810 traite le faux témoignage, le faux serment et la dénonciation calomnieuse dans la même section (Section VII sur Faux témoignage, Calomnie, Injures, Révélation de secrets du I<sup>er</sup> Chapitre du III<sup>e</sup> Livre, dédié aux atteintes à l'honneur de l'individu), le Code pénal autrichien de 1803 a inclus sous la dénomination *Ehrenbeleidigungen* (les actes portant atteinte à l'honneur) un délit unique (*Vergehen*) qui, au moins dans sa définition fait référence à la dénonciation calomnieuse (*Verläumdung*), catégorisée dans le Code autrichien comme crime (*Verbrechen*) contre la chose publique ! Il s'agit de la *calomnie* (*Unbegründete Beschuldigung*) qui est analysée comme un délit (*Vergehen*) et par rapport à laquelle la dénonciation calomnieuse est définie, mais réprimée plus sévèrement.

Nous pouvons voir un bel exemple d'un lien conceptuel qui est, sans doute, le résultat des hésitations mentionnées au début de cette communication (cette fois par les auteurs du Code pénal autrichien), parmi les choix possibles de l'objet principal de la protection légale en question ; en l'occurrence entre l'honneur de l'individu et la protection de la chose publique. Dit d'une autre manière, il s'agit d'un exemple de *dommage collatéral* causé par toute systématisation. En effet, une fois que le choix, toujours arbitraire, est fait entre plusieurs objets de la protection légale que l'on peut imaginer derrière presque chaque catégorie de crime ou de délit, il peut devenir définitif et être compris dorénavant d'une manière trop exclusive et même déterminante.

#### 3.3.5. Le faux témoignage et la catégorie de faux dans le droit romain : l'histoire conceptuel commun

Le faux témoignage était dans le Code pénal autrichien de 1803 inclus dans la vaste

<sup>27</sup> Cf. par exemple, H.E. Müller, *Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre*. Tübingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 2000.

<sup>28</sup> Beignier, *L'Honneur et le Droit*, pp. 515-516.

catégorie de *falsum* avec le faux serment. Dans le Code pénal français de 1791 sous la catégorie de *falsum* (faux), on trouve aussi le faux témoignage avec le faux en écriture privée, le faux commis dans les lettres de change, la vente à faux poids, etc., cependant sans que soit mentionné le faux serment.

Il est clair qu'on doit chercher les origines d'une telle catégorisation commune dans *ius commune* et dans le droit romain, en particulier.

Dans sa thèse sur le faux témoignage (présentée et soutenue le 27 mai 1902 - comme par hasard - à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers)<sup>29</sup>, Pierre Farcet constate que lorsque la peine contre les faux témoins issue de la Loi des XII Tables indiquée par Aulu-Gelle, consistant à être précipité du haut de la roche Tarpéienne fut abolie d'une manière générale (L. 25, p.1. D. *de Poenis*, XLVIII, 19), le faux témoignage fut assimilé au crime de faux (*falsum*) et puni des peines prononcées par la loi *Cornelia de falsis*, adoptée sous la dictature de Sylla dans l'année 81 (A. J. Chr.) et reproduite dans le Digeste (D. 48, 27, 10). Cependant, l'interprétation de la *lex Cornelia* dans ce sens ne s'est produite qu'environ 100 ans après et est le résultat des *senatusconsulta* surtout du *SC Messalianum* (20 Apr. J. Chr.) et du *SC Geminianum* (29 Apr. J. Chr.).

Dorénavant, le faux témoignage en matière civile fut puni par les mêmes peines qu'en matière criminelle, comme l'indique le caractère général des textes cités, surtout des textes empruntés aux Sentences de Paul. Dans le dernier état de la législation romaine, la rigueur du châtement diminua peu à peu et la répression fut parfois même laissée à l'arbitraire du juge. Par la suite, Farcet fait ressortir que l'empereur Zenon, dans sa *constitutio* rapportée au Code, L. 13 *de Testibus*, IV, 20, régla la répression du faux témoignage et décida que les faux témoins seraient poursuivis pour crime de parjure et pour crime de faux. Cette *constitutio* distingue très nettement l'action en dommages-intérêts accordée à la partie lésée de l'action pénale par laquelle le juge poursuit la répression du crime.

On peut constater que le rapprochement qui est fait dans le Code pénal français de 1791, entre le faux témoignage et le crime de faux, correspond en grande partie au règlement du faux avant la réforme de l'empereur Zenon -le Digeste étant connu des rédacteurs du code révolutionnaire.

### 3.3.6. La nouvelle conception du faux témoignage dans l'époque des Lumières

Avant le code de 1791, à l'époque des Lumières, une partie de la doctrine ne voyait plus le faux témoignage, lequel était indissociable du parjure, comme une atteinte à la religion, mais l'assimilait à une atteinte au patrimoine (*Vermögen*). D'autres auteurs, peu nombreux, allèrent plus loin et distinguèrent le faux témoignage et le parjure. C'est d'ailleurs cette nouvelle façon de voir qui fut retenue par le Code pénal autrichien de Joseph II de 1787. En effet, dans ce code, le faux témoignage était traité séparément du faux serment, même si les deux restaient encore inclus sous la catégorie de *(Be)Trug* entendu comme *Vermögensdelikt* (délit portant atteinte au patrimoine)<sup>30</sup>.

En outre, le Code pénal français de 1791 a incorporé la vaste catégorie du faux (y compris le faux témoignage !) dans celle des délits contre le patrimoine (*Vermögens-*

<sup>29</sup> P. Farcet, *Du Faux témoignage* (thèse pour le doctorat). Poitiers : Université de Poitiers, 1902.

<sup>30</sup> F. E. von Liszt, *Meineid und falsches Zeugnis*. Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlag, 1876, pp. 121-138.

*delikt*). Il est ainsi remarquable que dans les deux codes on a déjà complètement abandonné la religion comme objet de la protection légale au sujet de ces deux crimes.

## CONCLUSION

Si on considère maintenant le code de 1810, il reste plusieurs questions en suspens. D'abord, pourquoi les auteurs du Code pénal français de 1810 se sont-ils décidés pour une systématisation du faux témoignage si différente de celle du code de 1791 ?

En effet, il s'agissait d'un double changement. D'un côté, le faux témoignage était exclu de la catégorie de *falsum*, ce qui, en conséquence, avait abouti à la situation où l'altération de la vérité par écrit était, comme en avant, considérée comme *falsum*, tandis que l'altération de la vérité par oral - dans un contexte formel, bien sûr -, était maintenant conceptualisée séparément.

Ensuite, si la délivrance des faux certificats sous la catégorie de *falsum* était dans le Code pénal de 1810 conçue comme une atteinte à la chose publique, le faux témoignage était vu maintenant comme une atteinte à l'honneur d'un particulier. A vrai dire, pas pour longtemps, car en dépit d'une telle systématisation formelle ayant persisté jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal français en 1994, dans la doctrine du 19<sup>e</sup> siècle et plus tard - également dans la doctrine française, allemande ou autrichienne - l'objet principal de la protection légale du faux témoignage fut considéré de plus en plus comme la chose publique, en particulier, le système judiciaire. Ainsi, pour la première fois dans le projet de Code pénal bavarois de 1802, parmi les crimes contre *Verwaltung der Gerechtigkeit* (l'atteinte au système judiciaire), on a inclus la dénonciation calomnieuse, le faux témoignage, le faux serment, etc...<sup>31</sup> A cet égard, la doctrine allemande parle, pour appréhender les trois notions, de *Aussagedelikte* (les crimes commis par une déclaration verbale)<sup>32</sup>.

Si l'inclusion du faux témoignage dans le Code de 1810 dans une section commune à la dénonciation calomnieuse et au faux serment semble maintenant plus claire - en considérant le concept bavarois !-, c'est l'inclusion de tous les trois (ainsi nommés *Aussagedelikte*) dans une même section, avec les injures verbales, c'est-à-dire avec les délits classiques, portant l'atteinte à l'honneur, qui laisse toujours perplexes.

Concernant le traitement de l'honneur comme objet de la protection légale des crimes de faux (mais pas, malheureusement, du faux témoignage, en particulier), le pénaliste Adolphe Chauveau, dans sa *Théorie du Code pénal* (de 1837), quand il aborde le problème de l'intention frauduleuse, nécessaire pour l'existence du crime de faux, fait ressortir que l'intention nécessaire de nuire à autrui ne doit pas être entendue dans un sens trop restreint, car « on peut nuire à autrui, non seulement en portant atteinte à la fortune, mais aussi à l'honneur et à la réputation »<sup>33</sup>.

Ainsi, en mettant de côté le raisonnement des auteurs du Code pénal de 1810 et en prenant littéralement en considération la construction même de ce code, on se permet

31 G. A. Kleinschrod, *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfälzbairischen Staaten*. München, 1802 (paragraphe 1140). Cf. Von Liszt, *Meineid*, p. 133.

32 Cf. Par exemple B. Christian, *Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*. Europäische Hochschulschriften, Frankfurt am Main etc.: Peter Lang, 2000, p. 212-216

33 A. Chauveau, *Théorie du Code pénal*. Bruxelles, 1837, p. 92 et ss.

d'être étonné par un tel intérêt pour l'individu et son honneur dans un ouvrage qui tend à faire ressortir l'importance de la chose publique comme l'objet de la protection criminelle. Peut-être qu'en cherchant une nouvelle logique on s'est tourné vers l'autre extrême considérant que le Code de 1791 avait négligé de régler les atteintes à l'honneur d'un particulier.

Pour conclure, je voudrais noter qu'en considérant l'influence possible du Code pénal français de 1810 sur notre tradition, il est assez clair que ladite nouvelle conceptualisation – si on laisse de côté son application singulière dans le cas Gherbez - n'a pas eu d'influence sur le droit positif autrichien postérieur.

Encore plus : il résulte de l'histoire du développement suivant que vers la fin du 19<sup>e</sup> siècle, ce fut la doctrine allemande, laquelle voyait dans les *Aussagendelikte* principalement une atteinte au système judiciaire, qui prévalut finalement et pas seulement dans la doctrine autrichienne, mais aussi dans la doctrine française. On peut évoquer ici, en prenant un certain recul, l'ironique remarque du pénaliste autrichien von Liszt, en 1876, selon lequel le règlement autrichien du faux témoignage (sous la notion générale du *Betrug* ou *falsum*) n'était pas « à la hauteur de la science du droit pénal de l'époque »<sup>34</sup>.

#### SOURCES MANUSCRITES

Archives historiques de la ville de Ljubljana (Zgodovinski arhiv Ljubljana).

SI ZAL LJU 492 (Mesto Ljubljana, Mirovno sodišče) Boîte 1, No. 60, pp. 116-118v

Archives de la République de Slovénie (Arhiv Republike Slovenije)

SI AS 307, Boîtes 1-3.

#### SOURCES IMPRIMÉES

Décret impérial du 30 septembre 1811 sur l'administration de la justice et mise en activité des lois français dans les Provinces illyriennes. BdL<sup>35</sup> IV, tome 15/396, n° 7334, pp. 321-333.

G. A. Kleinschrod, *Entwurf eines peinliches Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten*. München, 1802.

J. Kolanović, J. Šumrada, *Napoléon et son administration en Adriatique orientale et dans les Alpes de l'Est 1806-1814* (guide de sources). Zagreb : Hrvatski državni arhiv, 2005.

*Télégraphe Officiel*, 1810-1813, NUK Ljubljana, R 6617 : NMS Ljubljana, II 1894.

#### BIBLIOGRAPHIE

F. J. Bundy, *The Administration of the Illyrian Provinces of the French Empire, 1809-1813*. New

<sup>34</sup> von Liszt, Meineid, p. 121.

<sup>35</sup> *Bulletin des lois de l'Empire Français*

York, London : Garland Publishing, 1987.

B. Beignier, *L'Honneur et le Droit*. Paris: LGDJ, 1995.

A. Chauveau, *Théorie du Code pénal*. Bruxelles, 1837.

B. Christian, *Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*. Frankfurt am Main etc.: Peter Lang, 2000

G. Danecker, *Das intertemporale Strafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.

P. Farcet, *Du Faux témoignage* (thèse pour le doctorat). Poitiers : Université de Poitiers, 1902.

F. E. von Liszt, *Meineid und falsches Zeugnis*. Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlag, 1876.

H. E. Müller, *Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2000.

J. Šumrada, »Statut juridique et organisation administrative des Provinces Illyriennes«, dans *Napoléon et son administration en Adriatique orientale et dans les Alpes de l'Est 1806-1814*, pp. 21-41.

J. Šumrada, A. Kopitar, *Nastajanje Napoleonove Kranjske/Avènement de la Carniole Napoléonienne*. Korespondenca F. M. Farguesa, francoskega intendanta za Kranjsko in Gorenjsko, 1809-1810/Correspondance de F.M. Fragues, intendant français de Carniole et Haute Carniole, 1809-1810. Ljubljana : Arhiv Republike Slovenije/Archive de la République de Slovénie, 2004.

A. Vitu, *Traité de Droit Criminel: Droit Pénal Spécial*. Paris: Cujas, 1982

J. Q. Whitman, »Enforcing Civility and Respect: Three Societies«. *The Yale Law Journal*, Vol. 109, No. 6 (Apr., 2000), pp. 1279-1398.