Zeitschrift: Annales fribourgeoises
Herausgeber: Société d'histoire du canton de Fribourg
Band: 18 (1930)
Heft: 6

Artikel: 1830 et les codes fribourgeois
Autor: Weck, Robert de
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-817577

Nutzungsbedingungen
Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation
L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use
The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

1830 ET LES CODES FRIBOURGEOIS[1]

par ROBERT DE WECK.

La Société d'histoire m'a prié de traiter de 1830 et des codes. Elle est partie de cette idée, incontestablement juste, que l'histoire d'une période ne peut être bien comprise que si, à l'étude des événements politiques, l'on joint celle de son droit. Le droit n'est-il pas l'expression des mœurs et de la conscience juridique d'un peuple à un moment déterminé ?

L'histoire du droit est une branche de l'histoire générale ; elle est aussi une branche de la science juridique et personne ne saurait connaître et interpréter parfaitement les lois en vigueur sans avoir étudié le droit ancien. Et, quand je parle du droit ancien, je n'entends pas seulement par là le droit romain, que, tout en n'étant pas romaniste, je défendrai sans cesse, parce que je l'estime indispensable à la formation d'un vrai juriste ; mais j'entends aussi notre droit national, et notre droit fribourgeois en particulier.

Nous avons aujourd'hui une législation civile et pénale toute neuve, si je puis m'exprimer ainsi, mais, quoi qu'on en dise, elle plonge ses racines dans le temps qui n'est plus.

---

[1] Les principales sources utilisées pour ce travail : les manuaux du Conseil d'Etat, les registres des délibérations de la Grande et de la Petite Commission du Code civil, les registres des délibérations du Grand Conseil, les divers avant-projets et projets de codes de la collection *Législation*, sont déposés aux Archives de l'Etat où il sera toujours possible de retrouver les textes originaux en se référant aux dates citées par l'auteur de la présente étude.

(La Rédaction.)

Le botaniste qui veut décrire une plante ne se bornera pas à analyser ses parties extérieures, sa fleur, sa tige, ses feuilles, il l'arrachera pour examiner ses éléments cachés dans le sol: ses racines. Hélas, les racines de notre droit fribourgeois, je dois avouer bien sincèrement, que je ne les ai pas suffisamment étudiées jusqu'à ce jour. J'ai eu tort, et, si j'ai un conseil à donner aux étudiants en droit et aux juristes, c'est de ne pas suivre mon exemple. Quel intéressant sujet de thèse, serait celui que j'ai à traiter devant vous ! On pourrait même facilement concevoir autant de thèses que de codes et même autant de thèses que de parties de ces codes.

Les quelques considérations que vous allez entendre sont donc celles d'un novice dans l'histoire du droit fribourgeois, novice de passé 60 ans, qui n'a pu que condenser, bien imparfaitement, les quelques notes qu'il a recueillies pendant les féries judiciaires, en consultant certains auteurs, et en recourant à la complaisance inlassable des archivistes qui lui ont soumis tous les protocoles et documents pouvant lui être de quelque utilité.

Que faut-il entendre par les codes de 1830 ou les codes du régime issu des événements de 1830 ?

Si je n'avais à parler que des codes entrés en vigueur dans cette période de 1830 à 1848, ma tâche serait restreinte Il ne pourrait s'agir que 1° du code civil, et seulement de ses trois premiers livres — les deux derniers livres ayant été votés sous le régime de 1848 — et 2° du code de procédure pénale de 1839.

Je n'aurais pas à m'occuper du code pénal, qui n'est entré en vigueur qu'en 1849.

Mais je comprends autrement ma tâche: elle consiste à exposer tous les travaux de codification continués, entrepris ou préparés pendant l'époque qui nous occupe, à démontrer l'activité législative de cette période, à déterminer sa part aux nouveaux codes, à attribuer à elle et aux régimes qui l'ont précédée ou suivie, ce qui revient à chacun, « cuique suum ».

Pl. VII. Joseph de Diesbach-Torny, avoyer du Grand Conseil 1831-1838, président de la Commission de législation civile 1828-1838.
(Portrait à l'huile, appartenant à M. Hubert de Diesbach.)
(Phot. Fornerod.)

LE COURRIER FRIBOURGEOIS.

Prix d'Abonnement.
Au bureau:
Par année, 6 fr.
Pour 6 mois, 3 fr. 5 bz.

Prix d'Insertion.
1 bz. la ligne d'impression dans les deux langues. La ligne comptée à 50 lettres.

SOCIÉTÉ ÉCONOMIQUE BIBLIOTHÈQUE DE FRIBOURG

N.° 1.

Dimanche 3. Janvier 1830.

Cette feuille paraît deux fois par semaine, savoir: le dimanche et le jeudi. Le prix d'abonnement est de 6 fr. par an pour la ville de Fribourg, et de 3 fr. 5 bz. pour 6 mois; franche de port pour le canton 7 fr. 5 bz. par année, et 4 fr. 2 bz. et demi par semestre. On prie d'affranchir les lettres et les envois d'argent adressés au bureau du Courrier fribourgeois, Nr. 104 en l'Auge. Les abonnemens du dehors se prennent aux bureaux des postes, qui en fixeront le prix.

Prix d'abonnement:
Pour un an 60 batz.
Pour 6 mois 35 batz.

Prix d'insertion:
6 kr. la ligne d'annonces.
Lettres et argent *franco*.

JOURNAL
DU CANTON DE FRIBOURG.

N° 1.

Mardi 4 Janvier 1831.

1. Exp.

Pl. VIII. En-têtes des deux premiers journaux fribourgeois.

LE VÉRIDIQUE,

JOURNAL POLITIQUE, RELIGIEUX, SCIENTIFIQUE ET LITTÉRAIRE.

N° 1.

FRIBOURG, DIMANCHE, 2 JANVIER 1831.

Le Véridique paraît le mardi, le vendredi et le dimanche de chaque semaine. Le bureau d'abonnement pour la ville et le canton de Fribourg est chez l'Éditeur, quartier de l'Auge, N°. 104, vis-à-vis le couvent des RR. PP. Augustins. Pour tout le reste de la Suisse et l'Étranger, on s'abonne dans tous les bureaux de postes, qui transmettront la demande et le prix des abonnemens à l'administration des postes de Berne, chargée de les recevoir. — On s'abonne pour trois, six mois, ou un an. Le prix de l'abonnement est ainsi réglé: Pour Fribourg et tout le canton: pour 3 mois, 3 francs de Suisse, pour 6 mois, 6 francs et pour 1 année 12 francs, franc de port, où il y a poste. — Pour le reste de la Suisse et l'Etranger; pour 3 mois 4 francs de Suisse, pour 6 mois 8 francs et pour 1 année 16 francs: plus le port, qui varie selon la destination. — Les abonnemens pourront courir du commencement de chaque mois; mais on ne pourra s'abonner pour moins de trois mois. Les lettres et argents devront être envoyés franco.

LE VÉRIDIQUE.

Il n'est aucun journal qui ne prétende être véridique, aucun qui ne rougirait d'avouer une intention opposée. Tous annoncent à leurs lecteurs qu'ils s'attacheront à la vérité, mais autre chose est-ce de prendre un engagement, et autre chose encore de le remplir. Aucun journal, le notre pas plus que tout autre, ne peut s'engager à être véridique dans ce sens, qu'il ne se trompera jamais, et qu'il n'annoncera jamais des nouvelles fausses ou inexactes. Il faudrait pour cela être infaillible ou du moins pouvoir vérifier soi-même tous les faits qu'on rapporte.

Que peut-on donc exiger raisonnablement, et quel devra être le caractère d'un journal, qui ne se borne pas d'annoncer dans son prospectus qu'il sera *véridique*, mais qui continue à chaque nouvelle émission de reproduire ce nom, comme pour rappeler sans cesse l'engagement qu'il a pris envers ses abonnés?

Il faut qu'un tel journal ne soit vendu ou livré à aucun parti, car ceux qui se consacrent exclusivement aux intérêts d'un parti, et qui cependant s'engagent à être véridiques se proposent évidemment deux choses incompatibles.

Qu'un journal français se propose de défendre toutes les mesures de Charles X et de ses ministres, ou qu'un autre veuille se constituer l'apologiste de la révolution du mois de Juillet et de tout ce qui s'en est suivi; qu'un journal suisse veuille défendre tout ce qui s'est passé en 1814, ou qu'un autre se propose de faire le panégyrique de tout ce qu'on a fait en 1830 en opposition aux constitutions de 1814; qu'un journal fribourgeois prenne fait et cause pour le Patriciat ou qu'un autre prétende que l'abolition de ce Patriciat fera infailliblement le bonheur de notre patrie; qu'enfin un journal de quel pays que ce soit prône exclusivement la forme de gouvernement qui y est établie ou bien celle qu'il voudrait y substituer; on pourra dire d'avance, sans être prophète, que tous ces journaux, vu le but spécial que chacun se propose; ne rempliront que très-imparfaitement leur promesse d'être véridiques.

La première garantie, que nous accomplirons mieux cette promesse, et que nous justifierons le titre que nous avons choisi, résultera donc pour nos lecteurs, nous l'espérons du moins, de notre déclaration formelle, que nous ne voulons pas faire un journal de parti.

Nous nous occuperons moins des personnes que des choses. Nous ne ferons opposition contre aucun gouvernement dans l'intérêt d'un parti qui voudrait le renvoyer pour se mettre à sa place, mais uniquement dans l'intérêt général des gouvernés.

Les formes monarchiques, aristocratiques, démocratiques nous seront également indifférentes; seulement nous soutiendrons qu'une monarchie doit être une monarchie, une aristocratie une aristocratie, et une démocratie une démocratie, enfin qu'on doit accepter ou subir les conséquences des principes qu'on a adoptés.

Nous rappellerons à tous ceux qui sont revêtus du pouvoir, qu'ils doivent s'en servir pour le vrai bien des peuples qui leur sont confiés. Nous dirons aux gouvernemens légitimes, qu'on cessera de respecter les droits auxquels ils en appellent dès qu'ils auront perdu de vue le but général de leur institution, c'est-à-dire: le bonheur des gouvernés. Nous dirons aux gouvernemens nouvellement établis que, pour légitimer leur origine, ils doivent faire plus de bien que ceux qu'ils ont remplacés; car ce ne serait pas la peine de changer, si ce n'était pour être mieux; en d'autres termes, il importe à l'ordre, à la paix, à la stabilité, qui sont en eux-mêmes de grands biens, de conserver les gouvernemens, qui existent, aussi long-temps qu'on n'aura pas la certitude d'en obtenir de meilleurs.

Nous tâcherons aussi d'inspirer à nos lecteurs une juste défiance contre ceux qui aiment toujours mieux s'occuper de la question de savoir *qui* doit gouverner que de celle *comment* on doit gouverner, et qui tendent plutôt à déplacer les dépositaires du pouvoir qu'à les éclairer et les rendre meilleurs.

Il s'agira ensuite surtout de se former des idées justes sur le meilleur des biens, le plus sûr garant du bonheur des peuples.

A cet égard nous espérons plus particulièrement de justifier le titre de notre journal; car nous ne consulterons pas sur ces graves intérêts les opinions flottantes du monde et du siècle, mais les principes éternels qui émanent du ciel et qui seuls pourront nous y conduire.

Nous rendrons justice et nous prêterons souvent assistance à ceux qui travaillent à l'accroissement du bien-être physique, aux progrès de l'industrie et au développement de l'intelligence, mais nous placerons avant tout cela les bonnes mœurs et la piété qui en est la source la plus pure et la base la plus solide. Une expérience de quarante ans, pendant lesquels on a cherché au flambeau des lumières modernes mille

Pl. IX.

Pl. X. Jean-François-Marcellin Bussard, avocat et Dr en droit, professeur à l'Ecole de droit 1827-1853, et membre de la Constituante 1830-31.
(Dessin de Jos.-Aug. Dietrich.)

Pl. XI. Tobie Gerbex, conseiller d'Etat 1831-1840,
rédacteur du projet de code pénal, 1839.
(Portrait à l'huile, appartenant à M. Bernard de Vevey.)
(Phot. Lorson.)

Je parlerai donc:

1° du code civil fribourgeois: et nous verrons que l'élaboration de ce code a été décidée et commencée par le gouvernement patricien de 1814, continuée par le régime de 1830, et terminée par celui de 1848.

2° du code pénal, décidé et discuté sous le régime de 1830, sans que l'on fût arrivé à en faire voter l'un des projets par le Grand Conseil; de telle sorte que le code élaboré par le régime de 1848 est construit sur des bases nouvelles et peut être, en principe, attribué à ce régime;

3° du code de procédure pénale qui est l'œuvre exclusive du régime de 1830, bien qu'il ait été remplacé par un nouveau code sous le régime de 1848.

Je n'ai pas à traiter de la procédure civile, car cette matière n'a point fait l'objet de la législation de 1830.

Mon étude sera donc divisée en trois parties: le code civil, le code pénal, le code de procédure pénale. Je ferai précéder chacune d'elles d'un court aperçu de l'état du droit qui a précédé la mise en vigueur de chacun des trois codes.

I. LE CODE CIVIL

Avant le code, le droit privé fribourgeois n'avait point d'unité; les diverses parties du territoire cantonal avaient chacune, en principe, leur droit propre. La Révolution et la conquête françaises ont passé sur notre pays, sans parvenir à créer l'unité du droit civil. L'idée d'une codification générale avait bien trouvé sa première expression officielle dans l'art. 46 de la constitution Helvétique.

Le Thurgovien Anderwelt et le Vaudois Carrard avaient bien été chargés de rédiger un projet de code, mais, en 1801, il fut décidé que ce projet attendrait dans les archives un moment plus favorable à sa discussion et, comme le dit Rossel, les archives sont un pays dont on ne revient guère.

Les sources de notre droit civil, en 1798, comme en 1803, en 1814, comme en 1830, étaient donc: la Municipale

et les divers droits coutumiers. Quand on parle de droits coutumiers, il ne faut pas confondre ces termes avec « la coutume », au sens juridique du mot, qui n'est pas imposée par le législateur, mais qui résulte de l'application constante d'une règle de droit, que la collectivité considère comme obligatoire. Nos coutumiers et, *a fortiori*, la Municipale, étaient des lois écrites, émanant de l'autorité qui les avait élaborées ou sanctionnées. C'étaient des codes, si l'on entend par là des recueils de dispositions légales ayant force obligatoire.

Nous avions:

1° La Municipale: Ordnung der löblichen Stadt Freiburg, mise en vigueur en 1648. C'est l'œuvre de Guillaume Techtermann, qui, lui-même, s'était servi des travaux du greffier de la ville, un Bâlois, Heinrich Falker et de ceux du chancelier François Gurnel.

Ce code régissait la ville et les anciennes terres soit les 24 paroisses [1].

A Fribourg, comme à Berne, se manifesta la tendance de soumettre les bailliages au droit de la ville souveraine, au moins comme droit subsidiaire. C'est ainsi que Farvagny, Bulle, Corbières, Bellegarde et La Roche furent placés sous l'ordonnance municipale.

2° Le Coutumier de Vaud, promulgué le 15 juin 1650, qui, sauf d'assez nombreuses modifications et adjonctions, reproduit le recueil des « Coutumes de Moudon » que le notaire Pierre Quisard, de Nyon, avait, en 1562, dédié aux Seigneurs de Fribourg et de Berne régissait les territoires conquis en pays de Vaud, soit Romont, Rue, Châtel-

---

[1] Je ne chercherai pas à résoudre la controverse entre ceux qui indiquent 24 paroisses et ceux qui en comptent 27. C'était, en tout cas: District actuel de la Sarine: rive droite, 1. Arconciel, 2. Ependes, 3. Treyvaux, 4. Marly; — rive gauche: 5. Autigny, 6. Prez, 7. Onnens, 8. Ecuvillens, 9. Matran, 10. Villars-sur-Glâne, 11. Givisiez, 12. Belfaux. District du Lac: 13. Barberêche, 14. Courtion, 15. Villarepos, 16. Cormondes, 17. Cressier; — District de la Singine: 18. Dirlaret, 19. Tavel, 20. Guin, 21 Heitenried, 22. Ueberstorf, 23. Wunnewil, 24. Bösingen.

St-Denis, Montagny, Vuippens, Farvagny, Surpierre, Attalens, Vaulruz, Vuissens, Prévondavaux, St-Aubin, Vuadens, Vallon, Delley et Portalban.

3. Gruyère avait un coutumier octroyé en 1587 et reproduisant en grande partie le coutumier de Moudon de Quisard.

5. Estavayer reçut son coutumier en 1671, basé sur le Plaid Général de Lausanne de 1613.

6. Enfin le coutumier de Morat, octroyé par Berne et Fribourg, en 1715, alors que Morat était encore un bailliage commun.

Je laisse de côté les coutumiers d'autres localités moins importantes.

On comprend les difficultés que présentaient alors la connaissance et l'application d'un droit ainsi morcelé. De plus, la Municipale et les coutumiers, s'ils étaient écrits, n'étaient pas imprimés ; il fallait donc les consulter auprès des autorités qui en avaient la garde, à moins d'entreprendre le travail très long de les recopier, et d'en faire approuver la copie. Il est donc compréhensible qu'à Fribourg, comme ailleurs, on conçût l'idée d'une codification unique pour tout le canton. L'on avait, du reste, l'exemple de la France et l'on pouvait s'inspirer du code Napoléon, dont le contenu est tiré en grande partie du droit coutumier français et ne laisse au droit romain qu'une influence scientifique. Son langage est clair et populaire ; il est suffisamment développé pour servir de base sûre à la pratique.

Notre voisin, le canton de Vaud, s'était déjà engagé dans la voie de la codification. Il avait, en 1803, nommé une commission chargée de la préparation d'un code civil, lequel fut voté le 11 juillet 1819. Le code français y est imité quant à la division et au système. Le droit des obligations est copié, mais les autres parties s'inspirent essentiellement du coutumier de Vaud.

*
* *

C'est dans sa session de janvier 1822 que le Grand Conseil de Fribourg décréta la revision générale des lois

civiles existantes et l'élaboration d'un code uniforme pour tout le canton. Par un nouveau décret du 27 janvier de la même année, notre autorité législative fixait la marche à suivre pour la confection et la discussion de ce code.

L'art. 6 de ce règlement nous intéresse particulièrement parce qu'il nous révèle les idées fondamentales qui devaient être à la base du travail de codification:

« Les principes qui serviront de règle à la commission, dit cet article, et d'après lesquels elle aura soin de diriger le rédacteur, devront essentiellement consister:

a) à conserver soigneusement, dans la nouvelle législation, tout ce qui tient au caractère et aux habitudes nationales, ainsi que ce qui n'est pas en opposition directe avec les principes de jurisprudence reconnus généralement pour les meilleurs;

b) à s'attacher, pour tout ce qui exige des changements comme aussi de nouvelles dispositions, aux principes du droit commun et à ceux de la raison et de l'équité naturelle.

Ces directives furent observées, et notre législateur fribourgeois ne suivit servilement ni le code français, ni le code vaudois, mais il créa une œuvre originale, surtout dans les trois premiers livres.

La manière de procéder, prévue par le règlement de 1822, était longue et compliquée, et c'est à cela qu'il faut attribuer les retards apportés au travail législatif. Ce travail, commencé en 1822, ne fut terminé qu'en 1849; il a donc duré plus de 27 ans, occupant trois régimes successifs.

Le règlement prévoyait:

1° Une Commission de législation, dite Petite Commission, présidée par un membre du Petit Conseil et comprenant six membres nommés par le Grand Conseil, et un secrétaire désigné par le Conseil d'Etat.

Cette commission devait faire le choix d'un rédacteur et discuter le projet.

2° Une Grande Commission de législation, ayant le même président que la Petite, et comprenant douze mem-

bres: six du Petit et six du Grand Conseil, choisis par le Grand Conseil sur présentation du Petit Conseil.

Elle avait à discuter chaque partie du projet arrêté par la Petite Commission, puis à renvoyer ses propositions à cette dernière.

3° Le projet entier devait ensuite être imprimé et adressé aux membres du Petit et du Grand Conseil, aux préfets, aux juges et aux hommes de loi du canton. Les observations faites ensuite de cette publication devaient être soumises à la Petite Commission.

4° Enfin, intervenaient les délibérations du Grand Conseil avec nouveau renvoi à la Commission de législation.

Dans sa première séance du 28 novembre 1822, la Petite Commission, présidée par Son Excellence l'avoyer de Werro, et comprenant Nos Seigneurs de Ræmy et de Schaller, conseillers d'Etat, Badoud, conseiller d'appel, de Gendre et de Ræmy secrets, de Chollet, secrétaire du Conseil d'appel, désigna à l'unanimité, comme rédacteur du projet, M. Samuel-Frédéric-Balthasar Chaillet de Morat [1]. L'auteur de notre Code civil fribourgeois exerçait l'avocatie ; c'était un juriste distingué [2].

Je dis l'auteur de notre code, quoique l'on ait attribué à son fils, une part à la rédaction du projet. Cette part fut en tous cas minime. Le fils Chaillet était d'une consti-

---

[1] Chaillet, né en 1775, mort en 1843. Il fut emmené comme otage, lors de l'occupation de Morat, par les troupes helvétiques en 1802. Lieutenant-colonel et commandant de place à Morat 1803, syndic de Morat et député au Grand Conseil de Fribourg 1823. D.H.B.S. II p. 465.

Nous aurions voulu reproduire ici le portrait ou tout au moins une photographie de l'auteur de notre Code civil, mais toutes les démarches que nous avons faites à Fribourg, à Neuchâtel et à Morat surtout sont demeurées vaines. *(La Rédaction.)*

[2] On a baptisé plusieurs de nos rues des noms d'hommes célèbres de notre petite République. Ne pourrait-on pas perpétuer aussi la mémoire d'un de nos meilleurs juristes en donnant à une des rues nouvelles de Fribourg ou de Morat le nom de Chaillet.

tution délicate. On voulut le charger de la traduction en allemand du premier livre, mais son père s'y opposa, disant que ce travail dépasserait les forces de son fils, très maladif.

Il est vrai qu'à la séance de la commission du 20 novembre 1832, Chaillet père, très fatigué lui-même par son travail de rédacteur, demanda de pouvoir s'adjoindre son fils, comme collaborateur ; mais le nom de ce dernier n'apparaît qu'à la séance du 5 novembre 1834, où il traite de la loi sur le mariage pour la partie réformée du canton. La maladie l'empêcha même de poursuivre cette tâche restreinte qui fut confiée à M. Engelhardt, juge d'appel.

Le véritable auteur du code, Chaillet père, mourut en 1843. Il avait achevé sa besogne. La discussion des divers titres du 4me livre était terminée et, à la séance du 7 avril 1842, l'avant-dernière à laquelle il assista, il avait proposé de scinder le quatrième livre et d'en faire un cinquième livre qui comprendrait un premier titre: « De la Prescription », et un deuxième: « Des Preuves et Présomptions », le 4me étant consacré aux « Obligations », ce qui fut accepté.

Son successeur, l'avocat Musslin, qui avait été secrétaire de la Commission pendant quatorze années, n'eut plus qu'à défendre le projet de son prédécesseur[1].

Je ne dois pas oublier les secrétaires de la Petite Commission ; nous leur devons un protocole, modèle du genre, déposé aux Archives d'Etat, qui est des mieux rédigés et des plus intéressants. Le chancelier Werro tint d'abord la plume, jusqu'en 1830, date à laquelle il devint membre de la commission ; il fut remplacé par l'avocat Musslin

---

[1] Ignace Musslin, né en 1796, nommé député au Grand Conseil en 1845, y défendit le Sonderbund. C'est lui qui, auditeur en chef de l'armée fribourgeoise, signa, le 14 novembre 1848, au quartier du général Dufour, à Belfaux, la capitulation de Fribourg. D.H.B.S., v. p. 66.

On conçoit qu'il ne fut guère sympathique au nouveau régime radical. Dans une séance de 1848, la nouvelle commission marchanda et modéra les honoraires qu'il réclamait.

dont j'ai déjà parlé; ce dernier céda, à son tour, ses fonctions, le 19 décembre 1843, à M. Weitzel.

Je citerai un petit épisode amusant qui concerne M. le chancelier Werro. Dans sa séance du 29 avril 1844, la Petite Commission vit avec surprise, en compulsant ses protocoles, que M. Werro n'avait point encore été rétribué pour ses fonctions de secrétaire depuis le 4 novembre 1828 jusqu'au 1er décembre 1829 donc pour la période qui avait précédé les événements de 1830. Elle décida, à l'unanimité, en l'absence de l'intéressé naturellement, de réparer ce fâcheux oubli, d'envoyer une lettre à M. le chancelier et de lui offrir une théière d'argent qui coûta 256 fr. 55 rappes: une preuve à la fois du désintéressement de M. Werro et de la délicatesse de ses collègues de la Commission.

Examinons maintenant la marche du travail de codification.

Chaillet, qui, dans sa modestie, avait tout d'abord protesté de son insuffisance, ne présenta pas un projet complet; il obtint de l'élaborer par parties brisées.

Il proposa d'abord que le texte du code vaudois, dont j'ai parlé, servît de base à la rédaction, sauf à se départir de cette règle, soit partiellement, soit entièrement, lorsque des principes différents ou des changements dans le développement des matières paraîtraient l'exiger, sauf aussi à amplifier ou restreindre ses dispositions, selon qu'il paraîtrait convenable. Il est heureux que, dans la suite, on ne se soit pas trop laissé dominer par cet esprit d'imitation.

Le 11 mars 1824, la Commission commença l'examen du titre préliminaire.

Le 15 mars 1827, elle terminait la discussion du premier livre des « Lois concernant les personnes ». Elle abordait, le 17 septembre 1828, le deuxième livre concernant les biens. Mais, le même jour, l'on donna la priorité à la loi sur les hypothèques, suivant le vœu exprimé par le Petit Conseil.

La discussion de cette loi était terminée le 6 novembre 1828, jour de la séance dans laquelle la Commission traita

encore de la loi sur le contrôle des hypothèques. Cette première dérogation au règlement du 27 juin 1822 avait pour but d'accélérer l'introduction d'un bon système hypothécaire et d'un contrôle approprié aux circonstances et aux institutions.

Par décret du 30 janvier 1829, le Grand Conseil sanctionna cette manière de procéder. « Lorsque, ordonna-t-il, la partie du nouveau code civil qui traite des hypothèques et de leur contrôle aura été discutée par la Grande Commission, la Commission de législation sera autorisée à la soumettre isolément à la sanction du Grand Conseil. Cette sanction intervint sous le régime suivant, le 28 juin 1832. Les art. 1 à 36 de cette loi sur les hypothèques furent reproduits textuellement aux art. 649 à 684 du sixième titre du second livre du code civil.

Nous sommes arrivés à la fin du travail du régime patricien. Le Petit Conseil, dans sa proclamation du 8 février 1831, annonçant qu'il allait cesser ses fonctions, pouvait dire sans exagération et sans forfanterie: « ...les travaux entrepris depuis plusieurs années pour introduire dans ce canton une législation uniforme et mieux appropriée à ses besoins... sont des monuments honorables que laisse après lui le gouvernement qui va se dissoudre. »

La révolution de 1830, si elle mérite réellement ce nom de révolution, n'a guère exercé d'influence nouvelle sur la préparation de notre code.

Le décret du 24 mai 1831 ne modifiait le règlement de 1822 qu'en ce que les membres des deux commissions étaient choisis indistinctement parmi tous les citoyens du canton; elles étaient présidées par un Conseiller d'Etat. Il était ajouté que le personnel actuel de la Commission de législation (Petite Commission), la plus importante, demeurait la même.

Nous constatons cette identité en comparant le protocole de la séance du 16 novembre 1830 et celui de la séance du 28 juin 1831.

La seule différence est que son président perd le titre de «Son Excellence» pour prendre celui de «Monsieur l'A-

voyer ». Les autres membres ne sont plus « Nos Seigneurs »' ils ne deviennent que des « Messieurs » et toutes les particules disparaissent.

Siègent donc, le 28 juin 1831 :

Président, M. Diesbach, avoyer (v. pl.VII) ; MM. Ræmy, trésorier, Appenthel, président, Werro, chancelier. Le rédacteur est toujours M. Chaillet. On continue la discussion du code comme si rien n'était changé.

Un décret du Grand Conseil, du 28 mai 1831, décida l'introduction anticipée du 1er livre du code, dans le but de créer au plus tôt une législation uniforme en tout ce qui concernait les personnes et leurs droits, les tutelles et les curatelles et les autres matières qui étaient du ressort des autorités tutélaires. C'était une nouvelle dérogation au règlement de 1822. La commission de législation, sans attendre que le code entier fût confectionné, et après avoir apporté au projet les changements requis par la nouvelle organisation et les nouveaux principes du canton (on se demande quels étaient ces nouveaux principes en matière de droit privé) devait faire imprimer ce premier livre séparément, et le soumettre isolément aussi, au Grand Conseil. Le titre préliminaire, et le livre premier furent votés par le Grand Conseil, le 22 mai 1834 et devinrent exécutoires dès le premier janvier 1836. Le décret de promulgation porte à son article 13 qu'en application de l'art. 15 de la Constitution, le texte français est le texte original : c'est du reste dans cette langue que le projet avait été rédigé et discuté.

On procéda de même pour le second livre concernant les Biens, nous dirions aujourd'hui « les droits réels ». La discussion séparée fut ordonnée par le décret du 12 février 1835. Le second livre fut promulgué le 4 décembre 1835 et entra en vigueur le 1er janvier 1837.

Ici un incident.

Le Grand Conseil avait rendu un décret invitant la Commission à travailler à un projet de *Code de commerce*. A la séance du 3 mai 1832, le rédacteur Chaillet se demanda

si l'on ne pourrait pas se borner à adopter sur ce point la loi vaudoise qui correspondrait parfaitement à la situation du canton de Fribourg et aux besoins de son commerce. Toutefois, il faisait remarquer qu'il n'y avait pas urgence et qu'il paraissait préférable d'attendre le nouveau projet du code civil, qui devait poser les bases de notre législation. Cette dernière manière de voir prévalut surtout lorsqu'un membre de la Commission eût fait remarquer, qu'avant de s'occuper d'un objet aussi secondaire, il conviendrait bien plutôt de travailler à un projet de code criminel et constitutionnel, dont le besoin se faisait si généralement sentir. Ainsi l'idée d'une législation commerciale fut déjà lancée sous le régime de 1830, mais, elle ne devait aboutir à un code de commerce que sous le régime suivant.

Quant au troisème livre, concernant les successions, le partage et les indivisions entre frères et sœurs, M. Chaillet avait, à la séance du 17 septembre 1828, demandé à la commission des directions sur la succession *ab intestat*, et particulièrement sur le maintien et l'étendue de la prérogative masculine. Il en sollicita de nouvelles le 30 septembre 1832 en ce qui concernait l'indivision. Fallait-il la maintenir ? La Commission se prononça pour l'affirmative, tout en admettant que « l'esprit d'indépendance qui s'accroissait tous les jours la ferait disparaître insensiblement et que les règles positives qui la règleraient pourraient bien n'être que transitoires ». On voit par là qu'il est facile de se tromper dans les prévisions d'odre juridique. L'indivision entre frères et sœurs, avec ses graves conséquences successorales, a subsisté jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil suisse. Bien plus, suivant un arrêt du Tribunal fédéral, cette partie de notre 3me livre est encore applicable actuellement aux indivisions qui existaient avant 1912.

Le 26 avril 1836, l'avoyer réunissait la Commission pour discuter le 3me livre dont M. Chaillet avait élaboré le projet. Le 11 septembre 1838, la Commission décida de soumettre ce livre au Grand Conseil, qui en décréta la

promulgation le 23 novembre 1839, et en fixa l'entrée en vigueur au 1er janvier 1841.

* * *

L'examen du 4me livre par la Petite Commission fut terminé le 23 mars 1842.

Suivant le règlement, le projet passa à la Grande Commission, puis retourna à la Petite Commission. Elle eut sa dernière séance, avant la révolution de 1848, le 3 novembre 1846. Elle avait discuté les observations de la Grande Commission jusqu'au Titre XI « Du Contrat de société ». Comme le nouveau rédacteur Musslin avait des modifications notables à présenter à l'un des articles de ce titre, il fut invité à les rédiger en même temps qu'il préparerait la mise sous presse du quatrième livre.

Assistaient à cette ultime séance: Le Président, M. Fournier, avoyer, MM. Landerset et Bondallaz, conseillers d'Etat, Frossard, juge d'appel et Weck, président d'appel.

Il devait manquer: MM. Charles, conseiller d'Etat, et Werro, chancelier.

* * *

Le premier soin du nouveau Grand Conseil fut de simplifier les rouages et la procédure pour l'élaboration des lois civiles. Par décret du 9 mai 1848, il révoqua le règlement en vigueur, ne prévit plus qu'une seule commission de législation civile, composée de cinq membres (au lieu de 7). Les conseillers d'Etat ne pouvaient pas en faire partie. Cette commission, était composée de son président, François-Laurent Frossard, président du Tribunal cantonal, le seul qui eut déjà fait partie de l'ancienne Petite Commission. (On sait qu'il avait été au premier rang du mouvement populaire de1830.) Membres: MM. Folly et Weitzel, avocats; Hartmann, notaire; Bussard, docteur en droit (v. pl. X); secrétaire: Nicolas Glasson.

Je ne décrirai pas l'activité de cette commission; je me bornerai à citer un passage du protocole de sa première séance qui fut tenue le 3 juin 1848. Il démontre que l'on

fût obligé de reconnaître que les travaux d'élaboration touchaient déjà à leur fin, avant 1848.

On y lit, en effet: « Le projet des 4me et 5me livres du code civil étant déjà *singulièrement avancé et une très grande partie au point d'être mise sous presse*, la commission trouve que cet objet doit avoir le pas sur les autres et charge Monsieur l'avocat Weitzel, de faire imprimer la partie de ce projet qui a déjà été discutée définitivement par les commissions antérieures, puis de lui présenter un rapport sur les objets qui n'ont pas encore été discutés en dernier débat et qui sont: « le contrat de société, les contrats aléatoires, les transactions, le compromis, le contrat hypothécaire, le nantissement et le cautionnement — pour le 4me livre du code — et le cinquième livre en entier qui traite des preuves et des présomptions légales ». A remarquer, que, comme nous l'avons dit, ces objets qui restaient à examiner, avaient déjà été discutés en premiers débats par l'ancienne Petite Commission. La tâche de la nouvelle était donc bien simplifiée. Aussi quinze mois plus tard, le Grand Conseil put-il décréter que les deux derniers livres du code entreraient en vigueur le premier janvier 1850. Nous avions un Code civil fribourgeois complet.

II. CODE PÉNAL

Exposé de la législation pénale en 1830.

Dès que le canton de Fribourg eût récupéré son indépendance législative après l'Acte de médiation, le Grand Conseil, par décret du 28 juin 1803, abrogea le Code pénal helvétique et prescrivit que l'ordonnance criminelle, connue sous le nom de « Caroline », servirait de règle aux tribunaux du canton avec certaines modifications.

Le Code pénal helvétique ne punissait que les crimes. Les délits et les contraventions de police avaient continué d'être soumis aux lois cantonales. Il n'était donc pas nécessaire de remettre ces lois en vigueur, puisqu'elles n'avaient pas cessé de l'être.

Si l'on veut se rendre compte du droit pénal, en 1830, on n'a qu'à consulter la loi du 16 juin 1834, contenant le dénombrement et la classification des délits de police, des contraventions fiscales et des délits correctionnels. Nous avions donc déjà, en quelque sorte, la division tripartite des infractions en crimes, délits et contraventions.

La «Caroline», applicable aux crimes, était l'ordonnance criminelle de l'empereur Charles-Quint, adoptée par le Reichstag de Ratisbonne, le 27 juin 1532. C'était à la fois un code criminel et un code de procédure pénale. Dans sa première partie sont traitées les règles sur la marche générale du procès, en particulier celles sur la torture (art. 1 à 103). Dans la seconde partie, comprenant les art. 104 à 180 (soit 76 articles), se trouve l'indication des crimes punissables. C'est cette partie seule qui règle donc le droit pénal objectif et qui peut être considérée comme un code pénal en raccourci. Dans la 3me partie sont fixées les mesures pour l'exécution des jugements.

La «Caroline» tendait à unifier le droit pénal impérial qui présentait un véritable chaos; mais cette tentative n'eut qu'un résultat très restreint, car cette ordonnance de l'Empire n'était qu'un droit commun subsidiaire. Ce qu'on a appelé la « clause salutaire » permettait aux électeurs, princes et Etats de « conserver leurs vieilles coutumes respectables et conformes au droit ».

La «Caroline», non seulement définit clairement les crimes, mais elle donne aussi des notions générales sur la tentative, la légitime défense, la responsabilité, la négligence, en s'inspirant de la littérature italienne, qui, elle-même, avait adapté le droit romain aux besoins et aux mœurs nouvelles. Elle apportait incontestablement un progrès, et elle acquit une grande réputation. L'on comprend donc que Fribourg, sans y être obligé, puisque séparé en fait de l'Empire, l'adopta en 1541.

Et pourtant, ce nom de «Caroline» fait dresser les cheveux sur la tête ! Il évoque la sinistre torture, les peines les plus cruelles; il fait penser à la pauvre Catillon dont

M. le professeur Aeby a retracé dans nos *Annales fribourgeoises* la triste histoire. C'est cependant à tort qu'on la charge de tous les péchés d'Israël. Israël pourrait être pris ici au sens propre, puisque la législation des Juifs avait la torture et l'auteur d'un projet de code pénal, le juge d'appel Barras, dont je parlerai tout à l'heure, invoquait précisément la bible pour justifier ce mode d'instruction: « S'il y a des raisons, disait-il, en 1808, pour rejeter la torture ou question, telles que sa faillibilité, constatée par l'expérience même, et l'impunité, tant que la culpabilité n'est pas prouvée, il y en a de plus fortes pour son admission dans les cas où nous l'avons bornée, surtout dans un pays où les moyens de répression et de sûreté sont nécessairement resserrés et peu efficaces sans son emploi. Certes, elle n'est pas une invention de nos jours, elle fut en usage chez les Grecs et les Romains et même dans la Théocratie des Hébreux, ainsi qu'il nous est attesté, pour fait d'adultère, au Livre des nombres VI, versets 23 et suivants.

Le même Dieu, qui n'a pas moins voulu nos républiques pour le soutien de ses propres lois, les aurait-il laissées sans ce moyen de défense contre des crimes encore plus dangereux ! »

Donc, encore en 1808, on considérait la torture comme indispensable. La « Caroline » n'a d'ailleurs rien innové ; elle n'a fait que recueillir et ordonner le droit épars déjà existant, en l'adoucissant même quelque peu et en en combattant l'arbitraire.

Croyez-vous qu'avant sa réception, notre Municipale (Stadtbuch) de 1503 et nos coutumiers fussent plus humanitaires ? Pour vous convaincre du contraire, vous n'avez qu'à les parcourir.

Je ne citerai qu'un exemple, l'art. 3 du chapitre 49 du coutumier de Vaud: « A savoir des meurtriers et brigands qui de leur pleine volonté tuent les gens pour avoir leur argent après, leur estre rompus et cassés les os, reings, cuisses et bras, et estre liés, et dressés sur la roue doivent mourir et perdre la vie sur icelle. »

C'était l'esprit du temps. La cruauté du système pénal était, croyait-on, indispensable. Son but était la vengeance et l'intimidation. Il appartenait aux philosophes du 18me siècle, Voltaire, Rousseau, Montesquieu, et surtout au Milanais, César Beccaria, élève des jésuites parisiens, dans son traité «dei delitti et delle pene», de révolutionner la législation pénale au nom de la justice et de l'humanité.

Ce mouvement fut lent à se généraliser et même, au commencement de l'Empire français, on constate une réaction. Comparez le Code pénal français de 1791 à celui de 1810, et vous constaterez dans ce dernier un retour à la sévérité: peine de mort et peines perpétuelles prodiguées, mutilations barbares, mutilation du poing au parricide avant son exécution; la marque à certains condamnés, à d'autres, le carcan.

Ne reprochons donc pas trop au gouvernement de 1803 d'avoir réintroduit la «Caroline». Du reste, il avait soumis la torture à de telles conditions que son emploi devenait exceptionnel, et il en avait adouci l'exécution par la loi du 28 juin 1803.

1° Il ne pouvait être appliqué un autre genre de torture que celui de la corde avec le poids d'un demi quintal au plus, et avec la réserve que, pendant la suspension de celui que l'on soumettait à la question, on ne pourrait ni toucher, ni ébranler la corde.

2° La torture ne pouvait être ordonnée que dans les cas de crimes majeurs, tels que les meurtres, les homicides, et les vols qui pouvaient emporter la peine de mort; et contre les incendiaires.

3° Les juges des causes criminelles devaient être au complet, lorsqu'il s'agissait de décider de la question et et ils ne pouvaient y procéder dans aucun cas, sans y avoir été autorisés par le Tribunal d'appel, auquel étaient communiquées les procédures instruites.

4° Le Tribunal d'appel ne pouvait ordonner la question qu'avec le concours de quatre membres du Petit Conseil et à une majorité des deux tiers des suffrages.

5° Il fallait de plus que les charges ou indices contre l'accusé fussent légalement et suffisamment prouvées. L'accusé était libre de choisir un défenseur officieux. A défaut d'un tel défenseur, le président et le Tribunal d'appel examinaient d'office la question de savoir si les conditions légales existaient, si la procédure avait été régulièrement instruite.

Quant au droit pénal objectif, la loi réduisait les cas de vols punis de mort. N'étaient pas soumis à cette peine les premiers vols non qualifiés n'excédant pas la valeur de 400 fr. ou, s'il y avait eu plusieurs vols, la valeur totale de 300 fr.

De nombreuses adjonctions furent faites plus tard à la *loi du 23 mai 1803*.

Y a-t-il eu des tentatives de codifications pénales dans la période de 1803 à 1830 ? J'en signalerai, en tout cas, une due à l'initiative du juge d'appel T. Barras dont j'ai parlé, qui, en 1808, présenta au gouvernement un projet de code pénal [1].

Ce projet, qui se trouve aux Archives, apparaît plutôt comme un traité de droit pénal ou comme un exposé des motifs du code proposé par l'auteur. Il a certainement une valeur historique et scientifique. Je l'ai parcouru avec beaucoup d'intérêt. Il reproduit la suite des Titres du Code helvétique, dont le texte est complété ou modifié. Le Code criminel contient 214 paragraphes, comme troisième partie une loi correctionnelle de 399 paragraphes. Dans cette partie, il conserve en particulier, l'ancienne institution de l'offre de paix, des sûretés, de la violation de la paix offerte et, pour le reste, s'inspire des lois existantes. Ainsi que nous l'avons dit, il maintient la torture, ne voulant sans doute pas s'écarter de la loi de 1803.

---

[1] Il doit s'agir de Tobie Barras, de Broc (*1740, † 1813), qui étudia à Vienne, fut professeur à l'Académie de Fribourg (1775), sénateur de la République Helvétique, député à la Diète (1801), du Grand Conseil en 1803, juge au Tribunal d'appel de 1806 jusqu'à sa mort en 1813.

Le gouvernement, en date du 9 septembre 1808, témoigna à M. le conseiller Barras, sa reconnaissance pour le travail considérable qu'il s'était « peiné de confectionner » et envoya le manuscrit au Département de l'Intérieur en le priant d'y puiser des lumières pour la revision des lois organiques, qui devait être proposée au Grand Conseil, en mai 1808.

Je ne doute pas que ce projet, qui n'eut pas l'honneur d'une discussion publique, n'ait été sorti du tiroir où il était enfoui, et qu'il n'ait été consulté par la Commission législative du régime suivant.

J'arrive enfin à ce régime et, si je me suis attardé, c'est que le droit pénal de la période antérieure est en principe le même que celui qui a régi toute celle de 1830 à 1848. Pendant ces dix-huit ans, en effet, on n'est pas arrivé à mener à chef l'œuvre entreprise de l'élaboration d'un nouveau code pénal.

La Constitution de janvier 1831 se bornait du reste à prescrire, à son article 10 « la torture est abolie ». Cette abolition ne visait que la procédure. Rien n'obligeait l'autorité législative de réformer ou de codifier le droit pénal objectif.

Cependant, déjà le 9 mai 1831, la Direction de la Justice proposa d'élaborer un code pénal, « qui devait, disait-elle, avoir pour base la loi pénale du canton d'Argovie comme répondant le mieux aux besoins. » Le gouvernement se mit immédiatement en rapport avec celui d'Argovie, pour être renseigné sur l'expérience résultant de ce code. Le modèle n'était pas mal choisi. Le code argovien de 1805, tout en suivant le code autrichien de 1803, ne l'avait pas purement et simplement copié; c'était une œuvre législative qui, judicieusement, conservait ce qui était bien, améliorait ou corrigeait ce qui était critiquable dans son modèle et brillait par une simplicité et une précision plus grande encore. C'était cependant par trop restreindre la liberté d'action du rédacteur et des commissions. Aussi, je préfère les directions données par le Grand Conseil dans

son décret du 17 mai 1833, à l'art. 4: « La première tâche de la Commission sera l'examen des nouveaux codes de pénalité, qui ont paru en Suisse et dans d'autres pays régis par des institutions analogues à celle de ce canton, et elle fera le choix de celui qui lui paraîtra être le meilleur et le mieux convenir à notre canton. » Art. 5: « Ce choix une fois arrêté, elle s'occupera des changements et des modifications que les besoins, les habitudes et les circonstances particulières pourraient exiger, soit dans les dispositions du code pénal même, soit dans celles du code d'instruction criminelle et correctionnelle. »

Voici les principaux codes qui pouvaient être consultés: le code pénal français de 1810, le code autrichien de 1803, le code d'Argovie 1805, ceux de St-Gall 1807 et 1808, 1819, du Tessin 1816, de Bâle 1821 et 1824, de Lucerne 1827.

Le décret du 21 mai 1832 nous révèle, dans ses considérants, pourquoi le Grand Conseil ordonna qu'il fût travaillé, à un code pénal et à un code d'instruction criminelle et correctionnelle. C'était parce que le code pénal de Charles V, appelé vulgairement «Caroline», n'était plus en harmonie avec les institutions actuelles, et que, par l'art. 10 de la Constitution, la torture avait été abolie, sans que d'autres moyens de preuve eussent été établis, parce qu'enfin, la revision complète des lois pénales était un besoin depuis longtemps senti.

Le Grand Conseil voulut d'abord confier le travail à la Commission de législation civile, mais celle-ci ayant fait valoir que, déjà surchargée, elle ne pouvait accepter ce surcroît de besogne, un nouveau décret, du 17 mai 1833, prescrivit la nomination par le Conseil d'Etat d'une autre commission de cinq membres.

La commission devait choisir dans son sein, un rédacteur et désigner un secrétaire.

Il n'y avait pas de Grande Commission, comme pour le Code civil. Le projet achevé serait livré de suite à l'impression, distribué aux membres du Grand Conseil et immédiatement soumis à la sanction de cette autorité su-

prême. Le 28 mai 1833, le Conseil d'Etat nomma les cinq membres de cette commission; ce furent MM. Gerbex, conseiller d'Etat, Bussard, Engelhard, Appenthel, père et Chaillet fils. Les Archives ne possèdent malheureusement pas le protocole de cette commission. Je n'ai donc pu suivre la marche de ses délibérations.

Le bulletin du Grand Conseil nous apprend toutefois que le rédacteur des projets des deux codes en question fut M. le conseiller Gerbex [1].

C'est à la séance du 18 novembre 1839 que le Grand Conseil commença la discussion du code pénal. Le rédacteur Gerbex, exposa les vues générales qui avaient dirigé la commission dans son travail et justifia en particulier le titre premier.

A l'art. 5, une opinion demanda la suppression de la peine de mort, cela à titre d'essai, une seconde opinion s'éleva contre la peine du carcan. Après une discussion prolongée, le titre premier fut renvoyé pour être l'objet d'une nouvelle discussion.

Les travaux continuèrent lentement. En 1846, était imprimé, en français et en allemand, un nouveau projet qui se trouve aux Archives.

La guerre du Sonderbund empêcha le législateur de 1830 de terminer la tâche qu'il s'était imposée. Il ne parvint pas à faire voter un code pénal.

A mon avis, ce résultat négatif est très compréhensible. S'agit-il d'une loi de droit civil ? le peuple ne s'émeut guère; il ne surgit pas de controverses irréductibles. Le droit pénal, par contre, met en cause la morale, dans une certaine mesure, la religion, comme aussi les sentiments et les convictions populaires.

Les uns estimeront que la paix sociale exige des peines sévères suffisantes à son maintien; d'autres s'inspireront

---

[1] Il s'agit de Tobie Gerbex, né en 1778, de la branche d'Estavayer: Il fut avocat à Fribourg, puis à Bulle, membre de la constituante de 1830-1831, conseiller d'Etat 1831-1840, mort en 1845 (v. pl. XI).

d'une sensibilité et d'un humanitarisme allant jusqu'à l'excès. Notre Code civil fédéral n'a pas même été soumis au referendum; mais en sera-t-il de même du Code pénal suisse ? Subira-t-il l'épreuve de la votation populaire ? Qui le sait !

Un gouvernement tel que celui de 1848, issu d'une révolution, ne s'appuyant que sur un seul parti, qui n'avait pas trop à s'inquiéter des électeurs, était seul capable d'élaborer et d'imposer une nouvelle législation pénale. C'est ce qu'il fit.

L'art. 8 de la Constitution du 4 mars 1848 abolissait la peine de mort, l'art. 102 ordonnait un nouveau code pénal, qui était décrété par le Grand Conseil, quatorze mois après, soit en mai 1849.

Le décret du 9 mai 1848 prévoyait une Commission de législation pénale de cinq membres. Elle fut composée de M. Folly avocat, qui en fut le président, Fracheboud greffier, Landerset, avocat, Monnerat, avocat, Werro, préfet.

A sa première séance du 27 août 1848, elle décida de conserver le travail déjà élaboré par la précédente commission, soit le 2me projet de 1846 dont j'ai parlé.

On aborda la partie générale; mais on dut faire au projet de telles modifications qu'il n'en restait presque plus rien. On supprima toutes les dispositions concernant la peine de mort; on abolit la peine des fers, le carcan. Presque tous les articles, concernant le crime consommé et la tentative, les auteurs et les complices, les personnes excusables (Titres III, IV et V) furent remplacés par les dispositions du Code militaire fédéral de 1837 et du Code vaudois.

On comprend, dès lors, que dans la séance suivante du 29 octobre, il fut décidé de refaire le projet, et de charger de ce travail le président de la Commission, M. Folly. Celui-ci avait déjà rédigé un nouveau projet, le 1er février 1849, il le fit autographier à une vingtaine d'exemplaires.

Le 15 février suivant, la commission avait achevé son travail, qui put être soumis au Grand Conseil à la session de mai 1849.

Le code pénal de 1849 a 276 articles concernant les crimes, 181 pour les contraventions et 51 pour les contraventions de police. Il a utilisé les codes de Zurich, Lucerne et Vaud, ainsi que le code pénal militaire fédéral de 1837 et, dans une certaine mesure, le code pénal français. Ce code est donc une compilation, mais une compilation intelligente et non servile. Nous devons lui rendre cet hommage et il mérite en somme les éloges qu'il a reçus, en particulier ceux que lui décerne Pfenninger dans son *Strafrecht der Schweiz*, réserve faite quant aux principes. Une certaine part de ces louanges revient aux hommes de 1830 à 1848 qui, par leur deux projets successifs, avaient au moins préparé la voie.

III. CODE DE PROCÉDURE PÉNALE DE 1839.

Le premier Code de procédure pénale, dans notre canton, est l'œuvre exclusive du régime de 1830. C'est bien lui qui en a pris l'initiative et qui est parvenu à lui faire donner la sanction du législateur.

Son élaboration fut décidée, comme celle du code pénal, par le décret du 21 mai 1832, et confiée, par le décret du 17 mai 1833, à la nouvelle commission spéciale de 5 membres qui était chargée des projets des deux codes. Le rédacteur fut le même: Tobie Gerbex. Le Grand Conseil commença l'examen du projet, le 22 novembre 1837; vota le code, le 27 mai 1839 et fixa son entrée en vigueur au 1er juillet 1840. La besogne de la commission avait été simplifiée du fait qu'elle n'eût, en partie du moins, qu'à reproduire, en les rangeant dans l'ordre voulu, les dispositions de procédure contenues dans des lois déjà votées. Je citerai entre autres: loi du 27 mai 1831 sur l'organisation du Conseil d'Etat, art. 66 7°, 8°; loi sur l'organisation du Tribunal d'appel du 30 mai 1831, art. 2, 36 à

44, 46 et suivants; loi concernant les préfets du 27 mai 1831, art. 11, 20 à 24, 41 à 46; loi sur l'organisation des tribunaux de district du 2 juillet 1831, art. 8, 15, 16, 19, 21 à 23, 28 à 30, 39, 45 à 47, 54 à 61, 79 à 82; loi concernant l'organisation du ministère public du 2 juillet 1831, art. 1 à 23, 30 à 35; loi du 12 janvier 1833 sur la procédure en matière correctionnelle qui, en réalité, est un petit code.

Suivant l'art. 21 de cette dernière loi, afin que les délits correctionnels puissent plus facilement être distingués des crimes, aussi bien que des contraventions aux lois administratives et de police, le Conseil d'Etat fut chargé d'en faire le dénombrement spécifique d'après les lois existantes avec indication des peines qu'elles statuent, et de le soumettre plus tard à la sanction du Grand Conseil. Cette classification fit l'objet de la loi du 16 juin 1834 dont nous avons déjà parlé. Elle avait l'avantage de déterminer, dès l'origine du procès pénal, s'il y avait lieu de suivre la procédure criminelle ou la procédure correctionnelle. C'est la loi qui répondait à cette question, et non la libre appréciation du juge, comme c'est le cas chez nous actuellement.

Quelles sont les réformes que le législateur de 1830 à 1848 a apportées à la procédure pénale ?

Le système en vigueur dans presque toute l'Europe, jusqu'à la Révolution française, et qui durait depuis près de trois siècles est désigné généralement sous le nom de système *inquisitoire*. Il peut se caractériser ainsi: juges de carrière permanents, instruction écrite et secrète, preuves légales parmi lesquelles la torture. Le système opposé est celui dit *accusatoire*. Il comporte: des jurés soit des juges choisis dans le peuple, et non permanents, la publicité de l'instruction et des débats, la preuve orale, laissée à la libre appréciation du juge.

Le législateur de 1830 a voulu réagir contre le premier système, mais il n'a fait qu'une timide tentative vers l'adoption du second. Quoique libéral dans le domaine politique, il a conservé beaucoup, peut-être trop, de la

vieille procédure. Il n'a pas suivi purement et simplement l' mpulsion donnée par la Révolution française, qui elle-même, du reste, n'avait point adopté le système accusatoire dans toutes ses conséquences.

1° Le code de 1839 n'a pas adopté l'introduction du jury. Peut-on l'en blâmer, alors que, de nos jours, certains acquittements des cours d'assises, pas précisément chez nous, il est vrai, ont provoqué un courant contre cette institution ?

2° Le code conserve la procédure écrite et secrète dans l'enquête préliminaire. Cette enquête est faite par le président du tribunal de district.

Les lois de la Convention et le Code d'instruction criminelle français ont aussi sanctionné cette restriction apportée au système de l'oralité et de la publicité.

3° L'enquête préliminaire terminée était transmise par le président au procureur général qui la soumettait à la Chambre d'accusation. Elle décidait si les preuves ou indices étaient suffisants pour déférer le prévenu au tribunal de jugement. C'était pour le prévenu une garantie consacrée par le droit nouveau, qui empêchait que suite fut donnée à des accusations sans fondement. Il paraît surprenant que les fonctions de la Chambre d'accusation fussent attribués au Conseil d'Etat. C'était peut-être un accroc au principe de la séparation des pouvoirs, mais dont la légitimité peut cependant se soutenir...

4° Plus critiquable est la forme de la procédure qui suivait la mise en accusation. Alors intervenait l'enquête spéciale, celle qui devait réunir les preuves nécessaires au jugement, l'instruction principale, dirions-nous aujourd'hui. Cette enquête était faite par une commission composée du président et de deux membres du tribunal de district ; les autres membres avaient la faculté d'y assister.

Sans doute, l'accusé pouvait demander lui aussi, que des preuves fussent faites à l'appui de sa défense ; il n'en reste pas moins que le tribunal n'entendait pas les

témoins et n'avait pour juger que les verbaux dressés par la commission. C'était une instruction écrite

Il est vrai que cette enquête spéciale était toujours transmise au Tribunal cantonal, pour attendre les directions et ordres postérieurs, et, devant cette instance, l'accusé, qui pouvait être assisté d'un défenseur, avait toute faculté de faire compléter les preuves en sa faveur. De plus, le tribunal de district, en matière criminelle, ne jugeait qu'en première instance. Tout jugement, même lorsqu'il était accepté par l'une ou l'autre partie, était transmis, ainsi que la procédure, au Tribunal d'appel, qui pouvait le révoquer, le confirmer ou le modifier. Les droits de la défense étaient donc pleinement sauvegardés. On ne saurait faire à la procédure de 1839 le reproche qu'on a adressé à l'ancienne instruction et dire qu'elle était armée de toutes pièces contre le crime et pleine d'embûches contre l'accusé. Elle respectait au contraire les droits de la défense et la sainte mission de la justice.

5° Un grief plus fondé, que l'on peut faire au législateur de cette période, est celui d'avoir maintenu le système des *preuves légales*. Il avait, il est vrai, supprimé une de ces preuves la plus odieuse, la torture; mais il eût été plus logique d'admettre pour la remplacer, la libre appréciation des preuves par le juge qu'avaient introduite déjà le droit français et plusieurs législations d'autres Etats. En effet, ce sont les preuves légales qui ont conduit à la torture; elles étaient souvent impuissantes à constater les faits. Comme le dit Faustin Hélie (*Instruction criminelle*, vol. I, p. 350): « L'incertitude où elles plaçaient l'esprit des juges, amena la jurisprudence à formuler, comme une règle essentielle, la nécessité de la conviction de l'accusé. Tout interrogatoire n'avait qu'un but, c'était d'obtenir cet aveu. Or, le juge a cherché tous les moyens de surprendre, de contraindre cette confession, d'abord par des menaces, *puis par des tourments*. »

Abolissant la torture, ce qui était très bien, on eût dû libérer le juge des entraves qui l'empêchaient de décou-

vrir la vérité. Il fallait lui permettre de faire intervenir toute espèce de preuves, d'en peser la valeur, de juger d'après la conviction qu'il avait puisée dans les débats...

Au lieu de cela, le code contient, soit pour l'instruction criminelle, soit même en matière correctionnelle, de nombreuses dispositions qui enchaînent le juge.

Il traite de l'aveu, de son indivisibilité, comme en matière civile, alors qu'en procédure pénale, l'aveu ne prouve pas nécessairement le délit ; l'axiome « confessus pro judicato habetur » n'est pas applicable. Si l'accusé n'a pas commis le crime qu'il avoue, peut-être pour sauver un parent, un ami, il ne peut être condamné, car il ne lui appartient pas de disposer de son sort. L'aveu peut être divisé même s'il est qualifié. En un mot, c'est une preuve plus forte que toute autre, il est vrai, mais qui doit être appréciée par le juge.

Le code prescrit qu'une preuve testimoniale complète et légale ne peut résulter que de deux témoins d'accord entre eux. « Testis unus testes nullus ». Il multiplie les motifs de récusation ou de reproche des témoins.

Ne peuvent être entendus les parents ou alliés en ligne directe de l'accusé, ses frères et sœurs, mari ou femme, les personnes âgées de moins de 18 ans, les déments ou imbéciles, les condamnés pour crime, les domestiques de l'accusé, les plaignants, dénonciateurs, les sourds-muets qui ne savent pas lire ni écrire, les ennemis déclarés, les vagabonds, enfin les *prébendaires !*

Que l'on suppose donc qu'un assassinat a été commis, une seule personne, très honorable, a assisté au crime. Son témoignage ne sera pas une preuve complète et légale. Ou bien l'assassinat a eu lieu à l'Hôpital, il a été constaté par une sœur infirmière et par dix prébendaires ; pas de preuve légale, parce que les prébendaires ne peuvent être entendus et parce que le témoignage de la sœur n'est pas confirmé par un autre témoin.

Les présomptions elles-mêmes, soit les faits prouvés desquels on conclut à l'existence d'un fait inconnu, sont

soigneusement catalogués, suivant leur degré de certitude ou de probabilité.

Si j'ai formulé ces quelques critiques, n'allez pas les prendre pour un blâme à l'adresse du législateur de 1839. Telle n'est point ma pensée. Tout système de procédure a des avantages et des inconvénients, des partisans et des adversaires.

Les preuves légales ont cela de bon qu'elles obligent le juge à motiver son jugement et à contrôler les sources de sa détermination, tandis que la liberté d'appréciation sans limite aucune peut conduire à l'arbitraire, à des condamnations ou à des acquittements qui ne reposent sur rien, ou sur des éléments de preuve qu'un homme sensé et réfléchi n'admettrait pas.

Et puis, l'on était dans une période de transition. Peut-on reprocher aux hommes de 1839, de n'avoir pas voulu rompre tout d'un coup avec le passé ? d'avoir choisi ce qu'ils estimaient un juste milieu entre deux théories contradictoires?

* * *

Je puis donc conclure, et cette conclusion vaut pour les trois codes, que ces hommes de 1830 n'ont ménagé ni leur temps, ni leurs peines, qu'ils ont travaillé consciencieusement, et qu'ils méritent l'éloge rétrospectif de notre pays qu'ils ont si bien servi.

Marchant à pas lents et mesurés, avec circonspection et prudence, ils ont récolté le champ du droit civil, déjà ensemencé par leurs prédécesseurs. En droit pénal, ils ont préparé la récolte. En procédure pénale, ils ont eux-mêmes cueilli les fruits de leur labeur. Ils se sont servis peut-être d'instruments quelques peu vieillis, se méfiant des conceptions nouvelles, parce qu'ils ne les avaient pas expérimentées.