

Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle¹

Xavier Moroz, ATER à l'université Jean Moulin-Lyon 3

Colloque « Parquet et politique pénale depuis le XIX^{ème} siècle »

« En définitive, la nécessité domine la loi ;
mais un voleur n'oserait donner cette excuse
aussi insolemment devant les tribunaux »².

Le Code d'instruction criminelle de 1808, l'ancêtre de notre Code de procédure pénale, a régi la procédure pénale française pendant presque un siècle et demi³. Honorable longévité si l'on garde à l'esprit que ce Code était loin de briller par sa perfection. D'ailleurs, ses rédacteurs ne s'étaient pas voilés la face. Conscients des défaillances de l'œuvre qu'ils livraient aux Français, ils avaient pris les devants et mettaient ainsi en garde : « Il est difficile que dans une loi de cette nature, certains points de détail ne laissent quelque chose à désirer : comme toutes les autres productions des méditations humaines, celle-ci ne sera pas exempte d'imperfections ; peut-être paraîtra-t-elle susceptible de quelques modifications ; mais on ne peut les bien juger avant que le temps et l'exécution en aient démontré la nécessité. *L'expérience les indiquera*, ses conseils sont les plus sûrs, et (pour nous servir de l'expression récente du meilleur des observateurs⁴), *elle fera le reste*. C'est à elle seule qu'il appartient de fixer les idées : soumettons donc à sa lumineuse épreuve la loi proposée... »⁵. L'expérience à laquelle il est fait mention, ce sont en l'occurrence les parquets qui vont s'en faire les meilleurs interprètes. Très rapidement, en effet, les impératifs de la répression dont ils sont en

¹ Cet article n'est qu'un condensé, quelque peu remanié, d'une partie du rapport rendu au G.I.P. Mission de recherche « Droit et justice », qui porte sur « la naissance du parquet contemporain et l'émergence d'une politique pénale » et, accessoirement, sur « le parquet et la politique pénale en matière de délinquance juvénile ». Nous y renvoyons donc le lecteur pour de plus amples développements (Christian BRUSCHI, dir., *Parquet et politique pénale depuis le XIX^{ème} siècle*, Paris, P.U.F., Collection de la Mission de recherche « Droit et Justice », 2002, 381 p.). Nous tenons tout particulièrement à remercier M. le Professeur Jean-Marie CARBASSE qui a pris le temps de relire ce travail et de nous soumettre ses observations : qu'il trouve ici l'expression de notre sincère reconnaissance.

² Jacques PEUCHET, *Mémoires tirés des archives de la police de Paris, pour servir à l'histoire de la morale et de la police, depuis Louis XIV jusqu'à nos jours*, Paris, A. Levasseur et Cie, 1838, 6 tomes, T. IV, p. 186.

³ Le Code d'instruction criminelle, voté le 30 octobre 1808 et promulgué le 16 novembre 1808, n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 1811, conformément au décret du 7 décembre 1809 qui prévoyait que le Code pénal rentrerait en vigueur à la même date, après que l'organisation judiciaire ait été fixée par la loi du 20 avril 1810. Le Code de procédure pénale est entré en vigueur le 2 mars 1959 : le code de procédure napoléonien a donc régi la procédure pénale pendant 148 ans.

⁴ Bien évidemment, Napoléon !

⁵ *Rapport fait au Corps législatif, dans la séance du 9 décembre 1808, par M. RIBOUD, en présentant le vœu d'adoption émis par la commission de législation, sur le Titre II du Livre II du Code d'instruction criminelle* (LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, Paris, Treuttel et Würtz, 1827-1832, 31 tomes, T. XXIV, pp. 616-617). Ce rapport portait plus spécifiquement sur ce qui constitua la principale pierre d'achoppement du Code, c'est-à-dire la question du jury criminel. Mais on peut, sans extrapoler, étendre la portée de cette mise en garde à l'ensemble de l'œuvre procédurale napoléonienne. Pour preuve, Napoléon BONAPARTE, conscient que la législation criminelle qui se préparait serait forcément source d'imperfections et de lacunes, avait pris soin de préciser qu'elle devrait faire l'objet d'un perfectionnement graduel dont il avait posé le principe dans un arrêté du 5 ventôse an X (24 février 1802). D'après cet arrêté, chaque année, une députation de douze membres du Tribunal de cassation devait présenter aux consuls réunis en Conseil d'Etat les vices et les insuffisances de la législation criminelle. Le ministre de la Justice devait également rendre compte des observations recueillies auprès de ses subordonnés (LOCRE, *op. cit.*, T. I, pp. 205-206).

charge vont leur révéler les insuffisances du Code d'instruction criminelle. Praticiens rompus à son usage, ils vont alors se lancer dans une œuvre de comblement des brèches en substituant pour cela le droit prétorien aux déficiences de la loi : la nécessité d'une prompte et efficace répression, celle-là même qui va constituer le substrat des initiatives procédurales des parquets, finit alors par acquérir force de loi. Si bien que très tôt au XIX^{ème} siècle, à la procédure pénale officielle dont le Code d'instruction criminelle reste l'expression, se superpose une procédure pénale officieuse, extra-légale, sinon même illégale, dont les parquets se font les principaux artisans. Deux initiatives parquetières permettent de s'en rendre compte qui, chacune, illustrent ce positionnement du ministère public à la marge de la loi : d'une part, l'affirmation de l'opportunité des poursuites qui, par contrecoup, permet aux parquets de développer des solutions de « troisième voie » ; d'autre part, la correctionnalisation judiciaire. Toutefois, quelles que nécessaires que soient ces initiatives, justifiant ainsi que l'on ne chicane pas sur leur manque d'assise légale, il n'en reste pas moins qu'elles se situent hors le cadre de la loi. Et c'est là, chacun peut en convenir sans mal, un comble pour le ministère public dont la mission première est justement de veiller à l'application de cette même loi ! Aussi, faute de pouvoir justifier de la légalité de leurs initiatives, les parquets, suivis en cela par le garde des Sceaux, vont s'efforcer d'en justifier la légitimité. De sorte que la plupart de ces initiatives, du moins celles dont la nécessité est unanimement reconnue, vont faire l'objet d'un processus de légitimation en trois étapes. D'abord, une initiative locale d'un parquetier inspiré, mise en œuvre pour répondre aux difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de son ressort. Puis, lorsque son intérêt paraît acquis, l'élargissement du champ d'application de ce nouveau mode de procéder aux autres parquets par voie de circulaires et instructions ministérielles. Enfin, la consécration ultime qui ramène les parquetiers dans le giron de la loi, celle du législateur qui, le plus souvent, se contente de formaliser les initiatives procédurales des parquets sans rien modifier sur le fond, ou peu s'en faut. La mise en lumière de ce processus de légitimation révèle ainsi un parquet réformateur malgré lui qui, très vite, acquiert pour le législateur le caractère d'utile conseiller alors que rien, ou presque⁶, ne le prédestine à jouer ce rôle d'après le Code d'instruction criminelle.

I. Des initiatives procédurales à la marge de la loi

Parmi les principes fondateurs de la procédure pénale énoncés dans le Code d'instruction criminelle, il en est un qui ne va pas résister longtemps aux coups de boutoir du parquet : c'est le principe de séparation des fonctions pénales entre la poursuite, l'instruction et le jugement. De fait, très tôt, le parquet s'estime engoncé dans l'unique fonction de poursuite que les rédacteurs du Code lui ont chichement attribué. Agissant comme un corset dont on aurait trop serré les lacets, ce cantonnement à la fonction de poursuite ne permet pas à la société qu'il représente de faire entendre pleinement sa voix lorsqu'elle a été outragée par

⁶ En effet, l'organisation hiérarchique du parquet, solide charpente qui soutient tout l'édifice, induit de la part des magistrats du ministère public une correspondance suivie avec leurs autorités hiérarchiques. Au détour d'une lettre, il peut ainsi leur arriver d'émettre quelques vœux sur les progrès à réaliser dans la procédure pénale. Toutefois, cette façon de procéder, comparée aux initiatives expérimentées par les parquetiers de leur propre mouvement dans le cadre de leur ressort, est, quant à ses chances de succès, beaucoup plus aléatoire. De fait, enfermé dans un lien de dépendance hiérarchique, le parquetier qui soumet de la sorte ses idées est assujéti au bon vouloir de celui qui se trouve au-dessus de lui. Qu'un procureur général n'estime pas utile de répercuter auprès du garde des Sceaux le vœu d'un procureur de la République, et l'examen du projet de réforme risque d'être renvoyé aux calendes grecques.

la commission d'une infraction. Aussi, pour sortir de son confinement, le ministère public va initier de nouvelles façons de procéder et ainsi s'arroger des fonctions juridictionnelles, dont il est en principe exclu, au moyen de l'opportunité des poursuites, mais également de la correctionnalisation judiciaire.

A. L'affirmation du principe d'opportunité des poursuites.

Le principe d'opportunité des poursuites, totalement absent dans l'esprit comme dans la lettre du Code d'instruction criminelle, est certainement le premier outrage des parquetiers à ce code. En effet, dès le 8 mars 1817, le garde des Sceaux admet en filigrane la pratique des classements sans suite. En réalité, ce faisant, la Chancellerie ne fait qu'avaliser ce qui se pratique déjà dans la plupart des parquets. De fait, déjà à cette époque, et malgré les dispositions prohibitives du Code d'instruction criminelle à cet égard, les parquets ont recours aux enquêtes officieuses⁷. Or, ces enquêtes n'ont de raison d'être que dans la mesure où elles leur fournissent suffisamment de renseignements pour les éclairer sur la cause afin qu'ils sachent s'il doivent mettre en branle la machine judiciaire en engageant des poursuites ou plutôt classer sans suite⁸. La pratique parquettière avait donc devancé celle recommandée timidement par la Chancellerie. Du moins l'avait-elle fait sous le poids de la contrainte car le gonflement des flux pénaux, très vite devenu préoccupant, rendait nécessaire la mise en œuvre d'un instrument permettant de distinguer ce qui devait ou non être réglé dans le cadre du prétoire. Outil de tri sélectif permettant au parquet de se dégager d'un rôle mécanique d'approvisionnement des juridictions pénales, l'affirmation du principe d'opportunité des poursuites va également, et surtout, constituer un terreau propice au développement d'autres initiatives procédurales des parquets. En effet, malgré le classement sans suite, la marge de manœuvre des magistrats du ministère public est encore très limitée. Classer purement et simplement peut être interprété comme une forme d'impunité, de déni de justice. Inversement, poursuivre malgré des circonstances qui appellent de la part du magistrat une certaine clémence, peut être perçu comme une espèce d'acharnement aveugle. Le risque est donc grand de tomber de Charybde en Scylla. Pour sortir de ce dilemme, les membres du ministère public vont donc prendre l'initiative d'une troisième voie, intermédiaire entre la poursuite et

⁷ C'est ce que confirme la lecture des instructions du procureur du Roi près le tribunal de première instance de la Seine, Jacquinet-Pampelune. En 1817, excipant de « l'usage introduit par la nécessité », il réclame de ses auxiliaires de la police judiciaire qu'ils enquêtent et dressent des procès-verbaux même lorsqu'il ne s'agit que de simple délits flagrants, alors que le Code d'instruction criminelle ne les autorise à le faire qu'en cas de crimes flagrants (Art. 32 et 41) ou de réquisition du chef de maison (Art. 46) (Claude-Joseph JACQUINET-PAMPELUNE, *Instructions du procureur du Roi près le tribunal de première instance de la Seine à MM. les juges de paix, officiers de gendarmerie, maires, adjoints, commissaires de police*, Paris, B. Warée, 1831, IV-230 p.)

⁸ C'est donc une nouvelle fois au prétexte de la nécessité qu'ont été couvertes les libertés que se sont autorisés les parquetiers en recourant au système des enquêtes officieuses. Toutefois, la doctrine n'adhère pas en masse à cette façon de faire. Ainsi, Faustin HELIE est particulièrement critique et déclame : « Comment admettre que les officiers auxiliaires puissent se transporter sur les lieux, interroger les prévenus et les témoins, dresser des procès-verbaux, saisir les instruments ou le corps du délit, et que tous ces actes d'instruction, qui ne peuvent être faits qu'en vertu d'un pouvoir légalement délégué, soient justifiés par ce seul mot qu'ils serviront de simples renseignements ? Est-il possible de se jouer avec plus de légèreté des prescriptions de la loi et des garanties stipulées en faveur des citoyens ? Est-ce que les actes d'instruction en subsisteront moins, est-ce que l'inculpation en sera moins publique, est-ce que l'officier de police aura moins envahi les fonctions du juge, parce que ces actes auront été faits à titre de renseignements ? Mais que sont donc tous les actes de la police judiciaire, sinon de simples renseignements ? » (*Traité de l'instruction criminelle*, 2nde éd., Paris, Plon, 1866-1867, 8 tomes, T. III, p. 69).

le « classement sec ». Cette alternative trouve sa première expression dans le « pouvoir d'admonestation préventive » des membres du ministère public. Il s'agit d'un avertissement tout à fait officieux dispensé par le parquetier, ordinairement dans le cadre d'un mandement au parquet. Sermonné, le prévenu se voit clairement signifier qu'il jouit pour l'heure d'un répit mais à condition de bien se conduire à l'avenir. Faute pour lui de respecter ses engagements de ne pas renouveler ses écarts de conduite, la magnanimité dont il aura joui dans un premier temps cédera devant une juste sévérité, le magistrat du parquet affichant alors d'autant moins de scrupules à poursuivre qu'il aura le sentiment d'avoir pleinement accompli son devoir en prévenant avant de punir. L'admonestation préventive intervient généralement dans deux circonstances, ainsi que le révèle sa pratique au XIX^{ème} siècle : d'une part, lorsque l'acte répréhensible ne peut être qualifié d'infraction par la loi, mais qu'il indique une propension de celui qui l'a commis à bientôt céder aux sirènes de la délinquance ; d'autre part, lorsque l'acte peut être qualifié pénalement mais que les circonstances de l'infraction, la personnalité du délinquant (notamment lorsqu'il s'agit d'un mineur⁹), ou bien encore les déficiences du système pénitentiaire auquel il est promis, appellent de la part du parquetier une certaine indulgence¹⁰. Il n'est pas besoin d'insister sur le fait que, comme d'ailleurs lorsqu'il classe, le procureur qui recourt à l'admonestation préventive s'immisce dans les fonctions de juge et foule aux pieds le principe de séparation des fonctions pénales que le Code d'instruction criminelle avait pourtant affirmé. Le caractère exorbitant de cette façon de procéder est encore plus flagrant dans la première hypothèse, lorsque l'acte n'est pas qualifiable pénalement : appliqué de la sorte, l'admonestation préventive nie toute valeur au principe de légalité des délits et des peines. Pourtant, cette mission préventive des parquets a le vent en poupe et deviendra rapidement une pratique courante du ministère public. Arnould Bonneville de Marsangy, illustre parquetier du XIX^{ème} siècle¹¹, s'en fait ainsi le chantre, affirmant qu'il s'agit là d'une pratique « toute paternelle » et que « faite avec mesure et discernement, [elle] est au nombre des plus rigoureux devoirs du ministère public ». Et pour ceux de ses collègues qui n'y verraient aucun des attraits de la fonction, il prend soin d'ajouter : « Ah ! sans doute, ce n'est là qu'une tâche modeste, qui s'accomplit en silence, dans le secret du cabinet, sans éclat ni retentissement ; qui même est d'autant plus salutaire qu'elle est moins aperçue ; tâche aride, assujettissante, que l'amour seul du bien peut inspirer, mais qui est pleine d'ineffables et douces satisfactions ; car le vrai magistrat compte avec plus de fierté un seul crime prévenu, que cent crimes réprimés et punis ! »¹². Certes, les intentions,

⁹ Appliquée au mineur, l'admonestation préventive a plus encore que pour les majeurs le caractère d'un « rappel à la loi », pour emprunter à ce qui se pratique actuellement. Le souci de réguler les flux pénaux, de réduire les frais de justice criminelle et autres motifs qui viennent concurremment s'ajouter à celui de prévenir dès lors qu'il s'agit d'un majeur perdent de leur importance quand l'admonestation est appliquée à un mineur. Dans ce dernier cas, c'est avant toute chose la vertu pédagogique de l'avertissement du parquetier qui en justifie l'usage, les autres motifs n'intervenant que subsidiairement : il s'agit essentiellement de ramener sur les voies de la résipiscence de jeunes consciences égarées, d'obtenir leur contrition.

¹⁰ Dans cette seconde hypothèse, les raisons qui motivent le parquetier à recourir au classement sous condition d'admonestation ne peuvent être présentées de façon exhaustive. Elles dépendent éminemment de la conception que s'en fait chaque parquetier mais également des exigences auxquelles il peut être confronté dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, faudrait-il traiter ici de la pratique du « Condé » qui consiste pour la police, mais aussi pour le ministère public, à fermer les yeux sur une infraction en échange de services rendus par celui qui l'a commis ou va la commettre. Odieux maquignonnage qui avilit considérablement la justice, elle n'en reste pas moins une pratique courante que les policiers comme les magistrats sont toujours aise de couvrir du sceau de la nécessité (Voir l'exemple donné dans le rapport rendu au G.I.P. : Christian BRUSCHI, dir., *op. cit.*, pp. 98-99).

¹¹ André NORMANDEAU, « Arnould BONNEVILLE de MARSANGY (1802-1894), Un précurseur de la criminologie moderne », *R.S.C.*, 1967/I, p. 385 ; Sylvaine CAYET, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), un précurseur de la science criminelle moderne*, Th. droit, Lille II, 1999, 817 p.

prévenir et sermonner plutôt que punir comme éviter le déni de justice, sont louables. Rien d'étonnant dès lors à ce qu'elle débouche sur un consensus, une grande quiétude d'esprit qui, comme pour le classement sans suite, fait de l'admonestation une règle coutumière dont le caractère obligatoire n'est plus remis en doute, pas même par la Chancellerie. Mais toutes louables et consensuelles que puissent être ces intentions, cela ne suffit pas non plus à effacer le fait que les initiatives sur lesquelles elles débouchent puisent leurs origines hors le cadre de la loi. N'importe ! Dans la culture parquetière de l'époque, la légitimité supplée la légalité. Le fait que la pratique, fille de la nécessité, soit en situation d'indépendance et domine même la loi n'a alors rien d'aberrant. Du moins s'en convainc-t-on. C'est également ce que révèle une autre initiative procédurale des parquets : la correctionnalisation judiciaire.

B. La correctionnalisation judiciaire.

Avec la correctionnalisation judiciaire, le consensus régnant sur les entorses faites à la loi par les parquets est encore plus criant car, cette fois-ci, il associe pleinement les magistrats du siège à ceux du parquet. La correctionnalisation judiciaire consiste à faire passer des actes qualifiés crimes par la loi dans la classe juridique inférieure des délits en faisant mine d'y apporter les modifications atténuantes nécessaires ou en omettant de rapporter les éléments qui constituent le crime. Ortolan, grand criminaliste du XIX^{ème} siècle, affirmait sur le ton de la boutade que le « mot [de correctionnalisation] n'est pas plus français que le procédé n'est légal » et déclamait contre cette manie qu'avaient prise les magistrats de « corriger la loi par la fraude à la loi » car, constatait-il avec justesse, « on se plaint en France du peu de respect que les esprits, dans nos mœurs communes, témoignent pour l'observation de la loi : que sera-ce si c'est la magistrature qui donne l'exemple ! »¹³. Assurément, le procédé n'est pas légal. Pour preuve, aux termes de l'article 193 du Code d'instruction criminelle, le tribunal correctionnel ainsi saisi d'un crime travesti en délit doit d'office soulever le déclinaoire de compétence dans la mesure où les règles de compétence sont d'ordre public. Mais, ce qui serait alors perçu comme un excès de zèle ou un légalisme acharné est plutôt rare chez les magistrats du siège. Le corporatisme joue à plein et le silence sur les libertés prises avec les dispositions du Code est en général religieusement gardé. Ainsi, de l'aveu même de Lucien Remplon, parquétier, ancien directeur des études à l'E.N.M. et auteur d'une *Pratique du ministère publique* publiée en 1981 : « La correctionnalisation ne peut réussir que dans la mesure où tout le monde respecte la conspiration du silence et entérine la pratique sur laquelle elle repose. Nous voulons dire par là que, si une partie au procès rompt ce silence et soulève l'exception d'incompétence, c'en est fini, et le tribunal devra respecter la loi et admettre l'exception »¹⁴. Connivence entre le siège et le parquet, la correctionnalisation judiciaire révèle également le silence que la Chancellerie sait cultiver à propos lorsque les magistrats modèlent la loi. Un hiatus survenu en 1871 permet de s'en rendre compte. A cette époque, la

¹² Arnould BONNEVILLE de MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle, en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, Paris, Cosse et Marchal, 1864, 2 tomes, T. II, pp. 187-189.

¹³ Et l'auteur d'ajouter, exaspéré : « On s'imagine faire un bien pratique pour l'expédition des affaires, on appelle *théoriciens* ceux qui s'élèvent contre ce procédé, et l'on ne voit pas le mal qui se fait par l'habitude de laisser la loi de côté quand elle nous gêne, et par la direction des esprits qui se blasent et deviennent indifférents sur cette habitude » (Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, 4^{ème} éd., Paris, Marescq aîné, 1875, 2 tomes, T. II, n°2066).

¹⁴ Lucien REMPLON, *Pratique du ministère public : rôle et attributions du magistrat du parquet*, Paris, éd. administratives centrales, 1981, 2 volumes, vol. I, Titre 1, Chap. 2 : « La décision sur la poursuite », section 4 : « La correctionnalisation, ses limites, ses dangers ».

Chancellerie, malgré quelques réticences de départ, s'était fait une raison de cette pratique. Jouant pleinement son rôle de relais des initiatives parquetières, elle l'avait même recommandée aux parquetiers en leur demandant toutefois de faire preuve d'une « grande réserve »¹⁵. Pourtant, le 12 janvier 1871, c'est la rupture. Une circulaire émanée de la Chancellerie, signée Leven et envoyée de Bordeaux, la condamne subitement et sans ambages : « Il s'est introduit depuis plusieurs années, dans l'administration de la justice criminelle, une pratique contraire à la loi. La justice correctionnelle a été saisie de la connaissance de faits qui, envisagés dans leur ensemble, constituaient des crimes et devaient conduire leurs auteurs devant le jury. Il est inutile de rechercher si cette pratique n'était pas moins inspirée par une véritable indulgence pour les délinquants que par une défiance injuste du jury. Il suffit qu'elle soit contraire à la loi pour être condamnée ; elle doit absolument disparaître [...] Il n'appartient, en aucuns cas, aux magistrats chargés de la poursuite de changer, au gré de leurs appréciations personnelles, les qualifications réglées par la loi. Leur devoir est de manifester partout un respect absolu pour sa volonté »¹⁶. Face à cette palinodie, les parquetiers sont interloqués : voici qu'une pratique vieille d'un demi siècle¹⁷, dont les bons et loyaux services ont pu être appréciés à mesure qu'elle était appliquée, se trouve rayée d'un trait de plume. Cet étonnement, ils ne manquent d'ailleurs pas de le faire connaître au garde des Sceaux dans les rapports qu'ils lui adressent en réponse. Ainsi, le rapport du procureur de Bourg est à cet égard révélateur : « La correctionnalisation assure une répression prompte, efficace, proportionnée aux délits et incomparablement moins dispendieuse. Elle a donc ses avantages, on ne peut le nier, mais elle doit être infiniment modérée. Je sais que les parquets ont parfois des tendances à l'exagérer ; mais le parquet de la Cour peut toujours la ramener à ses véritables limites en se faisant communiquer les procédures qui ont donné lieu à des peines d'une certaine sévérité, et en donnant ensuite les instructions qu'a suggérées l'examen de cette communication. Quoi qu'il en soit, il serait actuellement téméraire, avec notre législation, de saisir la Cour d'assises de vols domestiques de cinq francs par exemple, je veux dire de faits qui ne sont, en moyenne, punis que par six mois d'emprisonnement : ce serait créer souvent et judiciairement l'impunité [...] En résumé, j'estime qu'on peut, sans inconvénients, déférer aux Cours d'assises quelques-unes des affaires qui étaient correctionnalisées, et qui entraînaient une peine supérieure à un an ou deux ans d'emprisonnement ; mais qu'il est impossible d'appliquer complètement la circulaire ministérielle, sans provoquer préalablement des modifications législatives »¹⁸. Face à la résistance opposée par ses subordonnés, relayés en cela par les présidents d'assises qui s'inquiètent des difficultés que risque d'engendrer l'application de la circulaire pour l'organisation des sessions d'assises, le ministre de la Justice se voit finalement contraint de lâcher du lest. Dans une nouvelle circulaire en date du 5 avril 1871, mais cette fois-ci adressée de Versailles, il explique, assez étrangement il faut bien l'admettre, que la précédente circulaire était l'œuvre d'un membre de son cabinet *a priori* piqué de légalisme, et qui

¹⁵ « Depuis quelques années, les juges d'instruction, *d'accord avec le ministère public*, apportent beaucoup plus de sévérité dans l'admission des circonstances aggravantes relevées dans le procès-verbaux ; convaincus que ces circonstances ne seraient pas admises par le jury, ils les écartent et renvoient le prévenu en police correctionnelle. Sans désapprouver ce mode de procéder, inspiré par une sage prévoyance, et qui concilie les intérêts du prévenu et ceux de la société, je ne cesse de recommander aux magistrats d'en user avec une grande réserve » (*Statistiques criminelles de 1859, Rapport du garde des Sceaux*, p. 7).

¹⁶ Archives départementales du Rhône, 3 Up 64 .

¹⁷ Sur les origines de la correctionnalisation judiciaire : Henri VERDUN, *Des pratiques judiciaires de la correctionnalisation judiciaire*, Thèse droit, Aix-en-Provence, Imp. Rouband, 1922, p. 30 et s. ; J.-C. LAURENT, « La correctionnalisation (les problèmes de fond) », *J.C.P.*, 1950, I, 852.

¹⁸ Archives départementales du Rhône, 3 Up 64 .

n'aurait même pas pris la peine de soumettre son travail à la signature du ministre¹⁹. Et de conclure : « Beaucoup trop absolue dans ses termes, [elle] ne contient pas *l'exposé des vrais principes sur la matière* [...] En matière criminelle ordinaire, le parquet ne doit relever que les circonstances aggravantes bien démontrées. Les tribunaux correctionnels ne manqueront pas d'accueillir les déclinatoires qui seraient présentés dans l'intérêt des prévenus d'après les révélations du débat oral. Il n'est donc pas nécessaire d'adopter d'avance des systèmes absolus relativement au partage d'attributions des diverses juridictions. En conséquence, si la circulaire précitée du 12 janvier 1871 vous est parvenue, je vous invite à la considérer comme non-avenue et sans autorité pratique »²⁰. S'il fallait une preuve que les parquetiers ne sont pas toujours les obligés du garde des Sceaux, cet épisode en est une. Ils étaient attachés à la correctionnalisation, ils l'ont défendu, ils ont vaincu. Et le temps n'y a d'ailleurs rien changé puisque depuis lors la pratique prospère, démontrant ainsi la force des initiatives procédurales parquetières qui, bien que situées à la marge de la loi, sont généralement acceptées de tous, c'est-à-dire d'abord du garde des sceaux, mais également du législateur.

II. Légitimation et consécration législative des initiatives parquetières.

Au XIX^{ème} siècle, si les magistrats du ministère public prennent des libertés avec les termes du Code d'instruction criminelle, ça n'est pas par vilenie ou par plaisir, loin s'en faut. C'est plutôt par dépit dans la mesure où ce Code ne leur en laisse guère le choix : appliqué dans toute sa rigidité, il devait fatalement conduire à un naufrage juridique. Les parquetiers sont donc des réformateurs, mais ils le sont malgré eux. Toutefois, le législateur, sur le pré carré duquel ils empiètent indéniablement, leur saura le plus souvent gré de leurs initiatives, voyant en eux de véritables Nestor qui lui facilitent la tâche.

A'. Des parquetiers réformateurs malgré eux.

Le rôle des magistrats du ministère public, ainsi qu'il l'a déjà été dit, n'est pas de s'ériger en législateur mais plutôt de veiller à l'application de la loi dès lors qu'une atteinte y est portée. Or, appliquer une loi qui dans la pratique se révèle inadaptée aux réalités tant sociales que judiciaires peut conduire à des effets pervers et, en définitive, être source d'illégalismes et d'injustices. A cet égard, les parquetiers ont donc parfaitement médité cet aphorisme cité par Cicéron : *summum jus, summa injuria* (« Comble de droit, Comble d'injustice »)²¹. L'inadaptation du Code d'instruction criminelle, et plus largement des codes criminels, aux réalités sociales, à l'état des mœurs publiques, c'est ce à quoi tente justement de pallier la correctionnalisation judiciaire initiée par les parquets. Le XIX^{ème} siècle est en effet marqué par ce que l'on nomme alors des « acquittements scandaleux »²² prononcés par les jurys d'assises. « Vrais et regrettables dénis de justice » pour l'avocat général près la Cour

¹⁹ Les difficultés que rencontre le pouvoir politique après la défaite de Sedan, et qui vont notamment contraindre le gouvernement à se réfugier pendant un temps à Bordeaux, sont également une raison qui peut expliquer ces brusques changements de position au sujet de la correctionnalisation judiciaire.

²⁰ GILLET, *Analyse des circulaires, instructions et décisions diverses émanées du ministère de la Justice*, 3^{ème} éd., par DEMOLY, Paris, 1876, 2 tomes, T. II, n°4314.

²¹ *De officiis*, I, 10, 33.

²² Voir en note 26, la circulaire du garde des Sceaux du 23 août 1851.

d'appel de Douai, ainsi qu'ils les déplorent en 1875²³, ils sont surtout révélateurs du retard pris par le Code pénal sur l'évolution des sensibilités répressives des Français. En effet, dans bien des cas, et malgré l'élargissement progressif du champ d'application des circonstances atténuantes opéré notamment par la loi du 28 avril 1832, ces bons jurés préfèrent encore acquitter un accusé que de le déclarer coupable et se trouver ainsi responsables du prononcé d'une peine dont ils savent instinctivement que l'opinion la trouvera exorbitante²⁴. « Faute de grives, on mange des merles » dit le proverbe populaire. Plutôt que de voir se développer une impunité créée par une loi inadaptée au sentiment commun, les parquetiers préfèrent donc se rabattre sur les tribunaux correctionnels dont les sentences paraissent être plus facilement pondérables.

Inadapté aux réalités sociales, le Code d'instruction criminelle l'est également aux réalités judiciaires. Cette inadaptation ressort de tous les dysfonctionnements de l'administration de la justice criminelle qu'une application bornée de ce Code n'aurait pas manqué d'engendrer. Ainsi, appliquer le principe de légalité des poursuites dont le Code d'instruction criminelle est inspiré aurait très vite conduit à une saturation des juridictions pénales, puisque le parquet aurait été contraint de soumettre à l'instruction ou au jugement toute affaire dès lors que celle-ci pouvait être qualifiée d'infraction par la loi. Qui plus est, le parquet, réduit à un rôle de pourvoyeur, le tri à opérer selon l'opportunité à engager des poursuites aurait été fait en amont, par les services enquêteurs de la police et de la gendarmerie. Il en serait infailliblement résulté un renforcement de l'arbitraire policier. Par ailleurs, en développant le système des enquêtes officieuses, le parquet répond au souci récurrent, et en l'occurrence intemporel, d'abrèger le délai des procédures et subsidiairement le champ d'application de la détention préventive (c'est également le cas de la correctionnalisation). Grâce à ces enquêtes, il se dispense de recourir à une information pénale confiée à un magistrat instructeur, seul moyen dont il dispose d'après le Code pour éclairer la cause. L'enquête officieuse, en court-circuitant le juge d'instruction, abrège donc les délais de procédure. Elle le fait avec d'autant plus de force à la fin du XIX^{ème} siècle que la loi Constans du 8 décembre 1897, en renforçant les formalités à remplir au cours de l'instruction, ajoute à la pesanteur d'une procédure déjà longue en général à porter ses fruits. Et si l'enquête officieuse diligentée par le parquet débouche sur un classement sans suite, alors celui-ci jouera avantageusement le rôle d'un non-lieu rapide et économique. Car, à supposer que la Thémis soit parfois généreuse, ainsi que l'illustre d'ailleurs l'admonestation préventive des parquets, elle est plutôt peu prodigue dès qu'il s'agit des frais de justice criminelle. Rendre la répression la moins dispendieuse possible est également une préoccupation qui taraude les parquetiers, en cela constamment rappelés à l'ordre par la Chancellerie. Ainsi, dans une circulaire du 1^{er} juin 1855, le garde des Sceaux dénonce en ce domaine des « abus fort considérables »²⁵. A ce titre, la correctionnalisation judiciaire²⁶, le développement des

²³ Jean-Claude FARCY, *Magistrats en majesté, les discours de rentrée aux audiences solennelles des Cours d'appel (XIX-XX^{èmes} siècles)*, Paris, C.N.R.S. éd., 1998, p. 353.

²⁴ L'instinct paraît être pour les professionnels du droit ce qui caractérise le mieux ces « juges d'une affaire ». Le constituant Duport ne s'était pas trompé lorsque, débordant d'ironie, il affirmait que : « Les jurés sont une institution primitive qui sent encore les bois dont elle est sortie, et qui respire fortement la nature et l'instinct » (Adhémar ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Larose et Forcel, 1882, p. 419). C'est d'ailleurs cette crainte instinctive des jurés d'être à leur tour jugés par l'opinion qui offrira à certains avocats la trame de mémorables plaidoiries, comme celle de Robert Badinter, lors du procès Patrick Henry en 1977 (Robert BADINTER, *L'abolition*, Paris, Fayard, 2000, p. 99).

²⁵ GILLET, *op. cit.*, T.II, n°3748.

²⁶ Les circulaires ministérielles du 16 août 1842 (*Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la Justice*, Paris, 1879-1883, 3 tomes, T.II, p. 22) et du 23 août 1851 (GILLET, *op. cit.*, T.II, n°3508) l'expriment

enquêtes officieuses, le classement sans suite, mais également l'admonestation préventive organisée à moindre frais dans le cabinet du procureur ou bien tout simplement dans les locaux de police, sont autant d'expédients qui réduisent les dépenses criminelles. Ils ne pouvaient donc que recevoir l'aval du garde des Sceaux, trop heureux d'user de la sorte avec parcimonie de crédits qu'il a parfois arraché de haute lutte au Parlement et souvent sans qu'ils ne suffisent dans l'idéal à couvrir les frais du département de la justice.

B'. Le parquet, véritable Nestor pour le législateur.

Nestor, personnage tiré de la geste homérique, roi de Pylos et héros de la guerre de Troie, incarne le type du sage conseiller. C'est un peu ce rôle que joue le parquet pour le législateur²⁷, et ce dernier en convient parfaitement d'ailleurs. En effet, grâce aux initiatives procédurales parquetières, le législateur n'a généralement plus qu'à formaliser non pas un modèle théorique dont la mise en application risque de révéler d'éventuels défauts, comme ce fût d'ailleurs le cas pour le Code d'instruction criminelle de 1808, mais un modèle pratique, expérimenté sur le terrain, et donc, en quelque sorte, prêt à l'emploi. Et si le législateur tire avantage de cette façon de faire, les parquets ne sont pas en reste puisque, serties dans la légalité, leurs initiatives ne peuvent plus dès lors être remises en cause à quelque titre que ce soit. Tant et si bien que le cycle habituel hérité du légalisme révolutionnaire, et que l'on a pour habitude de considérer comme le cheminement normal des réformes de la procédure pénale, c'est-à-dire le cycle « Loi-Décret-Circulaire ministérielle-Pratique », se trouve inversé. Les initiatives procédurales des parquets agissent comme un miroir qui lui substitue le cycle « Pratique-Circulaire ministérielle-Décret-Loi »²⁸. En somme, là où le législateur devrait être la source de la réforme, il n'est plus que son réceptionnaire. Et inversement, alors que le parquet devrait en théorie être à la fois l'obligé du garde des Sceaux mais aussi celui des volontés législatives, il se révèle plutôt être leur inspirateur, marquant ainsi son autonomie. C'est ce qu'illustrent de nombreuses grandes lois de réformes de la procédure pénale qui avaient été largement devancées par la pratique parquetière. Ainsi la loi du 20 mai 1863, relative à l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels. Elle confie au parquet une citation directe armée d'un mandat de dépôt et le dégage ainsi du « tout ou rien procédural »²⁹ auquel l'avait confiné le Code d'instruction criminelle dans la manière d'engager la procédure devant les tribunaux. Car ce tout ou rien, c'est-à-dire cette alternative entre la citation directe et la mise à l'instruction, avait été pour lui une source de tracasseries quotidiennes : user de la citation directe, c'était courir le risque de perdre la trace du prévenu dans la mesure où le parquétier ne pouvait s'assurer de sa personne en délivrant à son encontre un mandat de dépôt, acte juridictionnel et donc réservé aux seuls juges ; choisir

très clairement, notamment la dernière : « Il faut éviter, dans l'intérêt de la justice *comme dans celui du trésor*, que les jurés aient à se prononcer sur des affaires dans lesquelles l'accusation ne s'appuie pas sur des preuves positives et où les circonstances aggravantes ne sont pas suffisamment établies... Elles n'ont, en effet, aucune chance de succès devant le jury, et n'ont souvent d'autres résultats qu'un acquittement scandaleux ».

²⁷ C'est ce qu'admet le ministre de la Justice dans sa circulaire du 14 octobre 1865 (Archives départementales du Rhône, 3 Up 64) : « Déjà, par de sages pratiques et par leur seule initiative dans l'application des lois anciennes, ils [les chefs de parquet] ont souvent apporté à nos Codes criminels des améliorations si importantes... ».

²⁸ Christine LAZERGES l'a noté pour la délinquance des mineurs (« Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *R.S.C.*, 1997/1, pp. 186-198, p. 187). Mais cette remarque peut être élargie à toute forme de délinquance, particulièrement pour le XIX^{ème} siècle.

²⁹ Michelle PERROT, Philippe ROBERT, *Commentaire du compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et rapport relatif aux années 1826 à 1880*, Genève/Paris, Slatkine reprints, 1989, p. 17.

l'ouverture d'une instruction officielle, c'était certes s'assurer du prévenu, à condition toutefois que le magistrat instructeur veuille bien délivrer un mandat de dépôt conformément aux réquisitions du parquet, mais aussi, revers de la médaille, surcharger les cabinets d'instruction avec le menu fretin en même temps que les prisons de présumés innocents. Décidément confrontés à une série de dilemmes résultant de l'application du Code d'instruction criminelle, les parquetiers vont prendre une nouvelle fois les devants et innover. Ainsi, de façon purement prétorienne, ils vont pratiquer la loi de 1863 bien avant qu'elle ne soit discutée, et ce dans le cadre des petits-parquets³⁰, en procédant seuls, comme c'était le cas à Lyon, aux interrogatoires des prévenus arrêtés et en les plaçant également de leur propre mouvement en détention préventive dans l'attente de l'audience correctionnelle fixée à un délai le plus court possible³¹. En 1863, le législateur n'a donc fait que mettre la loi au diapason des pratiques parquetières. La même remarque pourrait être faite avec la fameuse loi Constans du 8 décembre 1897 qui fait entrer l'avocat dans le cabinet d'instruction : ses principales dispositions avaient déjà fait l'objet des soins du parquet avant qu'elle n'entre en vigueur, ainsi qu'en attestent les instructions du procureur général de la Seine, Bouchez, en date du 9 juillet 1884, instructions renouvelées dans une circulaire du procureur de la République du même ressort, Attalhin, en février 1897³². Mais peuvent également figurer à ce titre les lois de correctionnalisation, comme celle du 13 mai 1863, pour ne citer que celle-ci, ou encore des lois du 12 avril 1906 et du 22 juillet 1912, relatives à la délinquance des mineurs, et la liste de s'allonger à l'envi tant les grandes réformes de la procédure pénale sont souvent marquées au coin d'une influence parquetière.

D'ailleurs, ce rôle de conseiller occulte du législateur n'est pas pour déplaire aux parquetiers. Ainsi, Arnould Bonneville de Marsangy, auquel nous faisons référence à propos de la mission préventive des parquets, ne se lasse pas de rappeler l'éminence du rôle de conseiller des parquetiers. Inépuisable penseur et réformateur de la science criminelle s'il en est, qui ajouta à sa qualité parquetière de Nestor celle de Cassandre tant ses mises en garde sur les défaillances du système répressif furent pertinentes sans pour autant être toujours appréciées à leur juste valeur³³, ce magistrat l'affirme avec grandiloquence, masquant mal au demeurant un plaidoyer *pro domo* : « Les nouveautés qu'un jurisconsulte jette en circulation,

³⁰ Paris s'en dote en 1825 et Lyon en 1833, pour ne citer que les deux grandes villes de cette époque (René LEVY, « Un aspect de la mutation de l'économie répressive au XIX^{ème} siècle : la loi de 1863 sur le flagrant délit », *Revue historique*, 1986, CCLXXIV/1, pp. 43-77)

³¹ D'ailleurs, le fait que le texte de cette loi soit très court (seulement sept articles dans un style laconique) révèle bien qu'il n'y avait pas besoin de palabrer puisque la pratique avait déjà défriché le terrain.

³² « Informations diverses », *Revue pénitentiaire*, 1897, p. 754.

³³ Son *Amélioration de la loi criminelle*, parue en 1855 dans sa première version, modifiée et considérablement complétée en 1864, contient en germe les grandes orientations de la politique pénale contemporaine. Ainsi en est-il de la volonté d'apporter une réponse au moindre acte afin d'éviter que l'infacteur ne s'enracine dans la délinquance car : « L'impunité redouble infailliblement l'audace de l'agresseur » (T.II, p. 209). De même, et c'est certainement le plus surprenant, se trouve formulé le souci d'associer les partenaires locaux du parquet à sa démarche préventive : « Les maires de nos 44 000 communes seraient heureux de voir l'autorité supérieure et si redoutée du parquet venir en aide à leurs efforts pour le maintien de l'ordre [...] Le ministère public, placé plus haut que ses auxiliaires, et moins près des justiciables, sentinelle vigilante et armée de la Justice, ayant en main le droit redoutable de l'action publique, est merveilleusement apte à appuyer la sollicitude préventive des autorités locales, trop souvent enchaînée par des considérations respectables ou légitimes ; au défaut ou sur la provocation confidentielle de ces autorités, lui seul peut hardiment quiconque s'écarter de la voie du bien » (T.II, pp. 192-196). Dans le même ordre d'esprit, BONNEVILLE plaide pour l'attribution d'une part des amendes aux communes du lieu du délit, qu'il décrit comme « un excellent moyen d'activer, d'entretenir la coopération civique ; [car] en intéressant tous les habitants d'une commune à la répression des méfaits commis sur son territoire, elle tend à fortifier l'action de l'autorité judiciaire » (T.I, p. 107). Le souci d'assurer un ancrage territorial de la Justice, avec les contrats locaux de sécurité notamment, n'a donc rien d'innovant.

sont comme des lettres de change, qu'il tire à vue sur les législateurs présents et futurs »³⁴. C'est également cette prise de conscience par les parquetiers de leur rôle d'éminence grise du législateur que révèle l'évolution du contenu des discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel. De fait, dans le dernier quart du XIX^{ème} siècle, le prétoire tend de plus en plus à se transformer en une seconde tribune parlementaire, où chaque avocat général, un tant soit peu inspiré, s'enorgueillit de répondre aux difficultés rencontrées par la justice pénale³⁵. Toutefois, quelque judicieuses que puissent être les améliorations de la procédure pénale soufflées par le ministère public aux membres de l'Hémicycle, il n'en reste pas moins que parfois la consécration législative des initiatives parquetières est longue à venir. En attestent l'opportunité des poursuites ou les enquêtes officieuses, rebaptisées pour l'occasion enquêtes préliminaires, qui n'ont officiellement droit de cité dans la procédure pénale que depuis le Code de procédure pénale de 1958 (respectivement aux articles 40 et 75 de ce code). Quant aux solutions de troisième voie, aussi diverses soient-elles, il aura fallu attendre ces dernières années, notamment les années 90, pour les voir se développer considérablement et quitter progressivement leur terrain de prédilection, celui de la délinquance des mineurs, pour s'immiscer progressivement dans la délinquance des majeurs. La loi du 4 janvier 1993, relative à la médiation pénale, ou bien celle du 23 juin 1999 qui précise le rôle des délégués du procureur, notamment pour les rappels à la loi auxquels il est procédé dans les maisons de justice et du droit, en sont deux brillantes illustrations. Mais, il est important de le souligner, ce retard que peut accuser le législateur à consacrer les initiatives procédurales des parquets ne doit pas forcément être interprété comme une réticence de sa part à en reconnaître la nécessité. Bien souvent, il est rattrapé par le système parlementaire qui impose d'avoir une majorité à la Chambre pour faire passer ses réformes³⁶. Or, dans la vie politique houleuse du XIX^{ème} siècle, réunir une majorité peut prendre des allures de gageure. Le législateur peu pugnace, qui ne veut pas s'épuiser inutilement, préférera donc se satisfaire de l'acceptation tacite par le garde des Sceaux des initiatives parquetières, cette forme d'acceptation leur donnant suffisamment de force pour qu'elles puissent attendre que le ciel s'éclaircisse au-dessus du Palais-Bourbon.

Somme toute, en 1808, le Code d'instruction criminelle est comme un enfant malade dont la faible constitution à la naissance aurait nécessité des soins constants et des remèdes nouveaux. A son chevet depuis qu'il a vu le jour, le parquet est certainement le meilleur médecin dont il a pu jouir, même si parfois il se comporte comme le célèbre Diafoirus de Molière tant ses initiatives procédurales virent aux remèdes d'apothicaires par les libertés qu'il s'autorise. Sachons toutefois gré au parquet de n'avoir pas donné dans le remède qui se révèle pire que le mal. Son esprit pratique d'impulsion et de réforme, s'il n'a pas toujours constitué la panacée, n'en a pas moins contribué à faire du Code d'instruction criminelle ce que ses géniteurs voulaient qu'il soit pour le siècle qui s'annonçait, c'est-à-dire, avant toute chose, un instrument de répression efficace et, subsidiairement, un outil de prévention bien

³⁴ Arnould BONNEVILLE de MARSANGY, *op. cit.*, T. I, p. XXI.

³⁵ Jean-Claude FARCY, *op. cit.*, p. 345 : « Dans le dernier quart du XIX^{ème} siècle [...] on sent que les orateurs du parquet sont à l'affût de toute nouvelle réforme, de tout nouveau projet de loi pour donner leur avis. A cette époque, l'audience de rentrée sert un peu de « seconde tribune parlementaire » où les magistrats débattent en parallèle de ce qui est à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale. On le vérifie à l'examen de toutes les questions en débats : organisation des tribunaux, droit et procédure, au civil comme au pénal » (voir également, pp. 96 et s.).

³⁶ Voir à ce sujet : Renée MARTINAGE, dir., *Codifications et recodifications du droit pénal en Europe au XIX^{ème} siècle (Angleterre – Belgique – France)*, recherche menée pour le Ministère de la Justice (G.I.P Mission Droit et Justice), 09/1999, 303 p.

pensé. C'est d'ailleurs des initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle que la procédure pénale actuelle est encore tributaire. Les politiques pénales développées ces dernières années le confirment qui puisent allègrement dans ce qui avait été, soit déjà expérimenté au cours de ce siècle, soit laissé à l'état de chantier dans l'espoir qu'un jour quelque législateur ou ministre y porterait une attention. Lavoisier l'affirmait déjà au XVIII^{ème} siècle : « Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme ». La politique pénale contemporaine, étudiée à l'aune de l'histoire du parquet, nous rappelle quotidiennement la justesse de ses propos.