

La présomption d'innocence

entre droit processuel et droit substantiel

افتراض البراءة

بين القانون الإجرائي والقانون الموضوعي

الباحث: السعيد بشري، دكتوراه في القانون الخاص، مراكش، المغرب.

تاريخ النشر: ٢٠٢٤/١٠/١٥

تاريخ القبول: ٢٠٢٤ /٩/٣٠

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٤/٩/٢٣

الملخص:

ولهذا جاء البحث ليتدارس تحليل الحجج القضائية ويعتبرها موضوعاً مفضلاً للمناقشات التي تحلل الاختلافات الكلاسيكية بين المنطق الرسمي وغير الرسمي. هناك اتجاهان يتصادمان: اتجاه اللوجستيات الحديثة التي تقدم للفقهاء تقنية للاستنتاج الرسمي، واتجاه البلاغة الجديدة التي تقدم أسلوب الجدال الجدلي لتوجيه الأساليب الفكرية التي يجب أن يستخدمها الفقه، كما وأن الهدف من أي إجراء هو اكتشاف الحقيقة. والحقيقة، في المحاكمة الجنائية، التي تقوم على اتهام المتهم بارتكاب جريمة، تتمثل في إثبات ذنب الأخير. ويجب أن يتم إثبات الذنب هذا من قبل المدعي العام، سواء كان فرداً بسيطاً أو السلطة الاجتماعية التي يمثلها المدعي العام، وفقاً للزمن والأنظمة الإجرائية. تبدأ أي محاكمة جنائية بالشبهة، ومن مهام المدعي العام وعمله تحويل الشك إلى يقين، أي إقناع القاضي بذنب المتهم.

الكلمات المفتاحية: افتراض البراءة، القانون الإجرائي، والقانون الموضوعي.

Abstract

C'est pourquoi la recherche a étudié l'analyse des arguments judiciaires et l'a considérée comme un sujet de discussion privilégié pour analyser les différences classiques entre logique formelle et informelle. Deux courants s'affrontent : le courant de la logistique moderne, qui offre aux juristes « une technique de déduction formelle, et le courant de la nouvelle rhétorique, qui propose » la méthode de l'argumentation dialectique pour guider les méthodes intellectuelles que la jurisprudence devrait utiliser, et le but de toute procédure consiste à découvrir la vérité. La vérité, dans un procès pénal, qui repose sur l'accusation de l'accusé d'avoir commis un crime, est de prouver la culpabilité de ce dernier. Cette preuve de culpabilité doit être faite par le ministère public, qu'il s'agisse d'un simple particulier ou de l'autorité sociale représentée par le ministère public, selon les délais et les règles de procédure. Tout procès pénal commence par le soupçon, et l'un des devoirs et du travail du procureur est de transformer le doute en certitude, c'est-à-dire de convaincre le juge de la culpabilité de l'accusé.

Mots-clés : présomption d'innocence, droit procédural et droit matériel.

Introduction:

Certes, il n'est pas possible de retracer l'historique des présomptions légales, puisque ce n'est point l'objet de notre étude, mais, à l'évidence, si important de contempler l'œuvre exclusivement doctrinale en la matière, POUILLAIN déclarait « comme il n'y a aucune loi qui puisse autoriser la punition de l'innocent, il faut, sur quelque crime que ce soit, une preuve complète pour prononcer une peine capitale et cette preuve ne peut être faite que dans les formes prescrites par la loi... Sans cela tout jugement de condamnation est au moins téméraire ; et l'on peut dire en quelque sorte qu'il est injuste, quand même dans la vérité l'accusé serait coupable¹

Proclamée par la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 sous deux aspects, L'article 7 assure que « Nul Homme ne peut être accusé en dehors des cas déterminés par la loi » et l'article 9 proclame que: « Tout Homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ». La Déclaration de 1789 fait incontestablement partie du droit positif en tant que norme de valeur constitutionnelle. Il s'ensuit que le principe de la présomption d'innocence s'impose non seulement au législateur, auquel il appartient de le mettre en œuvre sous le contrôle du Conseil constitutionnel, mais aussi directement aux juridictions ordinaires². L'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération réalisera le délit de diffamation si tous les éléments de l'infraction sont réunis³. Constituent des diffamations les dénonciations ou révélations d'infractions pénales⁴. Relève en particulier de l'infraction, l'imputation d'un crime ou d'un délit à une personne non encore condamnée même si elle fait l'objet de poursuites. On exige en effet des journalistes une certaine précision de vocabulaire. Une personne simplement mise en examen (autrefois inculpée) dans une affaire judiciaire ne sera pas présentée comme coupable. Les termes « assassin », « assassinat » ont un sens bien précis en droit qui doit être respecté⁵. À l'inverse, un individu présenté comme « soupçonné » de faits pour lesquels il est poursuivi ne peut se plaindre d'une diffamation en dépit de la présomption d'innocence⁶

¹ P. du PARC, « Principes du droit français suivant les maximes de BRETAGNE », Rennes 1767-1771, T. XI, p.112-113.

² P. AUVRET « Le droit au respect de la présomption d'innocence », JCP. éd. G. n°47. Doc, I,1994, P. 498, n°6.

³ J.H.ROBERT « La présomption d'innocence selon la loi 4 janvier 1993 », Note, I, fasc. 140, n°45 et s : adde : « droit de la preuve »,ouvrage collectif

⁴ Cass. crim, 15 oct 1985 : bull. crim, n°314 ; Rev. sc. crim. 1993. P.375.

⁵ T. corr, Saint -Denis de la réunion 15 mai 1984 ;Gaz.Pal 1984, I, p.469, note Doucet

⁶ Cass. 2 civ., 8 janv. 1992: JCP 1992, éd. G, IV, 700: Gaz Pal 1992, 1, pan juri. p. 140. Mais l'imputation d'une mise en examen porte incontestablement atteinte à l'honneur et à la considération peut constituer une diffamation: TGI Paris, 17° ch., 10 déc. 1993: Gaz. Pal. 2-3 mars 1994, p. 29.

L'actualité juridique de ces dernières années est fortement marquée par les multiples évocations de la présomption d'innocence qui est l'un de ces marronniers fleurissant au gré des réformes successives du Code de procédure pénale. Ce principe est tantôt honoré par les défenseurs des droits de l'homme⁷, tantôt ébranlé voire houspillé par les tenants d'une vision sécuritaire de la procédure pénale⁸.

La notion de présomption, et cela au moins depuis les travaux de Martin, est indissociablement liée à celle de preuve, Martin remarquait que logiquement, il faudrait prouver les faits mêmes conditionnant l'application des règles de droit ; il ajoutait que tout aussi logiquement cette preuve est impossible⁹. La présomption est le manteau du doute, en ce sens qu'elle doit disparaître avec lui. Mais quel manteau ! Tunique de Nessus, qui tue le doute s'il n'est mort d'autre chose¹⁰.

Il est donc impossible d'affirmer que la présomption d'innocence puisse perdre de sa vigueur au fur et à mesure de l'accumulation des charges à l'encontre de la personne mise en examen puisque cela reviendrait à affirmer que la présomption d'innocence est autre chose qu'une règle probatoire. En effet, peu importe l'accumulation des preuves: si la présomption d'innocence est une règle de répartition de la charge de la preuve (I) et si cette preuve incombe à l'accusation, alors ce principe doit être toujours appliqué, qu'importe la tournure que le procès prend pour la personne poursuivie¹¹. Ladite présomption n'est point en dehors d'une démonstration de l'existence de l'infraction par tous moyens de preuve (II).

I : La présomption et la répartition de la charge de la preuve

L'inculpation est un statut. Il repose sur une construction intellectuelle qui, si elle est subtile, ne l'est pas exagérément : les charges ne sont pas des preuves et, tant qu'elles ne le sont pas devenues, règnent les présomptions, substituts de la preuve, notamment, la présomption d'innocence¹². La « présomption » se manifeste essentiellement par une répartition de la charge de la preuve très favorable à la personne soupçonnée¹³(A), c'est au ministère public qu'il appartient d'apporter à l'appui

⁷ V., C. LAZERGES, « Le projet de loi renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes », RSC 1999. 166; « Le renforcement de la présomption d'innocence et des droits des victimes. Histoire d'une navette parlementaire presque achevée », Arch. pol. crim. 2000. 53; « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes: histoire d'une navette parlementaire », RSC 2000. 7.

⁸ V. sur ce point C. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », RSC 2003. 644.

⁹ X. LAGARDE « Réflexion critique sur le droit de la preuve », op. cit., P. 355.n°219.

¹⁰ C. LOMBOIS « La présomption d'innocence », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2013.p. 84

¹¹ C. AMBROISE-CASTÉROT « Présomption d'innocence », in. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.2013. P.9, n°16

¹² C. LOMBOIS « La présomption d'innocence », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2013.p. 89

¹³ J. Bentham, « Traité des preuves judiciaires », in « œuvres de Jérémie Bentham », T. II, Bruxelles, 3° éd. 1840, p. 340; adde, J. Denizart, « La charge de la preuve en matière pénale », Thèse dactyl., Lille 1956.

de son accusation la preuve de l'existence des faits incriminés et de sa culpabilité. Bien plus, en sa qualité de représentant de la Société, chargé de veiller tant au châtement du coupable qu'à la protection de l'innocent, il doit réunir tous les éléments de preuve favorables à l'inculpé¹⁴. La présomption d'innocence bénéficie des dérogations légales (B), elle ne concerne pas seulement la charge de la preuve, elle commande aussi, d'autre part, l'appréciation des preuves produites, qu'elles émanent de l'accusation ou de la défense et préserve alors la liberté d'appréciation du juge. Puisque seul un juge peut apprécier la culpabilité de l'accusé¹⁵.

A- La présomption d'innocence : Un principe au profit de la personne poursuivie

Avant même que se pose la question finale de la culpabilité, les éléments de preuve réunis, qualifiés selon le cas « d'indices », « de charges » « ou de preuves », déterminent à tous les stades de la procédure le statut de la personne concernée, ses droits et les mesures pouvant être prises à son encontre¹⁶. Le principe de la présomption d'innocence, en vertu duquel l'individu poursuivi est censé être innocent aussi longtemps que sa culpabilité n'a pas été reconnue par une décision irrévocable, constitue une règle fondamentale¹⁷. Elle comporte non seulement la preuve des éléments constitutifs de l'infraction, y compris l'élément moral, mais encore la non-existence des éléments susceptibles de faire disparaître celle-ci (a), comme les causes de justification et d'excuse absolutoire ou circonstances absolutoires spéciales¹⁸. la charge de la preuve incombe, au surplus, à la victime (b).

a - Le caractère autonome de la présomption d'innocence

La présomption d'innocence est le principe directeur de toute notre procédure pénale. Ainsi, dans son acception la plus étroite, détermine-t-elle la charge de la preuve dans le procès pénal. La personne suspectée ou poursuivie doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été largement démontrée¹⁹. Le fardeau de la preuve est, tout d'abord, pesé sur les demandeurs au procès pénal, le principe selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur (*actori incumbit probatio ; onus probandi incumbit ei qui dicit*), qui s'applique en droit civil, s'applique également en droit pénal²⁰. Autrement dit, en matière répressive comme en matière civile, c'est au demandeur, c'est-à-dire à l'accusateur de faire la preuve. Mais dans un procès pénal, le fardeau de la preuve pour le demandeur

¹⁴ Bien qu'il puisse se borner à ce rôle exclusivement passif, l'inculpé ou l'accusé n'hésite cependant pas, en pratique, à collaborer à l'administration de la preuve, notamment en proposant ses moyens de défense, même si d'un point de vue théorique, l'on estime que la maxime « *reus in excipiendo fit actor* » ne joue pas en droit pénal (Voyez J. PATARIN, op. cit., n° 15, p. 29 et ss.).

¹⁵ M. DELMAS-MARTY « La preuve pénale », Droits, n°23, 1996, p. 58

¹⁶ F. Desportes et L. LAZERGES-COUSQUER « Traité de procédure pénale » 4^{ème} éd. 1^{er} sépt 2015, P.401.n°542.

¹⁷ P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR « Principes de preuve et de procédure pénales ». 2^{ème} éd. 1995. Éd. Thémis. P.97.

¹⁸ M.FRANCHIMONT, A. JACOB et A. MASSET « Manuel de procédure pénale », 4^{ème} éd. 2012, coll. Fac droit univ Liège. P.1137

¹⁹ Thierry Garé et Catherine Ginestet « droit pénal, procédure pénale », 11^{ème} éd. Dalloz 2020.p.271. n°395.

²⁰ G.Stéfani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc « procédure pénale » éd.1990, p.34.

est plus lourd que dans un procès civil, en raison de l'existence de la présomption légale d'innocence²¹.

La présomption d'innocence est qualifiée de « vache sacrée de la procédure pénale »²² sort du cadre du procès pénal pour revêtir les attributs d'un droit constitutionnel opposable à tous y compris à d'autres droits fondamentaux²³.

Le Pacte²⁴ limite le domaine et le régime de la détention provisoire, la détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle. Si elle a lieu, « les prévenus sont séparés des condamnés et soumis à un régime approprié à leur condition de personnes non condamnées ». Pour n'être pas explicite, le fondement sur la présomption d'innocence n'en est pas moins certain²⁵.

Le système pénal canadien repose sur une prémisse fondamentale : toute personne inculpée est présumée innocente jusqu'à ce que la preuve du contraire soit établie hors de toute doute raisonnable. Ce droit, reconnu par la common law, est maintenant constitutionnellement protégé à l'alinéa 11d) de la charte. D'ailleurs, le juge en chef a annoncé, dans un arrêt de la cour suprême, le caractère presque sacré du principe de la présomption d'innocence : « la présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel ». Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11d) de la charte, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté, et à la sécurité de la personne, contenue à l'art 7 de la charte²⁶.

En réalité, il est bien délicat de déterminer le moment auquel la charge de la preuve cesse de peser sur le demandeur pour incomber au défendeur, suivant l'adage *reus in excipiendo fit actor*. Il apparaît plus juste à certains égards de lier le fardeau de la preuve aux diverses allégations formulées par les parties à l'appui de leurs prétentions contraires, comme l'exprimait déjà l'adage *we incumbit*

²¹ Sefatollah AGHAEI FISHANI « la preuve en matière criminelle en droit français et iranien », th. Univ, Paris I PANTHÉON_SORBONNE . 1^{er} avril 1996, P. 57

²² Expression empruntée à L. FAVORED, in P. Truche (éd.), Rapport au président de la République de la commission de réflexion sur la justice. La Documentation française, Paris. 1997, P. 254.

²³ Fr. TULKIN, « La présomption d'innocence - Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Vigilantibus is scriptum-Festbandelroor Hugo Vandenberghe*, la Charte-die Keure, Bruges, 2007, p. 305.

²⁴ le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

²⁵ C. LOMBOIS « La présomption d'innocence », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2013.p. 82.

²⁶ R-C. OAKES, (1986) 1 R.C.S. 103, 119-121. In Pierre Béliveau et Martin Vaclair « principes de preuve et de procédure pénales ». 2^{ème} éd. 1995. Éd. Thémis. P. 97.

*probatio qui dicit; non qui negat*²⁷. Mais il reste à déterminer quelles sont les allégations qui n'ont pas à être prouvées et quel est par suite le contenu exact de la preuve exigée de l'une et de l'autre partie ?²⁸

Merle et Vitu enseignent que « les demandeurs au procès produiront les témoins, des indices, des aveux ou se serviront d'objets saisis. Le principe *atori incumbit probatio* est imposé par la raison et par la sûreté des individus. Si l'accusateur ne peut rapporter la preuve de ce qu'il avance et transformer en certitude les soupçons qu'il faisait planer sur la personne poursuivie, celle-ci doit être libérée de toute charge²⁹.

La présomption d'innocence n'est pas une attitude naturelle, mais le prix d'un effort, d'une détermination raisonnée de dominer l'apparence. Cette considération, seule, lui évite d'être paradoxale et la met à l'abri de l'objection que les innocents les plus certains sont ceux qu'on laisse en repos³⁰.

C'est donc à l'accusateur qu'il appartient d'établir l'existence légale et matérielle du délit (les faits constitutifs de l'infraction) et la culpabilité pénale de la personne poursuivie, sa participation matérielle et morale comme auteur de complice³¹. Certaines présomptions, qu'on gagnerait à qualifier d'indices, apparaissent, toutefois, dans des règles conditionnelles dont l'objet est de se prononcer sur leur admissibilité. Ces règles sont celles qui indiquent pour une proposition de preuve donnée les indices à partir desquels celle-ci peut être établie. Les règles conditionnelles ne se bornent pas toujours à envisager l'admissibilité des présomptions. Parfois, c'est leur force probante qui est déterminée par une règle conditionnelle. Plus exactement, il arrive que le droit positif utilise la notion de présomption pour signaler la présence d'une règle conditionnelle³². Par hypothèse, le suspect n'est pas, pour le moins, assurément innocent, si bien qu'il paraît inopportun de lui attribuer, par présomption, cette qualité. Pourtant, la règle s'impose manifestement : il n'est pas logique – ni, d'ailleurs, juste – d'admettre la culpabilité tant qu'elle n'a pas été démontrée.

²⁷ *we incumbit probatio qui dicit; non qui negat* : nous nous appuyons sur le test qui dit ; pas celui qui le nie

²⁸ G. STEFANI « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel », Par. MM. J-M AUSSEL J. FOYER ; M. CABRILLAC ; A. FRANÇON Jean DEPREZ ; Ch. GAVALDA ; J.DERRUPPE R. DOUBLIER ; J. PATARIN ; E. SCHAEFFER ; J-M VERDIER. Dalloz. 1956.p. 16,n°5

²⁹ Merle et Vitu « traité de droit criminel » T. II – procédure pénale, 4^{ème} éd. Cujas. Paris. 1989, p. 157.

³⁰ C. LOMBOIS « La présomption d'innocence », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2013.p. 83

³¹ A. BESSON « Répertoire de droit criminel et de procédure pénale », T.II. éd. JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DALLOZ. 1954. P.659.n°3

³² X. LAGARDE « réflexion critique sur le droit de la preuve », Préf. J. GHESTIN. LGDJ. 1994.p.358.n°223.

b- La charge de la preuve incombe à la victime

L'infraction suppose un comportement externe³³ (élément matériel), prohibé par la loi (élément légal) et caractérisé par une imputabilité (élément subjectif). Celle-ci renvoie à la relation qui unit l'acte à son auteur³⁴ et comprend une causalité physique et morale³⁵.

La présomption d'imputabilité considérait un principe général du droit pénal depuis longtemps, conforme à la conception du présomption de l'innocence, de sorte que, la violation externe étant posée, l'imputabilité est présumée à moins qu'il n'en apparaisse autrement. Cette présomption simple anticipe sur la réalité en postulant l'existence de l'élément subjectif (« l'imputabilité est présumée ») à partir de l'établissement de l'élément matériel de l'infraction (« la violation externe étant posée »). Ce mécanisme entraîne un allègement du fardeau de la preuve de l'infraction, le simple établissement de l'élément matériel suffisant à caractériser le délit en droit³⁶. Autrement dit, c'est la partie poursuivante (ministère public, ou partie civile si celle-ci a pris l'initiative de mettre en mouvement l'action publique ou de se joindre au ministère public devant alors démontrer l'existence de l'infraction pour obtenir la réparation du dommage que celle-ci lui a causé) qui doit rapporter la preuve de l'existence de l'infraction et de son imputabilité. Cette preuve porte à la fois sur l'applicabilité de l'élément légal, sur les éléments matériels (preuve du comportement criminel, des éléments accessoires qui permettent la qualification exacte, des circonstances aggravantes, etc.) et sur les éléments psychologiques (élément moral et complications de celui-ci tels que dol aggravé, dol spécial, dol éventuel, etc.)³⁷. L'objet de la preuve en fournit la première occasion. De ce qui fait l'infraction, l'accusation ne doit prouver que la moitié : la matérialité du fait commis. L'autre moitié, à savoir l'élément psychologique, se présume à son tour, à partir de l'élément matériel³⁸.

Il est vrai que l'intention frauduleuse résulte souvent de l'ensemble des circonstances de la cause et qu'en cette matière plus qu'en d'autres, les présomptions de fait ou présomptions de l'homme

³³ P. Valdrini, J.-P. Durand, O. Échappe et J. Vernay, « Droit canonique », 2^e éd., Dalloz, 1999, n° 601, p. 380. Le délit est toujours un acte extérieur qui peut être connu (public) ou non (occulte). Un acte uniquement interne ne constitue jamais un délit. Le canon 1330 dispose qu'un « délit qui consiste en une déclaration ou en quelque autre manifestation de volonté ou de doctrine ou de science, doit être tenu pour non consommé si personne n'a perçu cette déclaration ou cette manifestation.

³⁴ V., A. Borrás, « Les sanctions dans l'Église ». Commentaire du Livre VI du Code de droit canonique, Paris, Tardy, 1990, p. 16; O. Échappe, « L'imputabilité de l'acte délictueux. Du droit romain au droit canonique », L'année canonique 1987. T. 30, p. 117.

³⁵ Dans ce sens A. Soria-Vasco, H. Laplane et R. P. M.-A. Chueca, « Code de droit canonique annoté », Paris, Cerf-Tardy, 1989, p. 722; A. Borrás, op. cit., p. 16.

³⁶ H. HENRION-STOFFEL « la présomption d'innocence en droit canonique », in « politique(s) criminelle(s) Mélanges en l'honneur du prof Ch. LAZERGES P. 675

³⁷ G. LEVASSEUR « le régime de la preuve en droit répressif français », in « la prétention de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles », Univ. Cath. LOUVAIN. 3^{ème} coll. Dép. Dr. H. Bruxelles. 1977. p. 16.

³⁸ C. LOMBOIS « la présomption d'innocence », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2013.p. 85

joueront un rôle déterminant. il s'agit de simples moyens de preuves qui peuvent alléger le fardeau de la preuve, mais non les intervertir au détriment du prévenu³⁹.

La preuve incombe au procureur ou à la victime lorsqu'elle s'est constituée partie civile par la voie de l'action. Le ministère public conserve la charge d'exercer l'action publique et de rapporter la preuve de l'infraction après que la victime a déposé, s'est constituée partie civile. De fait, il se servira des éléments de preuve fournis par la victime, même lorsque celle-ci se constitue par la voie de l'intervention, la constitution de partie civile ayant pour fonction, quel qu'en soit le mode d'exercice, d'aider à la mise en œuvre de l'action publique⁴⁰. Le ministère public n'est pas seulement tenu de faire la preuve de toutes les conditions d'existence du délit et de la culpabilité. Il doit prouver aussi l'absence de causes de justification ou d'excuses qui pourraient les faire disparaître ; il doit établir que l'action publique n'est pas prescrite

La preuve doit porter sur l'existence de tous les éléments de l'infraction, l'élément légal, l'élément matériel, élément moral, ainsi que sur les circonstances aggravantes éventuelles, qu'elles soient réelles ou personnelles. Il est exceptionnel que le ministère public soit dispensé de cette preuve⁴¹. Il lui appartient d'établir l'intention criminelle, quelles que soient les modalités et les degrés qu'il peut revêtir, que le dol criminel soit simple ou aggravé, général ou spécial déterminé ou indéterminé, direct ou éventuel⁴². Cette intime conviction remplace toute preuve y compris la preuve scientifique dont on estime qu'elle ne peut être parfaite. Toutefois le juge se doit d'expliquer les raisons qui l'ont poussé à cette conviction qui peut être prise lorsque notamment d'autres éléments de preuves en sens inverse sont très importants⁴³.

Le processus de connaissance qui met en relation un sujet (le juge) et un objet (les faits délictueux induits à partir des différents modes de preuves) dépend par conséquent de la personne amenée à connaître des faits, des circonstances particulières du processus de connaissance suivi et des questions spécifiques destinées à éclairer la réalité⁴⁴, le modèle de l'intime conviction permet ainsi au juge d'apprécier la force de toute espèce de preuve. Toutefois le respect des droits de la défense implique qu'une telle preuve, à l'instar des autres, puisse être discutée contradictoirement⁴⁵.

³⁹ Mohammed Jalal ESSAID « la présomption d'innocence », préf. Gaston STEFANI, coll. Fac. sc. Jur. Éco et soc. Éd. La porte. 1971. P. 127.

⁴⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON « Procédure pénale », 14^{ème} éd. LexisNexis.2021. p.467.n°501.

⁴¹ B. BOULOC et H. MATSOPOULOU « droit pénal général et procédure pénale », 23^{ème} éd. Sirey. Dalloz.p.363.n°506.

⁴² G. Stefani et G. Levasseur « Droit pénal général et procédure pénale ». T. I, n° 198 et s.

⁴³ J. DELGA « de l'atteinte à la présomption d'innocence », manuel de l'innocent, Éd. ESKA 2008, p. 99.

⁴⁴ W. HASSEMER, Grundlinien eines rechtsstaalichen strafverfahrens, Krit V,1990,p. 269. In . Hervé HENRION « la nature juridique de la présomption d'innocence : comparaison franco-allemande », préf. Christine LAZERGES et Heik JUNG , T.III, 2006. Col. Droit Montpellier.p.389. n°267.

⁴⁵ F. DEFFERRARD « Le suspect dans le procès pénal », maître conférences. Univ. Reims, direc. Institut d'études judic. Éd. Mare & Martin, 2016. P. 199 et s.

La législation allemande, plus particulièrement, la cour fédérale de justice estime qu'en vertu de considérations relatives à la raison pratique, on ne peut exiger la certitude de la réalité des faits à prouver. La conviction du juge doit s'accompagner d'une « haute vraisemblance objective » (« hohe objektive Wahrscheinlichkeit ») non qualifiable car dépendant d'une appréciation subjective de la preuve⁴⁶, le juge dispose donc de la liberté d'accorder à toute preuve la valeur et le poids qu'elle mérite à ses yeux, sachant que l'existence d'un doute doit toujours profiter à la personne mise en cause en vertu du principe unanimement reconnu de la présomption d'innocence dès lors, qu'il s'agisse de faire référence à l'« intime conviction » ou à la certitude « au-delà de tout doute raisonnable » du tribunal, le principe de liberté demeure le même⁴⁷.

B- Les exceptions à la présomption d'innocence

Sans protection destinée à faire respecter l'aspect subjectif, la présomption d'innocence risquerait à notre sens de devenir théorique et illusoire, compte tenu notamment de la réputation de l'intéressé et de la manière dont celui-ci est perçu par le public. Autrement dit, une atteinte à la présomption d'innocence peut provenir non dans son volet procédural, mais dans son volet subjectif. Or il ressort des motivations d'une Cour d'appel que seul le volet de garantie procédurale de la présomption d'innocence a été pris en compte, à l'exclusion du volet subjectif équivalant en partie à la réputation de la personne mise en examen⁴⁸.

a- Les dérogations légales à la présomption d'innocence

La charge de la preuve imposée au Ministère public ou à la partie civile est parfois alléguée par l'existence de présomptions légales, c'est-à-dire de conclusions tirées par la loi de faits connus ou simples à établir. Fondées sur une probabilité imposée par l'expérience, elles jouent en matière pénale un rôle moins important qu'en matière civile ; leur utilité est cependant indiscutable, car elle simplifie des preuves parfois difficiles ou impossibles à rapporter directement.

Le prévenu a, en effet, intérêt, s'il le peut, à démontrer qu'il a agi par erreur. La loi pénale ne réprime que le fait accompli avec intention ou négligence et le fait matériel dépourvu de tout élément volontaire et intellectuel reste impuni. Quand l'individu s'est rendu coupable d'une infraction sous

⁴⁶ BGHSt 2/02/1957, « Denn nur durch Beweiswürdigung lässt sich feststellen, ob eine Wahrscheinlichkeit so groß ist dass sie an Sicherheit grenzet » in Hervé HENRION « la nature juridique de la présomption d'innocence : comparaison franco-allemande », préf. Christine LAZERGES et Heik JUNG, T.III, 2006. Col. Droit Montpellier.p.389. n°267.

⁴⁷ Association de Recherches Pénales Européennes « les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni » dir. Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, coord. Haritini MATSOPOULOU. Équi. Hervé ANCEL, Lionel ASCENCI, Olivier BACHELET, Mikaël BENILLOUCHE, Kathia Martin, Fabia de MELO E SILVA, Maud OLINET et Raphaël PARIZOT. Sub,GIP Nov 2003. P. 72.

⁴⁸ B. BULAK « Grandeur ou décadence de la présomption d'innocence », Rev. Trim. Dr. H. 2015. P. 641.

l'empire d'une erreur, l'élément psychologique faisant défaut, il est irresponsable⁴⁹. L'exception est plus sensible, lorsqu'on impose à la personne poursuivie de faire la preuve d'un fait justificatif, d'une excuse, d'une immunité, etc., sous prétexte que ces situations étant exceptionnelles, le ministère public n'a pas à en démontrer l'inexistence. Une telle solution est d'autant plus critiquable qu'elle ne repose sur aucun texte formel. Il en est de même lorsque la jurisprudence présume la mauvaise foi dans certaines catégories d'infractions, (la diffamation, les appels malveillants...etc)⁵⁰. Le juge répressif joue d'ailleurs un rôle actif dans la formation de la preuve, suivant l'expression de R. Garraud, il va au-devant de la preuve, il se met d'office en enquête⁵¹. Parfois la présomption dispense le Ministère public d'établir l'élément matériel de l'incrimination. Le plus souvent, la présomption concerne l'*élément moral*.

L'insuffisance de la preuve, de la part de celui qui est chargé de l'administrer, amène, dans tous les procès, le renvoi d'instance du défendeur. *Actore non probante, reus absolvitur*. Aux présomptions légales, les tribunaux ont ajouté des *présomptions jurisprudentielles*, tirées de la nature spéciale de certaines infractions poursuivies. Ces présomptions ont trait à l'élément moral, qu'on suppose prouvé dès lors que l'élément matériel est lui-même établi.

La force des présomptions favorables à l'accusation est variable, on admet que la présomption est absolue lorsqu'elle affirme un fait ou qualifie automatiquement le fait illicite retenue. Parfois, la loi réglemente elle-même la preuve contraire, soit qu'elle admet largement toute preuve contraire résultant des faits de la cause, soit qu'elle exige au contraire que soient établis certains faits limitativement déterminés⁵². L'existence de présomptions favorables à l'accusation n'est pas contraire à la présomption d'innocence⁵³. « Les juges n'ayant en main, pour la preuve du maléfice, autre chose, que des indices et des présomptions, ores qu'ils soient indubitables et véhéments, si ne doivent-ils pas juger à la vraie et dernière peine, tout ainsi que s'il y avait des témoins déposant l'avoir vu, ainsi doivent incliner à quelques gracieuses condamnation »⁵⁴.

Certaines infractions échappent en partie ou en totalité à la présomption d'innocence. C'est le cas des contraventions des délits matériels. En ces matières la loi n'exige pas que l'intention du

⁴⁹ J. DENIZART « La charge de la preuve en matière pénale ». th. LILIE 1956. P.218.

⁵⁰ B. BOULOC et H. MATSOPOULOU « Droit pénal général et procédure pénale », 23^{ème} éd. 2022. Sirey. Dalloz.p.364.n°509.

⁵¹ R. GARRAUD « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », sery, 1907, T.I, n°266 ; voy aussi. Aussi, « la justice pénale et ses antinomies », Rev.dr.pénal.,1975-1976, pp.201-202 ; A.-L. FETTWEIS, « la charge de preuve en droit belge et la présomption d'innocence », les droits de la défense en matière pénale, éd. Éd. Du jeune Barraud de liège, 1985, p.148 ; D. DE wolf, De rol van de rechter bij de waarbeidsvinding in de correctionele procedure, la charte , 2010, 714p. in. Michel FRANCHIMONT, ANN JACOB et Adrien MASSET « manuel de procédure pénale », 4^{ème} éd. 2012, coll. Fac droit univ Liège. P1141

⁵² R. MERLE et A. VITU « Traité de droit criminel : procédure pénale »,op.cit., p.190. n°150.

⁵³ Ibid

⁵⁴ R. GARRAUD « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », T.I, libr, sté reucueil. L. LAROSE et L. TENIN, direc. 1907. P. 481. n°232.

prévenu soit prouvée. C'est qu'il s'agit d'infractions qui peuvent n'être pas graves mais dont la multiplication troublerait l'ordre public. En apparence il n'y a là qu'une règle de fond et non pas un renversement de la charge de la preuve puisque c'est la définition légale de l'infraction qui exclut la preuve de l'intention⁵⁵.

Le renversement de la charge de la preuve est instituée dans la mesure où les présomptions ont pour objet de « lutter contre les difficultés liées à la singularité de certaines infractions, qu'elles portent sur l'impossibilité d'identifier l'auteur d'une infraction avérée ou sur les empêchements pour caractériser les différents éléments la constituant.

Les infractions non intentionnelles ne sont pas les seules à faire exception pour des raisons particulières au droit pénal à la présomption d'innocence. Il est des infractions qui ne sont pas simplement matérielles, qui exigent l'existence d'une intention délictueuse et parfois même l'existence d'un mobile déterminé, mais dans lesquelles l'existence de l'intention est présumée. Une telle présomption fait résulter la preuve de l'intention de la simple matérialité des faits poursuivis⁵⁶. Il s'agit de savoir si la personne poursuivie a réellement participé aux faits qui lui sont reprochés, et la mesure exacte de sa participation⁵⁷, non seulement la présomption d'innocence n'est, en matière répressive, qu'illusoire, qui se réduit à l'adage « *actori incumbit probatio* »⁵⁸ au demeurant admis depuis longtemps⁵⁹, mais encore n'empêche pas, par endroit, l'application heureusement limitée d'une présomption véritable de culpabilité⁶⁰. Certains auteurs affirment que la présomption d'innocence est donc la conséquence immédiate d'une présomption de culpabilité inavouée (et inavouable). Si la présomption d'innocence fait écho à une suspicion de culpabilité (ou suspicion d'avoir commis une infraction), elle n'a pas pour fonction de masquer une présomption de culpabilité⁶¹. En Italie, la présomption d'innocence se rattache à la charge de la preuve, l'« *onus probandi* » (largement entendu, car au sens strict du terme il

⁵⁵ J. PATARIN « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », In G. STEFANI « quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel », Par. MM. J-M AUSSEL J. FOYER ; M. CABRILLAC ; A. FRANÇON Jean DEPRESZ ; Ch. GAVALDA ; J.DERRUPPE R. DOUBLIER ; J. PATARIN ; E. SCHAEFFER ; J-M VERDIER. Dalloz.p.32-33

⁵⁶ J. PATARIN « le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », In G. STEFANI « quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel », Par. MM. J-M AUSSEL J. FOYER ; M. CABRILLAC ; A.FRANÇON Jean DEPRESZ ; Ch. GAVALDA ; J.DERRUPPE R. DOUBLIER ; J. PATARIN ; E. SCHAEFFER ; J-M VERDIER. Dalloz.p.33

⁵⁷ G.Stéfani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc « procédure pénale » éd.1990, p.880,n°698.

⁵⁸ « *incombe au demandeur* », Mais il ne s'agit pas de nier l'importance de la règle protectrice de la liberté - quoique le défendeur à l'action publique ait tout intérêt à participer activement à la recherche de la preuve (R. Merle et A. Vitu, op. cit., t. II, n° 127)

⁵⁹ . H. Bureau, « La présomption d'innocence devant le juge civil. Cinq ans d'application de l'article 9-1 du Code civil » JCP G 1998, 1., n° 3 et s. - J.-M. Carbasse. Histoire du droit pénal et de la justice criminelle : PUF, 2000, coll. Droit fondamental, notamment n° 92 et 220.

⁶⁰ S. DETRAZ « La prétendue présomption d'innocence », Dr. pén.n°3. mars 2004, chro.3.n°18.

⁶¹ D. ROETS, « La présomption d'innocence », 1^{ère} éd. oct 2019. Dalloz. intro. p.8.

concerne seulement la preuve civile) correspond à la nécessité, pour l'auteur d'une prétention, d'apporter les preuves de sa prétention. Ce n'est pas l'accusé qui doit prouver son innocence, mais c'est le parquet qui doit prouver la culpabilité de l'accusé, ce parquet qui par ailleurs la mission, comme le juge d'instruction en d'autres pays, d'instruire à charge et à décharge⁶².

b- Les tempéraments pratiques à la présomption d'innocence

Si "prouver" signifie convaincre le juge de l'existence du fait affirmé, il s'ensuit que l'élément de preuve doit être introduit dans le procès; c'est-à-dire que sur la partie intéressée incombe la charge de demander au juge l'admission du moyen de preuve dont l'obtention permettra la formation de l'élément. Il s'agit d'une charge dite "formelle", différente de la charge de preuve "matérielle"⁶³.

La loi pénale italienne énonce en vertu de son article 190 al 1c.p.p « les preuves sont admises sur requête des parties ». La charge d'introduire la preuve attribue aux parties la tâche: a) de rechercher les sources de preuve; b) d'évaluer la nécessité du moyen de preuve afin d'obtenir le résultat favorable, c'est-à-dire la démonstration de l'existence du fait allégué; c) de demander au juge l'admission du moyen de preuve. Le juge décide sur l'admission selon les critères illustrés, donc si la preuve est "pertinente" par rapport à l'objet du procès (art. 187), "significative", non "interdite par la loi" et non "superflue" (donc il ne faut pas de surabondance des moyens de preuve sur le même point; art. 190, alinéa 1 c.p.p.)⁶⁴.

La partie qui devra apporter la preuve de l'existence des éléments nécessaires à la création de la règle de droit verra le juge préciser dans la première phase d'administration de la preuve, quels sont les éléments créateurs de droit. Puisque le juge au cours du procès, sera influencé par l'administration des moyens de preuve qu'ils émanent de l'une ou de l'autre partie, ou qu'il ait lui-même formé par son intime conviction⁶⁵.

on ne prouve pas un droit, une infraction ou, plus généralement, une situation juridique. Ce que l'on prouve, en réalité, ce sont les éléments de fait dont découle ce droit ou cette situation, et qui vont permettre au juge d'en constater l'existence⁶⁶.

L'intervention des juges allège en fait la charge de la preuve par leur pouvoir de déduire des simples présomptions de l'homme la preuve des faits incriminés et de la culpabilité du prévenu, à

⁶² V. MARINELLI « Structure et fonctions de la présomption d'innocence », in « La présomption d'innocence en droit comparé », Centre français de droit comparé ministère de la justice. Coll. 16 janv 1998. P. 51

⁶³ P. TONINI et C. CONTI « Le droit de la preuve dans le procès pénal Italien », Préf. J. PRADEL. Trad.S. CAVIN. GIUFFRÈS. 2021.p.57.

⁶⁴ P. TONINI et C. CONTI « Le droit de la preuve dans le procès pénal Italien », Préf. J. PRADEL. Trad.S. CAVIN. GIUFFRÈS. 2021.p.57.

⁶⁵ F. BOULANGER « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », RTD civ, 1996. n°6, pp.742-743,

⁶⁶ A. BERGEAUD « Le droit à la preuve », Préf. J.CH. SAINT PAU. LGDJ. 2010. n°346, p.301,

condition, toutefois, de ne point les transformer en présomptions de droit. La Cour de cassation reconnaît le pouvoir souverain des juges du fond de constater l'existence des faits et de l'intention, ils sont libres ainsi d'appliquer raisonnablement le régime juridique de la charge de la preuve pénale⁶⁷.

En effet le défendeur n'attendra pas, pour faire valoir ses prétentions, que le demandeur ait fourni une démonstration complète des siennes. Chaque partie apporte un « faisceau d'éléments de preuve » qui servira à orienter le choix du juge⁶⁸.

II – Les corollaires de la présomption d'innocence

A– L'appréciation des preuves

On doit entendre par preuve tout moyen juridique d'acquérir la certitude d'un fait ou d'une proposition⁶⁹. Dans l'ordre criminel, la preuve tend à démontrer l'existence d'une infraction et à établir qui en est l'auteur⁷⁰. Il est donc classique d'insister sur le particularisme dont est empreint le droit pénal des preuves et de l'opposer aux règles admises par la procédure civile. À dire vrai, dans un procès civil, le tribunal ne statue, en matière d'assurance, que sur les faits invoqués par les parties au contrat d'assurance sans pouvoir rechercher d'autres preuves que celles rapportées devant lui. Il doit se contenter de la *vérité formelle*, établie devant lui par les plaideurs⁷¹. Cependant, des dérogations pourraient affecter l'intime conviction du juge (a) répressif en application des règles qui découlent du procès civil non plus de celui pénal. Quand le juge répressif est appelé à résoudre incidemment une question de droit civil, la preuve, en ce qui touche ce point de droit, est soumise aux règles du droit civil. Le régime de la preuve est en rapport, non pas avec la juridiction saisie, mais avec la nature de la question soumise au juge, dont le doute pourrait profiter à l'accusé (b)

a– L'intime conviction

Quel que soit son rang dans la hiérarchie judiciaire, et éventuellement en dépit du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », le juge a l'obligation de se prononcer, en droit comme en fait, pour ne pas se rendre coupable de déni de justice⁷². Le juge est une espèce d'automate à qui l'on fournit des éléments du procès pour retirer ensuite un jugement⁷³.

⁶⁷ J. PATARIN « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », In G. STEFANI « quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel », Par. MM. J-M AUSSEL J. FOYER ; M. CABRILLAC ; A.FRANÇON Jean DEPRESZ ; Ch. GAVALDA ; J.DERRUPPE R. DOUBLIER ; J. PATARIN ; E. SCHAEFFER ; J-M VERDIER. Dalloz.p.36.

⁶⁸ V. G. RIPERT et J. BOULANGER « Traité de droit civil », T.1. n°732. R. Perrot, in t, IX, (preuves), p. 235. G. TISSIER, T.2, p. 664.

⁶⁹ F. HELIE « traité de l'instruction criminelle » 2^{ème} éd. Paris 1866.

⁷⁰ R.MERLE et A.VITU « Traité de droit criminel : procédure pénale », T. II.5^{ème} éd. CUJAS Paris. 2001. P. 177.n°140

⁷¹ Roger MERLE et André VITU « Traité de droit criminel : procédure pénale », op.cit., P. 178.n°141

⁷² A. PERDRIAU « Les incertitudes du juge », Gaz. Pal. 7 février 1995.doc. p. 200

⁷³ R. LEGAIS « Les règles de preuve en droit civil : permanence et transformations », Th.Poitiers.1955, p.184

Si la présomption d'innocence doit s'incliner devant les présomptions de l'homme qui sont le support de l'intime conviction, elle demande qu'au moins l'homme soit sans parti pris. Elle exige que la conviction s'établisse dans un esprit vierge qui ne recevra d'impressions que des preuves présentées à la libre discussion et à la contradiction du défendeur⁷⁴.

Le degré de certitude des énonciations d'une décision judiciaire dépend de l'engagement du juge à leur égard, compte tenu de sa mission spécifique augmente à mesure que le rôle imparti au juge devient plus juridique, et par conséquent moins subjectif⁷⁵. Ce qui fait qu'un juge est un juge et qu'un tribunal est un tribunal n'est pas le fait qu'il ne crée pas le droit (et qu'il ait en conséquence un rôle passif quant au fond du droit), mais c'est le rôle passif qu'il a sur le plan de la procédure, c'est-à-dire :

a) le fait qu'il existe un lien entre sa décision et des litiges concrets (*cases and controversies*) et donc avec des personnes qui sont parties à de tels litiges ;

b) l'exigence d'un comportement marqué par l'impartialité du juge, lequel ne doit pas être appelé à statuer *in re sua* doit donner effet au droit des parties à être entendues (fair hearings) et doit être, en ce qui le concerne, suffisamment *indépendant* par rapport aux pressions venant de l'extérieur et spécialement à celles provenant des branches politiques de l'État⁷⁶

Un célèbre traité chinois qui remonte à la fin de la dynastie des Ming (XVII^e siècle) décrit l'itinéraire du bon jugement pénal. Sans poser ni principes, ni règles, le Zheyu Zhiyan balise le chemin du juge en lui indiquant les attitudes, les postures à prendre, et celles qu'il doit au contraire bannir. Ainsi doit-il peser les châtiments en fonction des circonstances, et non se contenter de déduire l'accusation de simples indices; éclairer son jugement par un feu au sommet de la montagne, en évitant de placer le « feu au flanc de la montagne», ce qui symbolise le jugement mal éclairé, le mauvais jugement; sans oublier de cultiver le doute, car l'exercice du doute est ce qui fonde l'éthique du juge⁷⁷.

Il s'accroît ainsi, de la constatation des faits et de l'appréciation des éléments de preuve, jusqu'à la détermination de la loi applicable à l'espèce et à sa mise en œuvre, en passant par l'interprétation des documents imprécis et la qualification ou la requalification des actes juridiques. Dans les énonciations relatives aux faits invoqués par les parties, le juge peut exprimer son incertitude leur sujet, si ceux-ci sont contestés par l'une des parties ou même, en l'absence de discussion, s'ils lui paraissent

⁷⁴ C. LOMBOIS « La présomption d'innocence », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2013, p. 87

⁷⁵ A. PERDRIAU « Les incertitudes du juge », op. cit. p. 201

⁷⁶ L'indépendance et l'impartialité évidemment ne peuvent être que relatives, non absolues. Mon étude Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation Comparative Constitutional, International and Social Trends, in 25 Stanford LR., 1973, p. 651 et s. p. 668-673. Voir maintenant Martin SHAPIRO, Courts, supra, note 15, passim ou pourtant le caractère relatif des principes de la justice naturelle est à mon sens trop accentué." In. M. CAPPELLETTI « Le pouvoir des juges », Trdu. René DAVID. Préf. L. FAVOREAU. Coll.dr. pub. positif. press.univ.d'Aix-Marseille.

⁷⁷ J. Bourgon, « Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing », thèse dactyl., EHESS 1994, p. 393 et 583.

invraisemblables il lui est loisible, par exemple, de mettre en doute la date d'un acte, le sens d'une coutume, une volonté contractuelle, une intention libérale. Mais, de cette situation incertaine, il doit tirer une conclusion qui, elle est exempte de toute incertitude⁷⁸

On sera frappé évidemment de la grande facilité accordée au Ministère Public pour la preuve de l'intention ou de la mauvaise foi. Comme on l'a écrit⁷⁹: "la preuve des intentions dans les cas où elle est nécessaire est souvent plus simple qu'en droit civil parce que la droit pénal attache beaucoup moins d'importance que le droit civil à la diversité des mobiles, et se contente généralement de la seule intention de commettre le délit lui-même". Peut être pas tout à fait, car au fond, il y a bien à notre avis un élément subjectif en dehors de la commission même de l'infraction⁸⁰

Si l'exercice du doute fonde l'éthique du juge pénal, c'est que la référence à la vérité, et aux incertitudes qui l'accompagnent inévitablement, reste au cœur de la justice pénale, alors que le doute est, on le sait, largement exclu dans les autres domaines du droit⁸¹

b- – **La règle « *In dubio pro reo* »**⁸²

Le juge se doit de garder en toutes circonstances dans le cadre d'un dossier, une rigueur intellectuelle lui permettant de se positionner au-dessus de toute passion néfaste au bon sens et à la sérénité de la Justice. "La personne la plus à même de douter de la vérité d'un jugement en est son auteur",⁸³ Monsieur le Doyen A. PERDRIAU a parfaitement présenté en pratique, le difficile devoir de juger incombant aux magistrats confrontés à de nombreux dossiers pénaux où l'enjeu est la liberté des personnes poursuivies. La présomption légale prouvée ne s'impose cependant qu'aux parties qui, dès lors que le jugement qui a tranché leur litige est devenu définitif, ne sauraient le mettre en discussion, sous la seule réserve, de l'exercice tout à fait exceptionnel d'un recours en révision⁸⁴

Le ministère public considère même que sa mission lui impose de rapporter devant les juges la preuve de toutes les circonstances dont dépend, en chaque cas, l'application de la loi pénale. Il est ainsi conduit à prouver, non seulement qu'un accusé a donné la mort, avec l'intention de tuer, mais qu'il était sain d'esprit, n'a pas été provoqué, ne peut invoquer la légitime défense. On voit que cette conception du rôle du ministère public aboutit à refouler notablement, dans le procès de répression, la

⁷⁸ P. BALLANDIER « Pour une défense de la présomption d'innocence », Th. Univ.d'Aix-Marseille. 1996. P. 70

⁷⁹ J. PATARIN « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal »,P.26. in « la charge de la preuve en matière pénale » J. DENIZART. th. LILIE 1956. P.169.

⁸⁰ J. DENIZART « La charge de la preuve en matière pénale ». th. Univ. LILIE 1956. P.169 et 170.

⁸¹ M. DELMAS-MARTY « la preuve pénale », Droits, n°23, 1996, p. 53

⁸² Le doute profite à l'accusé

⁸³ P. BALLANDIER « pour une défense de la présomption d'innocence », Th. Univ. d'Aix -Marseille. 1996. P. 46.

⁸⁴ A. PERDRIAU « Les incertitudes du juge », Gaz.Pal. 7 février 1995.doc. p. 200

règle selon laquelle le défendeur devient demandeur à son tour, et doit prouver, quand il invoque une exception⁸⁵.

La présomption d'innocence implique que le doute profite à l'accusé. A défaut de pleine preuve, donc dans le doute raisonnable, on doit incliner à l'absolution plutôt qu'à la condamnation.

Cet ainsi dénommé « bénéfice du doute » relève du fait que, s'il convient de choisir le moindre entre deux maux, il est préférable, comme le dit déjà le Digeste, de laisser un crime impuni plutôt que de risquer de condamner un innocent « *Satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare* »⁸⁶

B- Le droit à la preuve

En toute matière, l'affirmation d'un droit ou d'une situation juridique ne suffit pas à donner satisfaction à qui s'en prévaut ; encore faut-il être capable d'en prouver l'existence. De fait, une situation non démontrée est une situation considérée comme juridiquement inexistante, ce qu'illustre parfaitement la formule souvent rebattue: *idem est non esse et non probari*⁸⁷

Le fameux mot de Ihering, « *la preuve est la rançon des droits* »; elle « *double le droit, comme l'ombre suit le corps* »⁸⁸ Comprise comme une condition d'effectivité des situations juridiques, la preuve possède une dimension extrajudiciaire d'une infinie diversité. Cependant, de manière générale⁸⁹. La recherche de la vérité est intimement liée aux croyances, à la mentalité dominante dans une société donnée. Le régime des preuves diffère grandement suivant les valeurs auxquelles le groupe social attache le plus de créances⁹⁰.

⁸⁵ R.VOUIIN et J. LÉAUTÉ «Droit pénal et procédure pénale » 2^{ème} éd. Thémis Manuels de Capacité. PUF.1965.p.226 et s.

⁸⁶ V. MARINELLI « structure et fonctions de la présomption d'innocence », in « La présomption d'innocence en droit comparé », Centre français de droit comparé ministère de la justice. Coll. 16 janv 1998. P. 51

⁸⁷ G. Ripert et J. Boulanger « Traité de droit civil. Introduction générale », Tome 1, LGDJ, Paris, 1956, n° 710, p. 308; G. Marty et P. Raynaud « Introduction générale à l'étude du droit : Droit civil » Tome 1, 2 éd., Sirey, Paris, 1972, n° 207, p. 367; J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, « Traité de droit civil : Introduction générale. » 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1994, n° 628. p. 601 J. Carbonnier, Droit civil Introduction, 27^{ème} éd. ref., coll. « Thémis» Droit privé, PUF, Paris, 2002, n° 174, p. 346; F. Terré, Introduction générale au droit, 7 éd., Précis, Dalloz, Paris, 2006, n°60. p. 460. V. également, J. Chevallier, Cours de droit civil approfondi, Les cours du droit, Paris, 1958-1959, P. 6.

⁸⁸ H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 1999, n° 161.

⁸⁹ J. Carbonnier « Droit civil : Introduction » 27^{ème} éd. Ref., coll. « Thémis » Droit privé, PUF.,Paris. 2002.n° 174, p. 347

⁹⁰ H. LÉVY- BRÜHL « La preuve judiciaire », étude de sociologie juridique, Paris 1964.p. 41 et s. In « la preuve pénale », M. DELMAS-MARTY Droits, n°23, 1996, p. 54.

a – Le principe du droit à la preuve

La preuve étant l'établissement de la vérité d'un fait allégué, la preuve n'ayant donc pour objet qu'une réalité concrète, sensible ou observable⁹¹, l'opération de preuve ne s'applique qu'à la vérification de la réalisation des éléments matériels⁹². Le droit à la preuve est un droit qui astreint le juge à examiner les éléments de conviction proposés par le plaideur. Le droit à la preuve est, en effet, au moins le droit de produire les preuves que l'on détient. Ainsi compris, le droit à la preuve fait partie de cette prérogative plus générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir une émergence du droit naturel: le droit de se faire écouter de son juge⁹³.

Si personne ne réussit à produire des preuves suffisantes, dans un sens ou dans l'autre, il faudra bien que le juge tranche le litige. C'est alors que celui des plaideurs à qui incombait la charge de la preuve et qui n'a pu y satisfaire perdra son procès. Tel est le véritable risque de la preuve⁹⁴. Il serait donc dangereux de trop compter sur les diligences spontanées de l'adversaire pour faire éclater la vérité. Prouver demeure une charge et l'échec en ce domaine est lourd de conséquences⁹⁵.

La procédure répressive, en ce qui concerne la recherche des preuves (celle de l'examen de la suffisance des charges d'ores et déjà existantes et régulièrement collectées pour traduire l'inculpé devant la juridiction de jugement) comporte un rouage spécialisé et caractéristique de la justice répressive continentale, le juge d'instruction. On rappellera également que, si ce personnage (magistrat du siège, indépendant et doté de pouvoirs juridictionnels) est investi de larges pouvoirs d'investigation coercitifs dont il peut prendre d'office l'initiative (perquisitions, visites domiciliaires, saisies, expertises, audition de témoins et de toute personne intéressée y compris les plaignants, suspects et inculpés, voire même placement sous contrôle judiciaire et au besoin en détention préalable avant jugement) à partir du moment où l'action publique est déclenchée et où il a été régulièrement saisi (par réquisitoire afin d'informer ou par constitution de partie civile), il ne saurait aucunement être considéré comme

⁹¹ A. COLIN et H. CAPITAN, « Cours élémentaire de Droit Civil Français », 10^{ème} éd. Par JULLIOT de La MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1953, n°718.

⁹² E. CAUSIN, « La preuve et l'interprétation en droit privé », In. « La preuve en droit », Travaux du Centre national de recherches de logique, ss dir. Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1981, P.281.

⁹³ G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », In « La preuve en droit », Travaux du Centre national de recherches de logique », sous la direction de Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS. Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1981, P.280

⁹⁴ LEGEAIS « Les règles de preuve en droit civil », Th.univ.Poitiers, 1954.éd. LGDJ.1955, préf. R. SAVATIER, p. 101 et s., 169 et s

⁹⁵ G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », In « La preuve en droit », Travaux du Centre national de recherches de logique », sous la direction de Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS. Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1981, P.278.

l'auxiliaire ou même l'allié du ministère public, mais qu'il doit instruire à charge et à décharge et que la sérénité et l'objectivité du magistrat du siège doivent toujours guider l'exécution de ses fonctions⁹⁶

Il est désormais clair que le système accueilli par la loi italienne, bien qu'appartenant au genre accusatoire, en adopte une version singulière.

Le code italien n'a pas abandonné le juge à la simple initiative des parties; c'est-à-dire qu'il n'a pas accueilli le principe dispositif "fort", selon lequel les seuls moyens de preuve admis sont ceux que les parties ont demandés⁹⁷. La charge de la preuve s'accompagne de prérogatives. Certains moyens sont accordés au plaideur pour obtenir les preuves qu'il doit rassembler et il a, en principe, la certitude que les éléments de conviction qu'il pourra réunir seront effectivement soumis à l'appréciation du juge. En un mot, il existe un droit à la preuve⁹⁸.

C'est un droit d'obtenir des éléments de preuve, qui s'exerce à l'égard de l'adversaire ou des tiers: c'est un droit de produire les preuves, qui s'adresse, au juge. Dans les deux cas, la structure même du droit est identique. C'est un pouvoir d'exiger une certaine activité d'autrui⁹⁹.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1962 a pris en considération la difficulté que pouvait éprouver la victime d'un accident à exercer l'action directe dont elle bénéficie contre la compagnie d'assurances du responsable: demanderesse, la victime doit prouver ses allégations. En l'occurrence, il lui faut établir qu'un contrat d'assurance oblige la compagnie à couvrir la responsabilité de l'auteur du dommage. Comment la victime, qui est un tiers à ce contrat, pourrait-elle en produire un exemplaire sans le secours soit de l'assuré soit de l'assureur? La Cour de cassation qui, à l'époque, ne pouvait fonder une solution sur un texte. admit que le tribunal pouvait commettre des experts avec la mission de se transporter au siège social de la compagnie et de compulsier les archives de celle-ci, afin de rechercher si, à la date de l'accident, le responsable était assuré¹⁰⁰. Ce n'était pas encore la communication forcée de pièces, mais ce que certains ont appelé «l'expertise-perquisition», dont les résultats ne sont pas très éloignés¹⁰¹.

La preuve est en effet le moyen de faire accéder le réel au monde du sensible, celui dans lequel le droit étend ses normes. Sans elle, le prétendu « vrai » n'est pas visible : au mieux est-il douteux.

⁹⁶ G. LEVASSEUR « Le régime de la preuve en droit répressif français », In « La prétention de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles », Univ. Cath. LOUVAIN. 3^{ème} coll. Dép. Dr. H. Bruxelles. 1977.p. 12 et 13.

⁹⁷ C. TONINI et C. CONTI « Le droit de la preuve dans le procès pénal Italien », Préf. J. PRADEL. Trad.S. CAVIN. GIUFFRÈS. 2021.p. 27.

⁹⁸ G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », In « La preuve en droit, « Travaux du Centre national de recherches de logique », ss dir de Ch. PERELMAN et Paul FORIERS. Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1981, P.278.

⁹⁹ G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », In « La preuve en droit, « Travaux du Centre national de recherches de logique », op.cit, , P.281.

¹⁰⁰ Cass. civ. 2^e, 22 mars 1962, Bull.civ.II, n°332.

¹⁰¹ G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », In « La preuve en droit, « Travaux du Centre national de recherches de logique », op.cit, P.286.

Ainsi, présumer innocent celui dont la responsabilité pénale n'est pas démontrée est si naturel que poser la règle de la présomption d'innocence semble inutile »¹⁰²

b- Un embryon en matière pénale : L'égalité des parties

L'origine du principe remonte à la jurisprudence des organes de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui désigne « l'obligation d'offrir à chaque partie à un procès une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »¹⁰³.

Chaque partie doit bénéficier d'une possibilité «raisonnable » de présenter sa cause. Par conséquent, le principe de l'égalité des armes ne tend pas à instaurer une stricte égalité mécanique entre les parties, mais vise plutôt à garantir à chacun une possibilité de disposer des mêmes chances, des mêmes atouts pour faire valoir ses droits et obtenir la conviction du juge¹⁰⁴. Si l'explication classique révèle des défaillances, c'est aussi parce que le rôle respectif du juge et des parties s'est modifié ; d'abord la distinction du procès en deux phases « in jure et in judicio »¹⁰⁵ est devenue caduque: les parties formulent leurs demandes et produisent en même temps les éléments de preuve; au cours du procès, elles peuvent transformer leurs argumentations en fonction des preuves produites¹⁰⁶. La neutralité traditionnelle du juge fait place à la possibilité d'ordonner des mesures d'office¹⁰⁷.

La preuve juridique totale est, selon Etienne BURTIN, impossible à apporter. Tout plaideur en sera réduit à fournir au juge des motifs suffisants de décision, de nature à faire basculer la preuve sur son adversaire. En raison de la multiplicité des faits à prouver et du lien entre la preuve et le fond, il sera nécessaire de « classer des familles naturelles de litiges » ; les questions de droit étrangères par nature les unes aux autres seraient groupées pour l'attribution de la charge de la preuve selon l'emploi d'un raisonnement analogue¹⁰⁸.

¹⁰² S. DETRAZ « la prétendue présomption d'innocence », Dr. pén. n°3. mars 2004, chro.3.p.1.n°2

¹⁰³ CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer BV cl Pays Bas*, série A, n° 274, § 33- CEDH. 22 sept. 1994, *Hentrich cl France*, série A, n° 296, § 56.

¹⁰⁴ Cette définition permet d'ailleurs de relativiser l'opportunité de l'expression « égalité des droits » que certains voudraient substituer à celle d'égalité des armes. La notion d'égalité des droits renvoie à une égalité strictement fonctionnelle visant à donner aux parties les mêmes « armes juridiques ». Cependant les parties doivent également être en mesure d'utiliser efficacement leurs droits quelques soient les circonstances de fait. L'existence d'un déséquilibre ayant des implications purement pratiques doit donc pouvoir être neutralisé en assurant aux parties une « égalité des moyens ». Cr. S. Guinchard et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4^{ème} éd. Précis, Dalloz, Paris, 2007, n° 440.

¹⁰⁵ Conception retrouvée dans le vieux droit coutumier anglais avec les « *pleadings* » échange de demandes, réponses et répliques et l'« *issue* » l'équivalent de la « *litis contestatio* »

¹⁰⁶ J. CHEVALIER « La répartition du fardeau de la preuve », Cours 1958-1959. Titre 2. P.190

¹⁰⁷ F. BOULANGER « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », RTD civ, 1996. P.739,n°4

¹⁰⁸ E. BARTIN in 5^{ème} éd. AUBRY et RAU, T. XII (1922, §749, note 20 bis, p.84 et 91.

ROSENBERG affirme très nettement : « l'objet de la preuve n'est pas l'existence du droit, mais seulement des faits qui forment les présupposés des propositions juridiques¹⁰⁹. Déjà Aubry et Rau faisaient valoir que « la partie à laquelle incombe la charge de la preuve, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, doit établir chacun des éléments de fait dont le droit ou le bénéfice légal qu'elle entend faire valoir suppose le concours »¹¹⁰

¹⁰⁹ L. ROSENBERG, « *Die Beweislast* », « la charge de la preuve ». 3 éd., 1953, p. 110

¹¹⁰ AUBRY et RAU, « droit civil français », T. XII, 5 éd., p. 84.

Liste des sources et references:

- Bien qu'il puisse se borner à ce rôle exclusivement passif, l'inculpé ou l'accusé n'hésite cependant pas, en pratique, à collaborer à l'administration de la preuve, notamment en proposant ses moyens de défense, même si d'un point de vue théorique, l'on estime que la maxime « *reus in excipiendo fit actor* » ne joue pas en droit pénal (Voyez J. PATARIN, op. cit., n° 15, p. 29 et ss.).
- Cass. 2 civ., 8 janv. 1992: JCP 1992, éd. G, IV, 700: Gaz Pal 1992, 1, pan juri. p. 140. Mais l'imputation d'une mise en examen porte incontestablement atteinte à l'honneur et à la considération peut constituer une diffamation: TGI Paris, 17° ch., 10 déc. 1993: Gaz. Pal. 2-3 mars 1994.
- CEDH, 27 octobre 1993, Dombo Beheer BV cl Pays Bas, série A, n° 274, § 33- CEDH. 22 sept. 1994, Hentrich cl France, série A, n° 296.
- Expression empruntée à L. FAVORED, in P. Truche (éd.), Rapport au président de la République de la commission de réflexion sur la justice. La Documentation française, Paris. 1997, P. 254 .
- Fr. TULKIN, « La présomption d'innocence – Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Vigilantibus is scriptum–Feestbandelroor Hugo Vandenberghe, la Charte–die Keure, Bruges, 2007.
- G. LEVASSEUR « Le régime de la preuve en droit répressif français »,. In « La prétention de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles »,. Univ. Cath. LOUVAIN. 3ème coll. Dép. Dr. H. Bruxelles.1977.
- G. STEFANI « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel »,. Par. MM. J-M AUSSSEL J. FOYER ; M. CABRILLAC ; A. FRANÇON Jean DEPREZ ; Ch. GAVALDA ; J.DERRUPPE R. DOUBLIER ; J. PATARIN ; E. SCHAEFFER ; J-M VERDIER. Dalloz. 1956.
- Sefatollah AGHAEI FISHANI « la preuve en matière criminelle en droit français et iranien »,th. Univ, Paris I PANTHÉON_SORBONNE . 1er avril 1996.
- V., C. LAZERGES, « Le projet de loi renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes », RSC 1999. 166; « Le renforcement de la présomption d'innocence et des droits des victimes. Histoire d'une navette parlementaire presque achevée », Arch. pol. crim. 2000. 53; « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes: histoire d'une navette parlementaire », RSC 2000.