

Une prise de conscience tardive

L'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, rédigé comme le symbole d'un rempart aux mesures arbitraires appliquées par la justice criminelle, consacrait implicitement le principe directeur du procès pénal. Le XIX^{ème} siècle n'en perçoit pas non plus les véritables orientations. Sa consécration, comme mécanisme gouvernant le procès pénal, ne prend forme qu'à partir du moment où le droit pénal et la procédure pénale deviennent des matières autonomes par rapport à un droit civil omnipotent et souverain. Par ailleurs, l'influence certaine des recherches scientifiques entreprises sur le fait criminel, voire même sur le criminel lui-même, mais aussi le renforcement pour l'accusé de ne plus être seul lors de l'instruction, induit une autre approche de la preuve pénale. Ces éléments constituent le substrat sur lequel reposera une restructuration de cette discipline (¹¹⁸²), et par là même, l'émergence d'une véritable réflexion sur la démonstration de la vérité judiciaire.

Sous la plume de criminalistes reconnus (¹¹⁸³), la doctrine finalise progressivement le principe de la présomption d'innocence. Une littérature spécialisée en esquisse les mécanismes et fixera l'idée que ce principe est consubstantiel de la preuve pénale. Parce que l'accusé retrouve une place effective dans le procès pénal, se trouve consacrée une rupture avec le seul

¹¹⁸² Ainsi que le note Maurice GARÇON "*l'esprit et la méthode scientifique [...] ont ébranlé les fondements autrefois indiscutés sur lesquels reposait la répression [...] L'acte de foi sur lequel a reposé jusqu'ici l'œuvre de la répression sociale, la croyance à l'efficacité d'un châtement, infligé au coupable au nom de la justice éternelle et dans l'exacte mesure de la responsabilité pénale, n'a pas résisté*", cité par Jean Jacques ARNAUD, *les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, p. 109.

¹¹⁸³ Sont ainsi publiés le *Code pénal annoté* publié par Emile GARÇON de 1901 à 1911, le *Traité de science et de législation pénitentiaire* de Paul CUCHE en 1905 et enfin le *Traité théorique et pratique de droit pénal français* de René GARRAUD entre 1888 et 1894.

mécanisme de l'intime conviction qui commandait le jugement pénal. Les conditions se trouvaient réunies pour que se formalise le principe procédural qui organise dans toute son amplitude le procès pénal actuel. Bien que son émergence demeure relativement récente. (Chapitre 1), elle consacre doctrinalement le viatique réflexif et obligatoire des juges dans leur processus décisionnel. Pourtant, l'inflation législative qui étreint le droit pénal, parce qu'elle cherche à répondre aux modifications des comportements transgressifs et à leur multiplication, se révèle une fragilisation du principe. L'intérêt de la société l'emporte à nouveau sur les droits de l'accusé (Chapitre 2).

Chapitre 1 Un principe procédural exposé récemment

Chapitre 2 Un principe procédural reconnu mais fragile

Chapitre 1. Un principe procédural exposé récemment

La codification napoléonienne, importante par le corpus des textes qui la compose, n'est que la conséquence d'un lent travail de synthèse et d'unification des multiples sources du droit existant dans l'Ancien régime. En prétendant englober toute cette science, mais aussi parce que Napoléon ne manquait pas d'entretenir une certaine méfiance à l'égard des juristes, cette mise en forme du droit français allait cependant amener à ce que "*le pouvoir tente donc, par tous les moyens, d'empêcher la doctrine juridique de s'épanouir*"⁽¹¹⁸⁴⁾. La conséquence d'une telle vision aboutissait à un assèchement de la pensée juridique qui ne pouvait sortir du respect des règles ainsi codifiées. Les juristes n'avaient d'autres fonctions que de "*développer le texte législatif, à en éclairer au besoin les obscurités, mais non à faire acte de création du droit. Elle se ramenait à une exégèse, [...] mais qui ne constituait autrefois qu'une part de leur démarche intellectuelle*"⁽¹¹⁸⁵⁾. De fait, toute analyse créatrice ne pouvait s'organiser que dans le cadre d'une soumission à la lettre du texte posé par le législateur. Il ne pouvait être question d'interpréter, et encore moins de créer par amplification au regard du texte initial.

Par ailleurs, le règne absolu du droit civil aboutit en réalité à structurer toutes les autres disciplines sur lui. Ainsi le droit pénal et la procédure pénale, dont la finalité peut se définir comme la "*sanction de toutes les autres lois et [la] protection de l'ordre public*"⁽¹¹⁸⁶⁾, ne disposent-ils d'aucune autonomie, dans

¹¹⁸⁴ ARNAUD (André Jean), *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, p.49.

¹¹⁸⁵ THIREAU (Jean Louis), le Jurisconsulte, *Droits*, Revue française de théorie juridique, n°20, 1994, p. 29.

¹¹⁸⁶ ARNAUD (André Jean), *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, p.152.

leur domaine respectif d'application. Ils ne sont que les excroissances d'une discipline principale qui exerce une véritable souveraineté. De fait, si la problématique de la preuve pénale reste intimement liée aux règles posées par le Code de Procédure Civile, la démarche du juge s'inscrit quant à elle dans le cadre initialement fixé par l'article 24 du Titre VI du décret des 16-29 septembre 1791, et qui posait le principe d'une intime conviction entièrement libre. Le début du XX^{ème} siècle voit cependant les premiers signes d'un changement qui a pour conséquence d'encadrer la liberté du juge et de poser la nécessité de gouverner le procès pénal (section1) sans que pour autant ce principe soit effectivement reçu (section 2).

Section 1 Les premières évocations du principe

Section 2 Un principe qui ne concrétise pas

Section 1 Les premières évocations du principe

Le début du XX^{ème} siècle constitue le point de départ d'une autre réflexion sur la preuve pénale parce qu'il rompt avec le siècle précédant. Les ouvrages et traités universitaires consacrent des développements plus importants sur un sujet longtemps délaissé, abordant notamment une esquisse sur la démonstration de la culpabilité. En précisant la situation procédurale de l'accusé face aux poursuites engagées contre lui, la doctrine élabore un principe directeur du procès pénal (A) dont la réception définitive ne se fera que tardivement (B).

Paragraphe 1 Le tournant du XX^{ème} siècle

Evoquer la présomption d'innocence, c'est préciser l'existence d'un double mécanisme qui commande la décision du juge. Même si les premières années du XX^{ème} constituent un tournant sur ce point, il faut relever que certains frémissements se firent sentir sur ce sujet. En 1898, devait paraître un *manuel élémentaire de droit criminel conforme aux programmes universitaires, contenant le commentaire de la législation la plus récente* ⁽¹¹⁸⁷⁾, et qui consacrait un paragraphe aux notions générales qui sous-tendent la preuve pénale. Son auteur précisait qu'"en principe [...] elle est à la charge du demandeur, ministère public et partie civile, qui doit priver l'existence du délit et du dommage et la culpabilité de l'accusé. Tant que cette preuve n'est pas faite, l'inculpé bénéficie d'une présomption légale d'innocence qui ne tombe que devant la preuve contraire"⁽¹¹⁸⁸⁾.

¹¹⁸⁷ Cet ouvrage devait faire l'objet d'une seconde réédition en 1903.

¹¹⁸⁸ RADENAC (Louis), *Manuel élémentaire de droit criminel conforme aux programmes universitaires, contenant le commentaire de la législation la plus récente (Loi du 8 décembre 1897, sur l'instruction criminelle)*, Paris, 1898, p.220.

Ce dernier ne donne cependant aucune explication sur l'amplitude exacte de ce qu'il considère comme un principe. Simplement, il ajoute qu'il "*résulte de cette présomption que l'inculpé qui se borne à nier l'affirmation du délit ou de sa culpabilité, n'a aucune preuve à fournir de sa négation*"⁽¹¹⁸⁹⁾. Nous estimons que, derrière cette évocation fugace, se trouve évoquée indirectement l'idée que le régime de la preuve pénale, dans ses conséquences, ne peut recouvrir exactement celui de la preuve civile. La théorie générale sur la preuve fixée par le Code civil et le Code de procédure civile, et qui longtemps prédomina, ne pouvait intégralement s'appliquer dès lors que se trouvait en jeu la liberté individuelle. Il fallait admettre que l'accusé avait le droit de rester passif durant la procédure.

C'est toutefois en 1901 qu'il convient de dater les premiers grands développements consacrés aux règles qui organisent, dans son acception moderne, la présomption d'innocence. Georges VIDAL, professeur de droit criminel à l'université de Toulouse, publie cette année là, un *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* ⁽¹¹⁹⁰⁾ dans lequel il examine avec précision au livre II la *Théorie des preuves en droit pénal*. Sans faire de développements introductifs sur cette matière, c'est à dire sans l'intégrer plus globalement dans une démarche qui s'imposerait au juge dans sa recherche de la vérité judiciaire, l'auteur précise immédiatement dans son chapitre premier que, s'agissant de la charge de la preuve, elle "*doit être fournie par celui qui poursuit ; elle est à la charge du demandeur, ministère public et partie civile qui doit prouver l'existence du délit et du dommage et la culpabilité pénale et civile de l'inculpé : actore non probante reus absolvitur*"⁽¹¹⁹¹⁾. On retrouve

¹¹⁸⁹ RADENAC (Louis), *Manuel élémentaire de droit criminel conforme aux programmes universitaires, contenant le commentaire de la législation la plus récente (Loi du 8 décembre 1897, sur l'instruction criminelle)*, p. 220.

¹¹⁹⁰ Son *Cours de droit criminel* fut réédité à neuf reprises, la dernière datant de 1949. Il faut simplement noter qu'à partir de la quatrième réédition intervenue en 1910, Joseph MAGNOL reprendra la rédaction de cet ouvrage.

¹¹⁹¹ VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris, 1902, p. 755, n°715.

ici une écriture identique à celle du *manuel élémentaire de droit criminel* précédemment évoqué, et qui marque toute l'influence du système civiliste de la preuve. Le défendeur se trouve en situation d'attente qui pour autant ne lui préjudicie pas.

Il poursuit son raisonnement en posant comme conséquence que "*tant que cette preuve n'est pas faite, l'inculpé bénéficie d'une présomption légale d'innocence qui ne tombe et ne cesse de produire ses effets que devant la preuve contraire de la culpabilité: in dubio pro reo*"⁽¹¹⁹²⁾. Expression diaphane d'un principe qui se trouve néanmoins décrit, puisque l'auteur précise quelques lignes plus loin que "*l'inculpé qui se borne à nier l'existence du délit ou sa culpabilité n'a aucune preuve à fournir de sa négation, puisqu'il est protégé par la présomption d'innocence*"⁽¹¹⁹³⁾, Le mécanisme est parfaitement décrit dans ses étapes successives, à savoir la charge de la preuve puis la conséquence qu'il faut en tirer lorsqu'elle n'est pas établie. Toutefois, le second terme en est moins affirmé, si ce n'est par le renvoi à un adage latin bien connu sans qu'il soit explicitement fourni d'autre explication.

C'est avec Jean René GARRAUD ⁽¹¹⁹⁴⁾, que la véritable conceptualisation du principe de la présomption d'innocence s'opère réellement bien qu'elle éclate dans un silence préalable qui ne manque pas d'étonner. En publiant entre 1909 et 1929 un *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de*

¹¹⁹² VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, p.755, n°715.

¹¹⁹³ VIDAL (Georges), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, p.757, n°716.

¹¹⁹⁴ GARRAUD (Jean René), né à Sainte-Bazille (Lot et Garonne) le 20 novembre 1849, il meurt à Lyon le 11 novembre 1930. Docteur en droit en 1873, il est avocat stagiaire au Barreau de Paris quand il réussit le concours de l'agrégation en 1873-1874, avec une dispense d'âge. Nommé à Douai en 1874 où il enseigne le droit administratif, puis à Bordeaux, et enfin à Lyon où il deviendra professeur de droit criminel, poste qu'il occupera dans cette université pendant 46 ans. Parallèlement, il s'inscrit au Barreau de Lyon dont il en deviendra le Bâtonnier de 1914 à 1919. Fondateur avec LACASSAGNE des *Archives de l'Anthropologie criminelle*, il témoigne de l'intérêt des pénalistes français, durant cette période de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle pour la sociologie, et ce en réaction à l'école positiviste italienne. Sur le plan des idées, bien qu'il soit favorable à la relégation des récidivistes et des lois votées contre les anarchistes il convient de noter qu'il est convaincu que la peine de mort tiendra une place de plus en plus restreinte. Par ailleurs il souhaitera une double réforme, celle du Code pénal et celle du système pénitentiaire, aux fins d'y faire progresser l'individualisation de la peine.

procédure pénale (¹¹⁹⁵) qui ne connaîtra pas toutefois de réédition, le futur Bâtonnier de Lyon consacre, le premier, de longs développements sur la preuve en matière criminelle, mais aussi sur la présomption d'innocence, contrairement à un autre de ses ouvrages, le *Précis de droit criminel* publiés à de multiples reprises (¹¹⁹⁶), qui lui n'abordait aucunement l'examen de ce principe. Ce dernier théorise la preuve pénale dans son rapport à la procédure pénale. Selon lui, "*l'objet de la procédure est la découverte de la vérité, et la vérité, par rapport à la thèse du procès pénal qui est l'imputation d'un délit, doit aboutir à la démonstration de la culpabilité de l'accusé ou du prévenu. C'est ainsi que se pose la question de la preuve en matière répressive*", (¹¹⁹⁷). Aussi, en élargissant le champ de réflexion dans une acception qui entend intégrer d'autres concepts, le traité appréhende dans sa globalité le mécanisme de la présomption d'innocence.

Jean René GARRAUD pose à titre préliminaire l'axiome que, "*le procès pénal a, pour point de départ, un soupçon, sur lequel se fonde l'inculpation, et toute l'œuvre de la procédure tend à transformer ce soupçon en certitude*"(¹¹⁹⁸). Pour atteindre ce but il est indispensable de fixer un cadre réflexif qui permettra au juge de fixer la vérité judiciaire. La preuve pénale implique donc la mise en mouvement d'un mécanisme ternaire, à savoir "*1°À qui incombe le fardeau de la preuve ? 2°Quels sont les devoirs du juge si la preuve n'est pas rapportée ? 3°De quels faits est-on admis à faire la preuve ?*"(¹¹⁹⁹). Les réponses apportées aux deux premières questions concrétisent la présomption d'innocence dans sa finalité procédurale.

¹¹⁹⁵ Les trois premiers volumes sont publiés de 1907 à 1912, le quatrième en 1926, le cinquième en 1928, enfin le dernier volume sortira des presses en 1929. Il n'y eut toutefois qu'une seule édition de cet ouvrage.

¹¹⁹⁶ On compte 14 éditions de cet ouvrage entre 1881 et 1929.

¹¹⁹⁷ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907, Tome 1, p.475, n°227.

¹¹⁹⁸ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p.476, n°229.

¹¹⁹⁹ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p.476, n°229.

Sur la charge de la preuve, celui-ci précise qu'elle "*incombe entièrement à l'accusateur qui doit établir l'existence, aussi bien des éléments moraux que des éléments matériels de l'infraction*"⁽¹²⁰⁰⁾. Il s'agit d'une obligation qui pèse, sans conteste possible, sur l'une des parties au procès pénal, c'est-à-dire sur celui qui entend engager des poursuites contre un suspect. Ce dernier n'a pas à justifier de son absence de participation au fait qui lui est reprochés. Il n'a donc pas à démontrer son innocence en rapportant la preuve du contraire. Sans véritablement justifier les raisons de ce qu'il considère comme un principe, Jean René GARRAUD énonce simplement qu'il s'agit d'"*une règle de raison et de sécurité sociale*"⁽¹²⁰¹⁾. Il concrétise ce droit pour l'accusé de ne pas agir activement dès le début de la procédure, et plus précisément de ne pas chercher à se disculper. Cette problématique se trouve renforcée par la seconde réponse qu'il apporte en décrivant les "*devoirs du juge quand la preuve n'est pas rapportée*". Rappelant la maxime civile *actore non probante reus absolvitur* il considère que, "*c'est surtout en matière répressive que ce principe doit être respecté*"⁽¹²⁰²⁾, constatant cependant "*combien, dans le développement historique des institutions, on a eu de peine à y aboutir*"⁽¹²⁰³⁾, notamment par l'emploi de formules judiciaires qui laissaient l'accusé dans une situation incertaine.

Le principe procédural de la présomption d'innocence, dans son acception moderne, c'est-à-dire en tant que principe régulant la conduite du procès pénal, va continuer d'être évoqué, notamment à la veille de la seconde guerre

¹²⁰⁰ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p.477, n°230.

¹²⁰¹ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p. 477, n°230.

¹²⁰² GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p. 481, n°232.

¹²⁰³ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1, p. 481, n°232.

mondiale, sous la plume d'Henri DONNEDIEU de VABRES ⁽¹²⁰⁴⁾ qui publiait en 1938 un *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée* ⁽¹²⁰⁵⁾. Ce praticien et professeur de droit, consacrait dans cet ouvrage quelques développements sur la *théorie de preuves*. Considérant qu'elle se trouvait régie par plusieurs principes qui la différenciaient définitivement de la preuve civile ⁽¹²⁰⁶⁾, il expose que la charge de la preuve "*incombe à l'accusateur, c'est-à-dire au ministère public, et à la partie civile*"⁽¹²⁰⁷⁾. Il précise néanmoins que "*ce principe, qui s'applique au droit civil, s'applique plus rigoureusement au droit pénal ; l'inculpé est couvert par une présomption d'innocence*"⁽¹²⁰⁸⁾. Il poursuit en indiquant par ailleurs que "*l'insuffisance de la preuve de la part de celui qui agit doit avoir pour conséquence le rejet de sa prétention [...] Une règle absolue, dans notre droit contemporain, est que le doute bénéficie à l'inculpé*"⁽¹²⁰⁹⁾. Enfin, le dernier des principes évoqué consiste dans la possibilité que "*le juge apprécie en*

¹²⁰⁴ DONNEDIEU de VABRES (Henri), né le 8 juillet 1880 à Nîmes, il meurt en 1952 à Paris. Avocat, chargé de conférences à la faculté de droit de Paris en 1907 puis chargé de cours en droit criminel à Aix-Marseille de 1909 à 1910, il est reçu premier à l'agrégation de droit privé en 1910. Titulaire de la chaire de droit criminel en 1918 à Montpellier, il est chargé de cours à Paris en 1922 et sera nommé professeur de droit criminel en 1924, fonction qu'il exercera pendant plus de trente ans. En 1945, il est désigné comme juge au Tribunal de Nuremberg et, à ce titre, il fera part, dans un cours de doctorat dispensé à Paris, de ses doutes sur la notion de crime contre l'humanité. Attiré par le droit pénal international, il publie, en 1928, *les principes modernes du droit pénal international*, livre d'une étonnante actualité car réédité en 2005. Par la suite, il devait travailler au sein de commissions créées par l'ONU pour l'établissement d'un *Code pour l'établissement de la paix et la sécurité de l'humanité*.

¹²⁰⁵ L'ouvrage devait connaître trois publications successives, la dernière datant de 1949.

¹²⁰⁶ Selon DONNEDIEU de VABRES, "*le régime des preuves, en matière répressive, est dominé par trois principes qui constituent son originalité*". Celui-ci les précise immédiatement à la suite en indiquant que *la charge de la preuve incombe au demandeur, en matière pénale cette charge incombe à l'accusateur, que l'insuffisance de la preuve de la part de celui qui agit doit avoir pour conséquence le rejet de sa prétention* et enfin que *le juge apprécie en toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises*, DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, 1938, n°1211 et sqq., p.715 et sqq.

¹²⁰⁷ DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, n°1212, p.715.

¹²⁰⁸ DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°121 2, p.715.

¹²⁰⁹ DONNE n°121 DIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°1213, p. 716.

toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises. C'est le système de l'intime conviction"⁽¹²¹⁰⁾, qui, pour lui, "*consacre une nouvelle différence de notre droit moderne et de l'ancien droit*"⁽¹²¹¹⁾. Bien qu'il rattache expressément la présomption d'innocence au premier de ces principes, la charge de la preuve, il faut cependant constater que ce triptyque se trouve exprimé dans une logique qui correspond à l'opération intellectuelle suivie par le juge quand il décide de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé.

L'explication ainsi donnée de ce principe se retrouve également sous la plume Marcel FREJAVILLE, professeur à la faculté de droit de Caen. S'agissant du problème de la preuve, il énonce qu'elle s'organise autour de trois principes, parmi lesquels il ressort que la charge de la preuve prédomine. En effet, "*il résulte que si la partie publique ne parvient à faire qu'une preuve insuffisante, s'il subsiste un doute, ce doute s'interprète en faveur de l'accusé, Tout accusé bénéficie en droit pénal d'une présomption d'innocence*"⁽¹²¹²⁾. La lecture de cette doctrine montre donc que le double mécanisme procédural de la présomption d'innocence est ici parfaitement exprimé sans aucune réserve.

Pourtant, il faut remarquer qu'aucune explication véritable n'est apportée sur la soudaine émergence d'un principe qui rompt avec le long silence du XIX^{ème} siècle, même si une esquisse se dessinait sous la plume de certains criminalistes. On peut tenter de trouver une explication dans ce rééquilibrage qui s'opère entre les parties au procès pénal, et ce, depuis la fin du XIX^{ème} siècle. En effet, assisté de son avocat, l'accusé n'est plus seul dans le cabinet du juge d'instruction même si cet auxiliaire ne servira dans un premier temps qu'à garantir la régularité des interrogatoires et des actes d'instruction. On

¹²¹⁰ DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°1214, p. 717.

¹²¹¹ DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1938, n°1213, p.716.

¹²¹² FREJAVILLE (Marcel), *Manuel de droit criminel conformes au programme officiel des facultés de droit*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 1946, p. 217-218.

peut donc, à juste titre penser que le principe de la présomption d'innocence sert de guide dans le déroulement du mécanisme réflexif qu'entreprend le juge pour décider du sort de l'accusé. Il est une garantie aux excès d'une intime conviction qui continue à demeurer le seul moyen de décider de la culpabilité de l'accusé. Pour autant, ce principe qui s'est assis avec le temps ne fut pas reçu de façon unanime, notamment lorsque la science tenta d'expliquer le comportement de certains individus. Une certaine doctrine, venue d'Italie, et qui entendait relativiser la portée de ce principe, allait influencer certains pénalistes français.

Paragraphe 2 Un principe néanmoins critiqué dans son application.

Pour la science du droit, la fin du XIX^{ème} siècle constitue une rupture avec les principes juridiques élaborés par le droit napoléonien (¹²¹³). Leur fixité ne peut plus ignorer les évolutions scientifiques et sociales qui interférèrent sur l'interprétation que l'on donner aux règles fixées par les différents codes. Ainsi en est-il de la responsabilité pénale de l'individu. Au rebours d'une doctrine classique qui posait le principe du libre arbitre dans l'accomplissement de l'acte criminel, et donc d'une réponse sociale contraignante en raison de cet usage dévié de la liberté, un courant d'idée prenait en considération, non plus le sujet criminel, mais son environnement tant social que personnel. C'est dans ces conditions, que se développait l'idée que la violation de la norme sociale pouvait être la résultante de facteurs extérieurs au délinquant sur lesquels ce dernier n'avait guère de possibilité d'agir.

Développé par quelques criminalistes italiens d'horizon différent (¹²¹⁴), cette conception (¹²¹⁵) va également retenir l'attention de certains de leurs

¹²¹³ Comme le souligne André Jacques ARNAUD *"s'il fallait résumer sous quelques rubriques les principales mises en cause des principes du droit napoléonien, nous pourrions le faire sous trois chefs : individualisme et volontarisme, subjectivisme, moralisme"*, *les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, p.80-81.

¹²¹⁴ Il s'agit d'un médecin Cesare LOMBROSO (1835-1909), d'un professeur de droit pénal Enrico FERRI (1856-1929), et d'un magistrat Raffaele GAROFALO (1851-1934).

homologues français (¹²¹⁶), sans influencer sur les règles pénales et les principes procéduraux, et notamment sur celui de la présomption d'innocence. C'est Enrico FERRI (¹²¹⁷) qui, dans son livre *la sociologie criminelle* (¹²¹⁸), examine au chapitre IV, intitulé *les réformes pratiques*, le principe de la présomption d'innocence. Considérant, que "*les théories positivistes réduisent de beaucoup l'importance pratique du code pénal, [que] d'autre part elles augmentent bien plus celle des lois de procédure pénale, destinées à faire descendre les menaces législatives contre les crimes, sur le terrain pratique et quotidien de la défense sociale contre les criminels*"(¹²¹⁹), ce criminologue analyse ce qui pour lui, dans la procédure pénale, peut être considéré comme

¹²¹⁵ Enrico FERRI définit ainsi le fondement de ce mouvement de pensée. "*L'insuffisance des peines communes à retenir le flot de la criminalité ; l'augmentation obstinée de la récidive ; les conséquences souvent absurdes, toujours dangereuses de certaines théories sur la folie raisonnante et sur la force irrésistible greffées sur les théories mystiques de la responsabilité morale de l'individu ; l'exagération de certaines formalités de procédure ; l'union inorganique de certaines institutions nées dans d'autres milieux avec nos vieux systèmes de procédure et de détention ; tout cela et autre chose encore demandait et demande, dans la conscience générale, des remèdes scientifiques et législatifs, qui suppriment des abus évidents tout en faveur des criminels et au préjudice des hommes honnêtes. Voilà l'origine de l'école positiviste de droit criminel*", FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, Paris, 2004, p.6-7.

¹²¹⁶ André Jacques ARNAUD précise que, "*les criminalistes français adoptent deux propositions des positivistes : la négation du dogme de la liberté absolue et l'idée de défense de la société pour sa conservation*", *les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, p.96.

¹²¹⁷ Enrico FERRI, né à San Benedetto Po (Lombardie) en 1856, il meurt à Rome en 1929. Criminologiste, il est considéré comme l'un des fondateurs de la criminologie moderne. Député du parti radical puis du parti socialiste, il fut de 1899 à 1906 un leader charismatique, proche de des syndicalistes révolutionnaires. Après la 1^{ère} guerre mondiale, il se rapprocha des mouvements fascistes pour en devenir un fervent partisan.

¹²¹⁸ L'ouvrage fit l'objet de cinq publications en langue italienne, respectivement en 1881, 1884, 1891, 1900 et 1929. Deux d'entre elles furent traduites en français, celle de 1891 par Enrico FERRI lui-même et celle de 1900 par Léon TERRIER. A noter que l'édition de 1893 sera également traduite en anglais en 1895, et en allemand en 1896, ce qui permet d'en mesurer toute l'importance pour son auteur. A noter que la première édition de 1881 avait pour titre *I nuovi orizzonti de diritto e della procedurale penale* devenue, avec la seconde édition de 1884, *Sociologia criminale*.

¹²¹⁹ FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, p.431. Sur ce dernier point la traduction de 1905 précise que "*d'un côté elle projette une lumière plus vive sur les lois de la procédure et des mesures pénale [...] ; de l'autre elle impose la nécessité de réformer ces systèmes de procédure et de répression, pour les mettre en harmonie avec la nouveauté des données de la sociologie criminelle*", FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, Paris, 1905, p. 491.

"les nombreuses exagérations des théories classiques"⁽¹²²⁰⁾. Parmi celles-ci, il entreprend une lecture critique de la présomption d'innocence car il estime qu'elle doit se moduler en fonction du mode opératoire de l'infraction mais aussi eu égard à la personnalité judiciaire du délinquant. Le principe ne peut donc être absolu.

Reconnaissant l'existence du principe sans apporter de véritable explication sur son origine, Enrico FERRI, qu'il nous faut citer longuement, précise que *"la présomption d'innocence, et avec elle la règle plus générale-in dubio pro reo-, a certainement un fondement de vérité positive, et elle est vraiment obligatoire pendant l'instruction du procès [...] : il faut donc regarder comme honnête, jusqu'à preuve contraire, tout individu soumis à jugement. Mais lorsque la preuve contraire est évidente, par ex. dans les cas de flagrant délit ou bien de confession, confirmée par d'autres éléments du procès, il semble que la présomption devrait céder à la réalité des choses. Et cela surtout lorsqu'on a à faire à un criminel d'habitude"*⁽¹²²¹⁾. La position prise par ce professeur de droit pénal consiste donc à appréhender la présomption d'innocence comme une règle de conduite procédurale qui protège l'accusé mais dont l'application sera relative au regard des intérêts de la société qu'il convient de ne pas ignorer.

En effet, absolu, ou plus précisément indispensable, durant le temps du procès ou l'accusé se retrouve seul devant le juge, c'est à dire pendant la phase d'instruction (¹²²²), et qu'il apparaît nécessaire de le protéger contre des préjugements, le principe se rétracte devant ce que FERRI considère comme étant une évidence rationnelle, c'est-à-dire devant un élément matériel appréhendé physiquement. L'aveu ou le flagrant délit, combiné avec d'autres indices ou éléments matériels annihile le principe de la présomption

¹²²⁰ FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, p. 433.

¹²²¹ FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, p.433-434.

¹²²² La traduction de 1905 précise en effet que *"la règle plus générale-in dubio pro reo- a certainement un fond de vérité et même est vraiment obligatoire, quand il s'agit de la période préparatoire du jugement, c'est-à-dire de la procédure d'instruction, et qu'on n'a encore contre celui qui est l'objet d'enquête que de simples suppositions ou indices"*, FERRI (Enrico), *La sociologie criminelle*, traduction de 1905, p.493-494.

d'innocence De même si le prévenu est un délinquant d'habitude ou qu'il a un passé pénal. La conclusion que l'on peut tirer de ces quelques lignes fait apparaître que la présomption d'innocence, pour ce représentant de l'école positiviste italienne, ne se définit pas comme un mécanisme procédural.

Il s'agit d'une démarche qui, s'imposant momentanément au juge, protège l'accusé durant l'instruction mais qui tombe lorsque la réalité physique démontre sans contestation possible sa participation au fait criminel. Il ne peut en aucun cas s'agir d'un principe intangible et constant (¹²²³). Ce qu'il expose, c'est la nécessité de moduler la présomption d'innocence en fonction de la personnalité de l'accusé et ce, dans le seul but de protéger les règles sociales qui seraient fragilisées par les actes transgressifs. La présomption d'innocence ne peut ici s'interpréter comme le principe directeur du procès pénal.

L'influence de ce courant d'idées, indépendamment des critiques qu'il pouvait susciter (¹²²⁴), se fit sentir en France puisqu'il convenait dans le procès pénal, de considérer avec une autre amplitude les intérêts de la société ou de la victime sans pour autant sacrifier les droits de l'accusé. Gabriel

¹²²³ FERRI indique ainsi que, "*les exagérations de cette présomption in dubio pro réo sont dues à un procès de momification et de dégénérescence des regulae régis, par lequel celles-ci, nées de l'observation et généralisation d'une réalité existante, continuent à vivre et à être mécaniquement appliquées, lors même que cette réalité a changé et n'existe plus*", *La sociologie criminelle*, édition 2004, op. cit. , p.434. Il faut ici relever que la traduction de 1905 est particulièrement lourde, notamment dans le fait que le traducteur rajoute au texte initial. Il est ainsi écrit que "*la présomption d'innocence, illogique lorsqu'elle est absolue et ne fait aucune distinction, n'est en effet qu'un aphorisme juridique qui s'est bien éloigné de la réalité primitive, d'où il tirait son origine par ce procédé de momification et de dégénération des regulae regis qu' a signalé Salvioli, et qui n'est qu'un cas spécial de cet arrêt idéo-émotif que Ferrero mettait à la base psychologique des phénomènes de symbolisme, arrêt par lequel le signe et la formule, en s'immobilisant, se substituent à la chose et à l'idée qu'ils contestaient primitivement*", *La sociologie criminelle*, édition 1905, p.494.

¹²²⁴ Notamment chez Luigi LUCCHINI, professeur de droit criminel à Bologne qui écrit que "*la nouvelle école est absolument ignorante des principes qui servent de base à l'instruction criminelle chez un peuple civilisé [...]. Les positivistes n'ont même pas soupçonné que l'instruction criminelle a des horizons plus vastes que ceux qui nous apparaissent à première vue, et qu'elle ne se réduit pas à un seul but, la poursuite des malfaiteurs*", LUCCHINI (Luigi), *Le droit pénal et les nouvelles théories*, Paris, 1892, p. 344-345.

TARDE (¹²²⁵), qui entretint des relations épistolaires avec les criminalistes italiens, et dont il reconnaissait la valeur des travaux entrepris (¹²²⁶), évoque dans son ouvrage, *La Philosophie pénale*, la question de la certitude judiciaire et aborde implicitement le problème de la preuve pénale dans sa complétude, et donc dans le fait qu'elle soit imparfaite.

Dans les quelques développements que l'auteur y consacre, celui-ci fait valoir que les nouvelles théories de ces quelques criminalistes italiens n'ont pas réussi à cristalliser les conditions permettant de poser, de façon intangible, une vérité judiciaire incontestable (¹²²⁷). Malgré les progrès de la science et qui aboutissent à une meilleure appréhension technique des éléments matériels, objets de la preuve pénale, les réflexions sur la démarche qu'il convient d'adopter pour parvenir à la vérité judiciaire restent pauvres (¹²²⁸).

¹²²⁵ TARDE (Jean Gabriel), il naît à Sarlat le 12 mars 1843 et meurt à Paris le 12 mai 1904. Licencié en droit à la faculté de Paris en 1866, il devient Secrétaire assistant du juge de Sarlat en 1867. Substitut du procureur à Ruffec (Charente) en 1873, il devient Juge d'instruction à Sarlat en novembre 1875. Dans les années 1880, il entreprend, parallèlement avec sa carrière de magistrat de province, une activité intellectuelle, philosophique, juridique et littéraire. Participant aux travaux de la société générale des prisons, il collabore, dès 1887, à la revue d'Alexandre LACASSAGNE *Archives d'Anthropologie criminelle, de criminologie et de psychologie normale et pathologique*, dont il devient Codirecteur en 1893. Nommé Directeur du service de la statistique au ministère de la justice en 1895 puis Professeur au Collège de France en 1900, il entrera la même année à l'Institut. En relation avec les fondateurs de la criminologie italienne, il publiera en 1900, pour répondre aux idées développées par l'*Ecole italienne*, deux ouvrages qui le rendront célèbre, *Les lois de l'imitation* et *La philosophie pénale*.

¹²²⁶ Il écrit ainsi que "*ce n'est point par une coïncidence fortuite que l'initiative des grandes réformes en législation pénale, depuis le moyen âge, est partie de l'Italie. Le fondateur de la nouvelle école d'anthropologie criminelle, M. Lombroso, en donnant cette direction tenace à l'activité de son esprit, a obéi plus qu'il ne croit à une suggestion ancestrale [...]. M. Enrico Ferri est venu, et, avec ses rares qualités d'assimilation et de synthèse, de lucidité et de force qui font de lui un organisateur et un vulgarisateur d'idées à un degré également éminent, il a complété l'œuvre du maître [...]. Il a eu une pour auxiliaire toute une phalange d'esprits novateurs [...] M. Garofalo, le plus fin logicien du groupe, qui s'est efforcé de conduire la doctrine au point de majorité juridique, apparente plus que réelle, ou les réformes législatives à tenter se formulent d'elles mêmes*", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, Paris, 1972, p. 46-47.

¹²²⁷ "*Si la nouvelle école apportait à la justice de nouveaux éléments d'information, si elle pouvait sérieusement proposer son signalement anthropologique du malfaiteur comme une présomption grave de culpabilité, elle aurait un titre incontestable à l'honneur d'être réformatrice*", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 459.

¹²²⁸ "*En fait tous les progrès judiciaires ont été accomplis dans le sens de la preuve plus facile, ou plus prompte, ou plus complète, et toutes les inventions ou les perfectionnements modernes ont servi à cela*", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 459.

Pour lui, la faute en incombe aux philosophes qui "*dans leur prétention d'atteindre, comme les géomètres à des vérités nécessaires [...] ont appris à dédaigner sous les noms méprisants de probabilités, de preuves morales, d'empirisme, tous les degrés de croyance inférieure à cette intensité superlative de conviction qu'ils ont intitulé certitude*"⁽¹²²⁹⁾.

Ce cadre imposé au droit criminel à partir du moyen âge ne pouvait que conduire le juge à condamner sans que celui-ci dispose effectivement de la certitude. Dès lors est-il nécessaire "*d'avoir conscience des ces calculs, de ces dosages intimes auxquels on soumet à son insu sa propre foi*"⁽¹²³⁰⁾ puisque "*la philosophie confesse que sa destinée est de naviguer à la surface ondoyante du probable sans atterrir jamais au certain*"⁽¹²³¹⁾. Gabriel TARDE estime que la science criminelle ne peut faire autrement que de suivre ce raisonnement ⁽¹²³²⁾ qui consisterait à moduler la décision renvoyant l'accusé des fins de la poursuite.

Comme il le précise, "*il est tout aussi utile de distinguer, si l'on acquitte, entre l'affirmation de l'innocence et le refus d'affirmer la culpabilité faite de conviction suffisante, que de distinguer, si l'on condamne, entre la condamnation avec circonstances atténuantes. Souvent, en accueillant les circonstances atténuantes, le juge ou le juré veut dire qu'il n'est pas assez convaincu pour condamner purement et simplement*"⁽¹²³³⁾. Pour celui qui fut juge d'instruction, et donc familier du Code d'instruction criminelle, l'aveu est ici passé que le doute ne profite pas à l'accusé puisqu'"*une haute*

¹²²⁹ TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 460.

¹²³⁰ TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 461.

¹²³¹ TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 462.

¹²³² "*Les doctrines criminalistes devaient prendre exemple sur elle et faire entrer en ligne de compte les doutes, les présomptions, les faibles persuasions du juge ou du juré, comme les philosophes évaluent à la hausse ou à la baisse de la foi générale du monde savant relativement à une théorie controversée*", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 462.

¹²³³ TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 462-463.

probabilité, plus ou moins voisine de la certitude, rend un accusé condamnable"⁽¹²³⁴⁾, et ce d'autant plus que les circonstances qui accompagnent le procès peuvent influencer sur la décision qui sera prise (¹²³⁵). Il n'est cependant pas envisagé de présumer l'accusé innocent, dès le début de l'enquête, et tout au long de la procédure, même si les juges vont se voir soumis au verbe des acteurs judiciaires, et ce dans un mouvement d'oscillation qui prendra fin lors de la défense de l'accusé (¹²³⁶). Pour éviter que les décisions prises laissent supposer l'existence d'un questionnement sur la culpabilité, Tarde propose alors "*d'accorder au jury la faculté de répondre non seulement par oui ou par non, mais encore par non liquet*". Cette position procédurale montre avant tout que la culture du doute au seul bénéfice de l'accusé n'est pas véritablement reçue, et ce compte tenu de l'opposition qui existe entre l'intérêt de la société et l'intérêt de l'accusé.

L'auteur le confirme en précisant qu'"*en principe l'exigence des preuves doit croître avec la grandeur du crime*"⁽¹²³⁷⁾. La conviction du juge n'est pas une mais différenciée par rapport à la qualité du crime. Cela signifie donc qu'il ne peut y avoir de principe qui régle la preuve pénale car contingente de l'intérêt sociétal. Néanmoins, et malgré la diffusion de cet ouvrage, l'influence de l'école italienne, et de ses développements sur un principe de présomption d'innocence qui serait modulable, demeure sans véritable portée sur la réception du principe, non seulement dans la doctrine pénale française mais aussi dans la jurisprudence. Cependant, cette doctrine pose le problème de la présomption d'innocence dans son rapport à l'accusé en tant

¹²³⁴ TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 463.

¹²³⁵ "*Il y a loin du vague soupçon qui fait tomber la tête tomber d'un homme en temps de révolution ou de guerre au luxe de charges accumulées dont la justice croit avoir besoin en temps ordinaire pour condamner à huit jours de prison, avec l'assentiment du public, un personnage puissant et sans antécédent judiciaire*", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 463.

¹²³⁶ "*Quand un crime atroce vient épouvanter le public, [...] il semble qu'il faille à tout prix découvrir l'auteur de l'effroi commun et que l'individu le plus compromis, [...] doive être le bouc émissaire. Le juré reste sous cette impression inconsciente aussi longtemps que le réquisitoire du ministère public lui retrace les détails du crime [...]. Mais dès les premiers mots de l'avocat son indignation se change en pitié*", TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 464.

¹²³⁷ TARDE (Gabriel), *La philosophie pénale*, p. 464.

qu'individu, c'est-à-dire d'une subjectivisation de ce principe et non dans son rapport à l'accusé en tant que partie prenante à la procédure. Elle en fragilise ainsi la définition.

Section 2 Un principe qui ne se concrétise pas

Le XX^{ème} siècle naissant, marque le point d'ancrage de la présomption d'innocence. Les premières publications la définissent comme un principe directeur du procès pénal. Cette définition se heurte cependant à l'idée que le principe puisse constituer pour l'accusé un droit fondamental. Une confusion se dessine donc (Paragraphe 1), d'autant plus que la pratique judiciaire ne pose aucune définition précise (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Un principe troublé

Le mécanisme procédural posé par la présomption d'innocence qui induit que la charge de la preuve incombe au demandeur et que le bénéfice du doute profite à l'accusé sous la forme d'un renvoi des fins de la poursuite, constitue actuellement, dans la doctrine contemporaine, et a fortiori depuis la loi du 15 juillet 2000, le viatique imposé au juge répressif. Pour autant, ce qui constitue un principe procédural purement mécaniste dans la démonstration de la preuve pénale, connaît une altération dans la perception que l'on peut en avoir. Praticiens et théoriciens du droit pénal et de la procédure pénale assurent-ils, dans leur sphère d'activité respective une lecture permanente de ce mécanisme principiel ? La réponse aboutit à conditionner une définition de la présomption d'innocence qui sort du champ procédural. Le problème qui se trouve ici posé, repose sur l'incidence que peut avoir, l'interconnexion entre le respect des droits de la défense et l'innocence supposée. Faut-il constater que le droit à l'innocence soit le corollaire d'une reconnaissance emblématique d'un droit subjectif extrapatrimonial ou d'un véritable présupposé qui ne pourra tomber que devant la preuve contraire ? L'examen de la doctrine ou des commentaires de jurisprudence, montre que le principe énoncé dans ses mécanismes procéduraux se trouve en décalage avec la perception que l'on peut en avoir.

Ainsi, dans un commentaire établi à la suite d'un arrêt rendu le 15 mars 1929, par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (¹²³⁸) était-il exposé par son auteur (¹²³⁹) tout l'intérêt de cette décision sur le problème de la preuve pénale (¹²⁴⁰). Poursuivant néanmoins son raisonnement de manière plus péremptoire, il écrivait que, "*sur l'existence de ces deux principes, il ne saurait y avoir d'hésitation possible. Une présomption d'innocence couvre tout inculpé [...]. Ce n'est pas l'accusé qui doit justifier de son innocence*"(¹²⁴¹). Cette affirmation s'inscrit dans la ligne doctrinale ouverte par Jean René GARRAUD dans son *Traité d'instruction criminelle*, quand il apporte toute précision sur la démonstration de la culpabilité.

Cependant, et bien que le mécanisme de la preuve pénale soit explicité (¹²⁴²), le commentateur esquisse la nature de ce principe. Il écrit, qu'"*il en est ainsi, parce que ni le dol ni la perversité se présument ; et que par l'accusation, on prétend faire sortir quelqu'un de la catégorie des honnêtes gens [...] pour le ranger dans celle des délinquant [...]. Si l'accusation ne parvient pas à faire cette preuve, le doute reste favorable à l'inculpé : in dubio pro reo*"(¹²⁴³). Ce

¹²³⁸ La haute juridiction confirmait un arrêt ayant déclaré coupable de vol un héritier légitime non réservataire qui s'était emparé du testament que le de cujus avait établi au profit de son épouse.

¹²³⁹ Jacques André ROUX fut Professeur de Droit à la Faculté de Strasbourg, mais aussi Conseiller à la Cour de Cassation. Il devait publier en 1920 un *Cours de droit pénal et de procédure pénale* puis en 1927 un *Cours de droit criminel français*.

¹²⁴⁰ "*Les solutions de l'arrêt rapporté, exactes à ce qu'ils me semblent, mettent en jeu les principes de preuve en matière criminelle, et apportent à deux d'entre eux une intéressante limitation : elle concerne l'obligation qui est la charge du ministère public d'établir les éléments du délit, ainsi que la règle qui décide de résoudre le doute en faveur de tout inculpé*", Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p.353.

¹²⁴¹ Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p.353.

¹²⁴² Il faut cependant noter que dans la deuxième édition de son *Cours de droit criminel* publié en 1927, le commentateur de l'arrêt est moins explicite sur la portée de ce principe. Il écrit en effet, en parlant de la charge de la preuve que "*Tout fait qui existe, est, parce qu'il existe, accompagné d'une présomption juridique, véritable ou simplement apparente. C'est à la partie, qui prétend écarter la présomption, qui accompagne le fait, à en fournir la preuve. Ainsi, tout inculpé étant présumé innocent jusqu'au jugement, c'est à celui qui prétend renverser cette présomption, qu'il incombe d'établir la culpabilité*", ROUX (J.-A.), *Cours de droit criminel*, Paris, 1927, p. 275-276.

¹²⁴³ Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p. 353.

qui transparaît ici, c'est l'idée que l'accusé ne peut initialement être mauvais. Il lui serait reconnu une présomption de bonté (¹²⁴⁴) qui exprimerait un principe général de probité, et dont l'une des conséquences consisterait à le dispenser d'avoir à prouver son innocence.

Pour autant, l'analyse de Jacques André ROUX, qui expose le double mécanisme de la présomption d'innocence, s'inscrit dans une subjectivisation de ce principe. La démonstration aboutit à mettre en évidence, un principe actif régulant le seul rapport antagoniste, entre l'individu poursuivi et la société ou la partie civile qui accuse, alors qu'il participe en réalité de la seule procédure pénale, c'est-à-dire des critères techniques qui fixent la situation juridique de chacune des parties et dirigent le procès pénal.

Cette approche singulière de la présomption d'innocence se trouve exprimée, sous la plume de ce commentateur quelques lignes plus loin. Il précise que *"s'il est vrai, que l'on doit faire bénéficier le prévenu des deux normes, qui viennent d'être rappelées, on conçoit cependant à leur application une réserve. Il ne faut pas que l'inculpé se soit déjà mis de lui-même en dehors de la conduite des honnêtes gens et qu'il n'ait pas par des actes qui le rendent suspect de fraude mis lui-même le ministère public dans l'impossibilité de faire les preuves dont la loi l'a chargé"* (¹²⁴⁵). La présomption d'innocence ne s'appliquerait qu'à un accusé comparaisant pour la première fois devant la justice, ou qui n'aurait pas cherché à dissimuler ou à faire disparaître les éléments matériels constitutifs de la réalité de l'infraction qu'on lui impute.

Pour l'auteur de cette note, le principe ne peut recevoir application car les accusés auraient cette obligation de justifier de leur innocence (¹²⁴⁶). Le

¹²⁴⁴ Sur cette explication du principe nous renvoyons à la thèse d'Henri HENRION, *la nature juridique de la présomption d'innocence* et plus précisément au Chapitre I et II du Titre I intitulé *Explication de la nature juridique de la présomption d'innocence*.

¹²⁴⁵ Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930, p.353.

¹²⁴⁶ Jacques André ROUX estime ainsi qu'*"en pareil cas, il est juste que la situation soit retournée ; et qu'en présence de son dol, qui a ôté au ministère public le moyen d'établir sa culpabilité, on lui demande de justifier de son innocence"*, Cass. Crim., 15 mars 1929, Dalloz 1930,

Conseiller à la Cour de Cassation inscrit son propos sur le principe de la présomption d'innocence dans celle des représentants de *l'Ecole positiviste italienne* qui estimait que les délinquants multirécidivistes ne pouvaient bénéficier de l'application de ce principe (¹²⁴⁷). Il faut ici considérer qu'à partir de cet arrêt, ou plus précisément du commentaire qui en est fait, se trouve induit une hiérarchisation dans les mécanismes qui expliquent la présomption d'innocence. La charge de la preuve constitue un mécanisme d'importance parce qu'il est intimement lié à l'accusé qui s'en trouve bénéficiaire. C'est parce qu'elle le libère de toute initiative dans la démonstration de son innocence que ce mécanisme procédural s'inscrit dans une subjectivisation du principe.

On va retrouver, dans une autre décision, cette corrélation toute particulière entre la protection des droits dont bénéficient l'accusé et ce droit à la présomption d'innocence, dans un arrêt dont la motivation demeure étonnante. La Cour d'Appel de Bourges, le 9 mars 1950, condamnait un commissaire de police prévenu de coups et blessures volontaires sur la personne d'un gardé à vue en considérant "*qu'il est inadmissible qu'un prévenu, qui doit être présumé innocent tant que sa culpabilité n'est pas établie, soit soumis par les policiers qui l'interrogent à des voies de fait destinées à la placer dans un état de déficience physique et morale et à lui arracher des aveux qui, par la suite, seront rétractés*" (¹²⁴⁸). Une telle motivation renvoie ici à l'origine même du principe de la présomption

p.353, sur ce dernier point nous considérons cependant que cette rédaction restrictive inscrit le renversement de la charge de la preuve, non seulement par rapport à une attitude dolosive de l'accusé, mais aussi par rapport à sa personnalité.

¹²⁴⁷ La démarche s'inscrit dans une conception rigoureuse de l'application qui doit être faite de la loi pénale. Jacques André ROUX écrit dans sa préface du *Cours de droit criminel français*, qu'"*on a peut être donné à la lutte entre les écoles philosophiques qui se sont succédés au cours du XIX^e siècle une importance trop exclusive. [...] on ne peut pas tout expliquer par elle ; et il y a lieu de faire place à une autre idée, qui ne doit pas être négligée : la crise de l'autorité [...] il s'est affaibli entre les mains du législateur qui, craignant de paraître rigoureux, a multiplié les institutions de pardon, brisé la force de la loi sur pénale par l'abus des lois d'amnistie [...] Et son affaiblissement s'est continué entre les mains des magistrats qui ont hésité à utiliser la totalité des pouvoirs répressif qui leur étaient attribués*", ROUX (Jacques André), *Cours de droit criminel français*, Paris, 1927, Tome I, préface, p. V-VI.

¹²⁴⁸ CA Bourges, 9 mars 1950, JCP, n° 5594.

d'innocence voté par les Révolutionnaires en ce qu'il s'agissait de constituer un rempart juridique face aux mesures prises et suivies par les autorités judiciaires dans le cadre des enquêtes initiées par les services de police.

Dans cette décision, dont la motivation se trouve essentiellement articulée autour des violences commises par un fonctionnaire de police, la présomption d'innocence n'est pas évoquée comme un mécanisme qui organise le procès pénal, mais comme une garantie individuelle offerte à celui qui fait l'objet de mesures plus que vexatoires exercées dans le cadre d'une enquête de police. Cette confusion entre le principe procédural de la présomption d'innocence et le droit d'être reconnu innocent se poursuit sous la plume d'une partie de la doctrine, ce qui alimente une confusion dans la réception effective de ce principe.

Paragraphe 2 Une définition confuse

Le constat doit être posé que ce qui définit et différencie la preuve pénale de la preuve civile se situe dans cette nécessité qu'il importe de limiter, autant que faire se peut, toute privation de liberté. Cette thématique sera développée dans un ouvrage du doyen Jean CARBONNIER, intitulé *Instruction criminelle et liberté individuelle* (¹²⁴⁹), et dont le thème se trouve axé sur la problématique de la *détention préventive* qu'il qualifie de "*point de rencontre entre la liberté individuelle et l'instruction criminelle*" (¹²⁵⁰). L'auteur estime qu'il est indispensable d'adapter (¹²⁵¹) l'exercice de la liberté individuelle et les atteintes qu'elle peut subir au cours de l'instruction criminelle (¹²⁵²). Selon

¹²⁴⁹ Publié en 1937, il fut pour partie diffusé dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* la même année.

¹²⁵⁰ CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 4.

¹²⁵¹ Il écrit ainsi que "*la détention préventive est un mal, mais c'est un mal nécessaire*", CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 37.

¹²⁵² "*On ne le conteste pas, mais on fait observer que l'agencement de la procédure peut influencer l'issue du procès pénal, et que cette issue, ce peut être la condamnation de l'inculpé à une peine privative de liberté. C'est contre la peine que la procédure pénale a pour mission de protéger la liberté individuelle, et l'on peut dire que toute disposition de cette procédure est, soit une menace,*

lui, la présomption d'innocence se trouve affaiblie et même remise en cause par les mesures coercitives appliquées durant l'instruction. Cette dénonciation des effets pervers de l'emprisonnement préventif (¹²⁵³), prend sous la plume du doyen Jean CARBONNIER, des accents prémonitoires sur l'impossible conciliation entre le fait que la liberté demeure le principe et que la détention soit l'exception. Les contraintes judiciaires liées à la complexité des affaires criminelles ne font qu'accentuer le conflit entre deux statuts antinomiques.

On retrouve une approche identique dans un article d'un autre professeur de droit intitulé *le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*. Ce dernier, qui ne manque pas de rappeler l'existence d'une théorie juridique de la preuve fixée par le droit civil (¹²⁵⁴), précise qu'elle revêt en droit pénal une acception plus spécifique où se trouve intégrée l'opposition entre l'intérêt poursuivi par la société et l'intérêt privé de l'accusé (¹²⁵⁵). Comme il le souligne, "*En matière pénale le débat s'élève entre l'intérêt de la société à poursuivre et à châtier les délinquants et les criminels et d'autre part la*

soit une garantie pour la liberté, suivant qu'elle risque de faire condamner un innocent ou qu'elle est, au contraire propre à empêcher l'erreur judiciaire", CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 3

¹²⁵³ "*La détention préventive représente un mal pour les coupables parce que, sans elle, beaucoup de ceux qui ont été déclarés coupables auraient pu légitimement être déclarés non coupables. Nous ne disons pas que la détention préventive crée l'erreur judiciaire. Mais c'est un fait que la culpabilité n'apparaît pas toujours clairement [...]. Mainte affaire pénale se présente en soi, en pure justice, comme indécise, et ce sont des impondérables qui emportent la décision, La détention préventive est de ces impondérables. [...]. Dans ces cas douteux, qu'il faut résoudre trop vite, le tribunal, qui aurait vraisemblablement relaxé un inculpé libre, prononcera contre un inculpé détenu une courte peine d'emprisonnement, telle que, par le jeu de l'imputation, elle n'ait pas à être exécutée, mais qui n'en constitue pas moins un malheur pour le condamné*", CARBONNIER (Jean), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1937, p. 41.

¹²⁵⁴ "*Le Code civil a prévu les modes de preuve des divers faits et situations juridiques ; il en indique la valeur probante ; il en répartit le fardeau entre les parties au litige. Le Code de procédure civile édicte les règles suivant lesquelles ces preuves doivent être administrées en justice*", PATARIN (Jean), *le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, 1956, p. 9

¹²⁵⁵ "*En matière pénale, les intérêts engagés dans l'instance sont beaucoup plus considérables. La recherche de la vérité n'est plus simplement au service d'intérêts particuliers et restreints. Elle sert d'une part l'intérêt de la société tout entière à se défendre contre des agissements préjudiciables à l'ordre et à la paix publique et d'autre part la liberté et la dignité individuelles de l'auteur prétendu de ces agissements*", PATARIN (Jean), *le particularisme de la théorie des preuves...*, op. cit. , p.10.

défense de la liberté individuelle "(¹²⁵⁶). La question se pose de savoir, si la charge de la preuve ne doit pas être répartie autrement, et ce, compte tenu des intérêts en jeu, ou plus précisément en fonction du seul intérêt de l'accusé.

Henri DONNEDIEU de VABRES se situe également dans cette ligne de pensée puisqu'il considère, dans son *Traité de droit criminel et de législation comparée*, que la présomption d'innocence " *est une garantie de la liberté individuelle*"(¹²⁵⁷). Dans cette affirmation, on retrouve la sonorité qui avait présidé à la rédaction de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme. Il s'agit de limiter la coercition dont dispose le pouvoir judiciaire pour attenter le moins possible à la liberté de celui qui se trouve mis en cause, et ce durant tout le temps de la procédure.

Le primat de la liberté l'emporte donc sur la règle procédurale. Ce qui importe, c'est d'assurer la protection de l'accusé, ce qu'exprime sans ambiguïté, Jean PATARIN qui écrit que " *la protection de la liberté individuelle commande de considérer comme innocent l'inculpé, le prévenu ou l'accusé soupçonné d'être l'auteur de l'infraction donnant lieu aux poursuites tant que sa culpabilité n'aura pas été établie et judiciairement reconnue*"(¹²⁵⁸), ou plus précisément, comme il l'indique quelques lignes après " *il intervient en droit pénal une présomption d'innocence qui, d'un bout à l'autre de la procédure met les parties du point de vue de la preuve dans une situation particulière*"(¹²⁵⁹). Au regard de ce qui est précédemment précisé, il nous faut relever que la définition de la présomption d'innocence résiderait incontestablement dans une vision absolutiste de la liberté individuelle, qu'il faut impérativement préserver des atteintes que l'Etat peut

¹²⁵⁶ PATARIN (Jean), le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p.18.

¹²⁵⁷ DONNEDIEU de VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation comparée*, p. 715.

¹²⁵⁸ PATARIN (Jean), le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p.13.

¹²⁵⁹ PATARIN (Jean), le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p.13.

mettre en place lorsque la norme sociale est transgressée, et non dans la reconnaissance d'un mécanisme procédural qui organise l'enquête, l'instruction puis le procès.

Cette position est confirmée quand l'auteur évoque "*le caractère original de la présomption d'innocence en droit pénal*". Il écrit, sur la répartition de la charge de la preuve, que "*si la société a intérêt à faire punir les coupables, elle ne saurait atteindre dans son honneur et sa liberté un innocent. La défense de cette liberté jusqu'à la preuve complète de cette culpabilité ne saurait subir de limitation, car l'intérêt défendu est un droit fondamental de la personne humaine*"⁽¹²⁶⁰⁾. Se trouve ici exposée une conception individualisée de la présomption d'innocence et non le mécanisme procédural qui dirige la poursuite pénale et les conséquences judiciaires qui peuvent en découler.

C'est dans ce rapport de nécessaire équilibre, entre l'accusé et la toute puissance de la société, que s'inscrit la définition de ce principe. Le cheminement procédural et probatoire qui conduit jusqu'au procès pénal n'intègre aucunement la nécessité de dépasser le rapport antagoniste entre les parties au procès, c'est-à-dire celui qui consiste à rechercher ce point de convergence entre des intérêts opposés. Bien au-delà, on retrouve toute la perception révolutionnaire de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui entendait être le rempart des mesures arbitraires et attentatoires à la liberté. C'est donc la protection de cette liberté qui conditionne la gestion des rapports procéduraux entre la partie poursuivante et celui qui est poursuivi, et non la nécessité de l'encadrer dans une démarche logique qui organise, non sans rationalité, la recherche de la vérité judiciaire, et par là même la démonstration de la culpabilité.

Cette recherche permanente de placer les droits de l'accusé comme interdépendants de la présomption d'innocence se trouve précisée dans une décision de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 2 mars 1966 qui

¹²⁶⁰ Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 18.

énonce de manière lacunaire, que *"la preuve que les infractions ont été commises par un personne poursuivie, incombe au Ministère public"*⁽¹²⁶¹⁾, mais dans la note qui lui est consacrée. L'intérêt de cet arrêt pour son commentateur¹²⁶² résidait dans *"les conséquences pratiques qu'il attache à l'affirmation d'un principe difficilement contestable"*⁽¹²⁶³⁾. Pour ce dernier, le mécanisme qui impose au ministère public de supporter la charge de la preuve constitue de fait *"une adaptation du principe de technique processuelle actor incumbit probatio, la règle prend ici une valeur, au regard des droits individuels, spécifiques du régime des preuves en droit pénal"*⁽¹²⁶⁴⁾. Si la conséquence de ce que recouvre la présomption d'innocence est à nouveau affichée de manière péremptoire, le commentateur n'en décline pas sa finalité dans une acception purement procédurale et qui régit les règles de l'enquête, de l'instruction et du procès pénal, mais plutôt comme un droit attaché à la personne de l'accusé.

Une telle perception de la présomption d'innocence demeure vivace dans la production littéraire contemporaine, bien qu'elle retienne également, certes partiellement, la déclinaison procédurale de ce principe. Ainsi, peut-on lire dans un article publié au *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* en 2003, que *"cette notion est en réalité ambivalente. D'une part, elle semble pouvoir être succinctement définie comme une règle attribuant le fardeau de la preuve pénale au ministère public [...]. D'autre part, une seconde acception de la présomption d'innocence doit être dégagée [...]. Il s'agit à vrai dire d'un droit subjectif extrapatrimonial, et non d'une véritable présomption"*⁽¹²⁶⁵⁾. Manifestement, au regard de ce dernier article, il y a là un état des lieux de la présomption d'innocence qui consiste dans la

¹²⁶¹ Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 25

¹²⁶² Il n'y aucune indication sur l'identité de ce commentateur.

¹²⁶³ Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 25.

¹²⁶⁴ Cass. Crim., 2 mars 1966, JCP 1967, n° 15046, p. 25.

¹²⁶⁵ AMBROISE CASTEROT (Coralie), Présomption d'innocence, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2003, p. 1.

superposition d'un droit subjectif universalisé et d'une règle objective permanente qui s'impose au juge sans restriction, mais qui demeure partielle puisque le bénéfice du doute n'est pas réellement rappelé (¹²⁶⁶).

Ce qui transparaît à l'examen de cette littérature juridique mais aussi au travers de ces quelques décisions de jurisprudence, certes minimes, c'est la prévalence d'une subjectivisation de ce principe. L'accent est mis sur la prépondérance d'une protection de l'accusé et non sur la régulation des rapports antagonistes entre les parties au procès pénal. Plus précisément la démonstration de la vérité judiciaire doit s'inscrire dans la protection de celui qui est poursuivi. Une ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat rendue le 14 février 2005 confirme cet état de confusion sur le principe fixé par l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. En énonçant que "*la présomption d'innocence, qui concourt à la liberté de la défense, constitue une liberté fondamentale*"(¹²⁶⁷), la juridiction administrative fragilise toute la construction procédurale qui s'était élaborée depuis le début du XX^{ème} siècle mais surtout maintient le trouble sur l'exacte définition de ce principe.

¹²⁶⁶ Il faut ici noter que dans l'index alphabétique l'article ne consacre aucun renvoi à l'expression bénéfique du doute ou à l'expression *in dubio pro reo*.

¹²⁶⁷ C.E. (Ord.ref.), 14 mars 2005, Gaz. Pal., 9-11 octobre 2005, p.25.