

CLAUDE LOMBOIS

La présomption d'innocence

Si l'on vous dit que c'est un Grand Principe, n'allez pas le croire, ou pas trop vite. La Déclaration des Droits énonce, en effet, et vigoureusement, quelques grands principes de Droit pénal : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » ou « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie antérieurement au délit ». En telle compagnie, comme en celle d'autres fortes maximes de la même encre, la présomption d'innocence fait pâle figure. Jugez plutôt :

Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

Il y a là trois propositions, aux rapports mal ordonnés.

D'abord, la présomption d'innocence, ravalée au rang de subordonnée causale, parce que réduite à un rôle explicatif, non point normatif.

Ensuite, le caractère exceptionnel de la détention avant jugement. Moins encore que subordonnée, sa formulation est incidente et un adjectif — « indispensable » — est là pour suggérer plus que pour affirmer.

La proposition principale, enfin, la seule à effet direct, n'est certes pas fausse en elle-même, mais semble faussement justifiée. La force publique doit se doser exactement en fonction de la résistance qu'elle trouve à briser. Mais cela, vrai en toutes occasions qu'elle peut avoir de s'exercer, se fonde sur le refus de toute souffrance inutile, non sur le soin de conjurer le risque de faire souffrir un innocent. Les coupables avérés ne sont pas hors la loi.

Deux siècles plus tard, cet écheveau est mieux démêlé par deux instruments internationaux, intégrés au droit français : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

L'une — signée en 1950, applicable en France depuis 1974 — et l'autre — 1966, 1981 — affirment la présomption d'innocence comme règle, non seulement comme raison, et comme règle autonome : les développements dont elle est susceptible restent à déduire.

La détention provisoire (*i.e.* avant jugement irrévocable de culpabilité) est un de ces développements possibles. La *Convention* l'évite. Selon elle, des dérogations peuvent être apportées au droit à la liberté : la détention provisoire est du nombre, et rien ne la restreint. Plus exigeant parce que plus récent, le *Pacte* limite domaine et 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 certain.

Quant à la règle de modération dans l'usage de la force publique, elle se dissout en des prohibitions si générales qu'il est clair que notre présomption n'y a nulle affaire. Prohibition des « traitements inhumains », augmentée, dans le *Pacte*, de celle des traitements « cruels » (ce qui est plus topique, le penchant à infliger inutilement des souffrances, seraient-elles légères, étant la définition même de la cruauté). Et c'est le *Pacte*, encore, qui ajoute que « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». Renversement de perspective, par rapport à 1789 : les coupables reconnus sont principalement et plus directement visés que les innocents présumés.

Débarrassée de ce parasite, usurpateur pérennisé du rang de première conséquence, la présomption d'innocence est d'abord règle autonome, ensuite, fondement du régime de la liberté individuelle avant jugement de culpabilité.

I. LA PRÉSOMPTION D'INNOCENCE, RÈGLE AUTONOME

Dans un domaine qu'il faut, pour commencer, exactement définir, la présomption d'innocence est d'une force souvent surestimée, qu'il est utile d'exactly mesurer.

A / Le domaine de la présomption

Tout système pénal se subdivise. Sa première partie est un système de valeurs : « Tu ne tueras point », « Tu ne trahiras pas », « Tu ne pollueras point », etc. Sa seconde partie est un système répressif : « Si tu y manques, tu seras ainsi puni. » Les destinataires du code des valeurs sont indéterminés, dans leur nombre comme dans leur identité. Plus ils se conforment à la loi et plus ils lui échappent. Elle les régit sans avoir à y penser ; en tout cas, sans avoir à les connaître. Tombent, au contraire, sous l'emprise du système répressif ceux qui se font remarquer pour avoir, apparemment, tenté de se soustraire à celle du système de valeurs.

1 / Hors système répressif, hors présomption

L'apparence qui opère transfert d'un groupe à l'autre est quelconque. S'il lui arrive de se couler dans le moule d'un statut juridique — inculpation, prévention, accusation — cela ne lui est pas nécessaire. Une plus molle notion d' « implication » ou de « mise en cause » y suffit et, dans la plupart des cas, est au moins une étape préalable. Des non-impliqués, que dire ? Pour n'être pas des innocents *présumés*, sont-ils, simplement, innocents ? Non, mais pas coupables non plus, bien sûr. Etrangers au système répressif, ils sont hors d'atteinte de la présomption d'innocence qui en fait partie.

Il en résulte que 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 repos. Notez, pour finir, que ceux dont on ne présume rien, s'ils sont innocents pour la plupart, ne sont, pour quelques-uns, que des habiles ou des chanceux qui n'ont pas exposé leur « innocence » au risque de la faire examiner : innocents par défaut. Pour tous, la distance à l'innocence vraie est celle qui sépare un contribuable loyal d'un contribuable non contrôlé.

2 / Après jugement, hors présomption

Par-delà l'autre limite de la présomption d'innocence, on trouve ceux qu'elle a cessé de saisir. Examen à candidature déjà triée, l'examen d'innocence a lui-même, comme tout examen, à faire un tri.

Au terme de ses opérations, il n'y aura plus d'innocents *présumés*, mais des coupables et des innocents. Des innocents vrais ? Non point. Des innocents d'autorité, d'autorité de la chose jugée, possiblement innocents, au bénéfice du doute. L'opinion publique saisit cela d'instinct, qui serait prête à voir ériger le non-lieu en infraction d'habitude (l'habitude y serait, seulement, constituée à la quatrième ou cinquième manifestation, et non, comme d'usage, à la seconde).

Le paradoxe est là : l'innocence vraie n'est pas nécessairement juridique et l'innocence juridique n'est pas nécessairement vraie. Le plus souvent, l'innocence vraie n'est que de fait, car plus elle est vraie, moins elle a suscité l'intérêt du droit. L'innocence de droit est parfois suspecte, car elle atteste moins de sa force que de la faiblesse de qui s'est risqué à la contredire. Après quoi, on peut mieux délimiter le domaine de la présomption d'innocence. Trois mots y suffisent, mais tous comptent : une provisoire incertitude de droit.

3 / *Le jugement digère la présomption*

Retenons qu'elle est provisoire, bravant le reproche de donner du relief à une banalité. N'est-il pas d'une logique élémentaire, en effet, de constater qu'on ne peut décider une question tant qu'elle est en cours d'examen ? Certes. Pourtant, au résultat de l'examen, trois conclusions seraient rationnellement possibles : oui, non ou persistance du doute. En droit, il n'y en a que deux. 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 chose. Plutôt un innocent douteux que l'éternisation du doute sur l'innocence ! Ce sera donc, toujours, un innocent *présumé* ? Si l'on veut, à condition de bien voir combien cette présomption-là est différente. C'est qu'elle n'est plus supposition mais affirmation ; en termes techniques, ce n'est plus une présomption simple, mais irréfragable. Quant à ce qu'elle affirme, ce n'est pas, directement, l'innocence ; celle-ci profite du ricochet de la présomption de vérité attachée à la chose jugée.

Vous voyez bien que ce provisoire n'allait pas de soi. Il ne s'étend pas jusqu'à dissipation de l'incertitude, mais seulement jusqu'à intervention de la chose jugée. Reste à bien déterminer ce qui a été jugé. A une juridiction d'instruction, on demande s'il y a, contre l'inculpé, des charges suffisantes. Répondre « non » n'est pas dire qu'il n'y en aura jamais. Sur charges *nouvelles*, l'instruction pourra être reprise, en surmontant quelques obstacles de procédure qui manifestent que, si elle reste simple, la présomption d'innocence est

sortie renforcée de sa première mise à l'épreuve. A une juridiction de jugement, on demande si un prévenu ou un accusé est coupable. Elle ne saurait répondre qu'il ne l'est pas « quant à présent ».

Tout n'est-il pas dit, à présent, de la force de la présomption ? Dans l'espace — c'est-à-dire quant aux personnes qu'elle vise — comme dans le temps, son domaine est le procès. Sauf à préciser qu'il faut comprendre dans le procès pénal sa phase préjudiciaire — l'enquête de police, dite préliminaire — on retrouve un mécanisme probatoire familial. Comme toute présomption simple, celle-ci se borne à déplacer la charge de la preuve. Comme toute présomption probatoire, elle n'est pas attitude de neutralité devant une chose incertaine, mais préjugé, propre à transmuier en vérité judiciaire une hypothèse. Nul besoin, pour cela, que l'hypothèse soit vérifiée ; il suffit qu'elle ne soit pas infirmée. L'effet le plus clair de la présomption est, donc, de faire du poursuivi, inévitablement, un *défendeur*, bénéficiaire de tous les avantages stratégiques de la défensive procédurale. Cela vaut tant pour le poursuivi formel (inculpé, prévenu, accusé) que pour le poursuivi virtuel (personne entendue dans le cours d'une enquête préliminaire).

B / La force de la présomption

On comprend bien, toutefois, que, même ainsi caractérisée, la présomption est d'une force susceptible de degrés. Elle se mesure, très exactement, sur la force que l'on exige des preuves capables de la renverser. A regarder cela de près, on trouve la présomption d'innocence bien relative.

1 / *Conflit de présomption dans l'objet de la preuve*

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 matériel. S'il ne s'agit que d'établir que cet acte matériel fut l'œuvre d'une volonté consciente et libre, le mal n'est pas grand. Démence, contrainte, minorité s'attachent à des circonstances qu'il n'est pas, pour qui les invoque, malaisé d'indiquer. Au rebours, ce serait exiger l'impossible, de la partie adverse, que l'obliger à passer en revue toutes circonstances imaginables, afin de démontrer leur absence : un fait négatif ne se prouve pas.

Mais la plupart des infractions requièrent, pour être constituées, plus que cet irréductible minimum de volonté, une intention. On la définit : la volonté tendue vers un but, celui de faire ce que la loi interdit. La preuve de cette intention se décompose alors en celle de la connaissance de l'interdit légal et celle de la volonté délibérée de passer outre. Il y faudra seulement deux présomptions plutôt qu'une.

La première est irréfutable : c'est celle de la connaissance de la loi : *Nemo legem ignorare censetur*. On en a tant vanté l'indispensable nécessité pratique qu'on en arrive à oublier sa signification philosophique : il est de l'essence de la loi de commander, non point de convaincre. Si la loi démocratique doit être connaissable, c'est à titre de condition d'existence, non par nécessité de fonction.

Si elle n'est que simple, la seconde présomption est assez difficile à renverser. *Res ipsa loquitur*. Un fait matériel qui doit entraîner comme conséquence normale celle-là même que la loi interdit de rechercher s'interprète, jusqu'à preuve du contraire, comme manifestant la volonté d'enfreindre la loi. La volonté de tuer est l'explication la plus plausible — et, du coup, la plus probable — d'un acte létal. Contre cette probabilité, l'auteur de l'acte aura à plaider sa bonne foi, qui n'est pas hors d'hypothèse : erreur de fait ou intention différente (plaisanter, faire peur...). Jusque-là, rien qui scandalise... à condition de ne pas condenser le constat en une formule : « En droit pénal, la mauvaise foi se présume. » Et pourtant, n'est-ce pas la déduction inévitable, sauf à bien préciser qu'elle ne se présume pas d'emblée, mais comme suite logique d'un acte matériel établi préalablement.

2 / Conviction passe présomption

Au moins, pour établir cette matérialité, la présomption d'innocence va retrouver son rôle. Oui, mais n'exagérons rien. Si ce second objet de la preuve incombe bien à la poursuite, sa *matière*, à son tour, relativise la présomption d'innocence. Le droit pénal français, en effet, a répudié le système de la preuve légale et choisi celui de la preuve de conviction. En lui-même, ce choix n'est pas plus favorable à la poursuite qu'à la défense. Si faveur il y a, elle est pour l'intelligence, contre l'automatisme aveugle de la signification imposée à des éléments pondérés de preuve. En pratique, cependant, le principe de conviction fait plus de condamnés sans preuves formelles que d'accusés acquittés malgré eux. Le résultat est, ici encore, de mettre la présomption d'innocence en second rang, après une autre présomption. Présomption de la loi, elle se voit préférer une pré-

somption de l'homme. Car le système de la conviction signifie que le juge n'a pas à rendre compte du cheminement intellectuel par lequel il est parvenu à la certitude. La preuve de conviction consacre le pouvoir décisif de l'intuition.

Intuition du vrai ou intuition du juste ? Question capitale. La première n'abandonne à la souveraineté du juge qu'une des conditions préalables au jugement ; la seconde lui abandonnerait le jugement lui-même. Entre ces deux conséquences de la preuve de conviction, la frontière est la motivation. Le juge que l'on dispense de fournir les raisons de sa certitude ira d'emblée à la solution — condamnation ou acquittement — qui lui paraît juste. Celui qui a l'obligation de préciser les éléments de fait sur lesquels il a fondé sa conviction verra disciplinées par la loi les conséquences qu'il faut déduire des faits librement établis. En théorie, notre système est celui de la conviction motivée. Il compose, en pratique, avec la particularité de la procédure d'assises. Le plus souverain de tous les juges, le jury ne motive pas ses décisions. Ne cherchez pas plus loin l'explication de ces verdicts aberrants (de plus en plus rares, il est vrai) qui nient l'évidence par préférence donnée à une solution que les faits, s'ils avaient été déclarés constants, auraient empêchée. Autorisé à l'intuition du vrai, le jury a profité de ce qu'il n'avait pas à la motiver pour s'arroger l'intuition du juste.

3 / *Conviction intime ou conviction façonnée ?*

L'arbitraire de la conviction est-il aggravé ou limité de ce qu'on l'exige *intime* ? C'est une garantie, assurément. La loi peut faire confiance au juge, parce qu'elle le connaît (non pas personnellement, certes, mais fonctionnellement). Elle n'a pas entendu distribuer une confiance, aussi irréfléchie qu'aléatoire, à n'importe quel faiseur d'opinion qui influencerait sur celle du juge. Mais le moyen d'éviter cela, à notre époque qui sait à peine encore ce qu'est l'intimité ? Pourtant, 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 défendeur. Il est banal de relever le rôle joué par la presse dans le procès pénal. Il est d'autant plus regrettable qu'il prend le plus de force à l'égard d'affaires graves, les affaires criminelles, dont les juges — jurés pour les trois quarts — sont les plus influençables et dispensés, sinon d'avoir, du moins de fournir les motifs de leur

conviction. S'il est vrai que le secret total de l'instruction est impossible, ce qui paraît ne pas l'être, c'est la prohibition absolue de la *diffusion* des éléments, même inévitablement publics, de celle-ci.

Car ce qui est gênant, c'est moins la publicité, que la publicité *massive*. Et cette gêne dépasse de beaucoup ce qu'on vient d'en indiquer. Avant même d'influencer le jugement, la publicité de l'instruction risque de produire un jugement de fait, qui contredira, de fait, la présomption d'innocence. Faut-il dire que, si c'est de fait, c'est indifférent ? Mais est-il indifférent de perdre son emploi, sa réputation, le secret de sa vie privée, tant que les nécessités justifiées de la répression ne l'imposent pas encore ? On s'en est tenu, jusqu'à présent, au rôle joué par la présomption d'innocence au moment du jugement. Il est temps de s'intéresser à ses effets avant jugement, pendant toute la phase, parfois longue, qui lui est préparatoire.

II. PRÉSUMPTION D'INNOCENCE ET LIBERTÉ EN COURS D'INSTRUCTION

Si ces précisions en atténuent encore assez la portée, elles n'altèrent pas la nature de la présomption d'innocence, ni son effet majeur. Technique, non point morale, elle donne au poursuivi le privilège procédural attaché à la position de défendeur : il faut prouver contre lui et le doute lui profite.

A / La présomption d'innocence de l'inculpé

Ainsi entendue, elle est, sans illogisme, compatible avec la prise en considération de charges qui pèsent sur le défendeur poursuivi. Considération plus ou moins déclarée : avant l'inculpation, qui en est la notification officielle et la déclaration ouverte, le code de procédure pénale connaît « les personnes qui paraissent avoir participé au crime », celle contre qui « existent des indices graves et concordants » soit « de culpabilité » soit, moins crûment, « qui seraient de nature à motiver son inculpation » ou encore « la personne soupçonnée d'avoir participé à l'infraction ». N'importe : l'inculpation n'est pas la culpabilité, de même que la mobilisation n'est pas la guerre.

1 / De la charge à la preuve : un combat

Cette comparaison a des vertus allusives qu'on ne récuse pas. Elles rappellent que les logiques officielles sont capables de nuances

qui échappent à la logique courante du citoyen ordinaire. Pour lui, l'inculpation annonce la culpabilité, si elle ne l'établit pas — ou pas encore. Pourtant, n'eût-il pas mieux valu lutter contre cette logique sommaire et imposer l'idée que l'inculpation est un statut, non une tare ?

Car 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'innocence. L'équilibre de la construction tient à deux données, relatives à la transformation de la charge en preuve.

La première est que cette transformation est formelle et juridique. Une charge ne devient pas une preuve par cela seul qu'elle a, maintenant, assez de force pour convaincre un homme quelconque ; il lui faut entraîner la certitude de celui-là même à qui la loi a conféré le pouvoir de rendre efficace sa conviction intime. Il n'y a pas de preuve par nature ; seulement par fonction. Est preuve, non ce qui est convaincant, mais ce qui a convaincu et, bien plus, a convaincu *le juge*. S'ensuit une limite temporelle à la transmutation de la charge en preuve : elle ne peut se produire que devant la juridiction de jugement. A la fin d'une instruction, le dossier le plus accablant ne comporte que des charges ; l'avenir dira, seul, si c'étaient des preuves.

La seconde donnée est que le passage des unes aux autres ne se fait pas tout seul, naturellement. Il est au résultat d'un effort et, peut-on dire, d'un combat. La présomption d'innocence n'impose pas un respect tel qu'il soit interdit de la mettre en question. Simple-ment, elle appelle au challenge. Elle est loi de la guerre, non point pacte de non-agression. Les garanties qu'elle donne ne vont pas jusqu'à stériliser, d'avance et par principe, les efforts de l'accusation.

2 / *Les armes défensives de l'inculpé*

La principale des garanties de l'inculpé est de savoir ce qu'on lui veut. Un témoin répond à des questions dont il ne perçoit pas nécessairement ni la finalité, ni le rôle dans l'ensemble d'une hypothèse, ni l'orientation ; un inculpé est averti de ce qu'on cherche à établir contre lui. A quoi cela serait-il bon, si ce n'était lui reconnaître le droit de s'en défendre ? Au système de l'accusation, qu'il peut pressentir puisqu'elle a dû annoncer son but, il peut, légitimement, opposer un système de défense. Dans le mot de système, entre l'idée du construit. La vérité est ce qu'elle est. Fardée, vêtue, déguisée, parée, arrangée..., elle est autre chose : une présentation élaborée

des faits. Une présentation tendancieuse en ce sens, neutre et non péjoratif, qu'elle *tend* à démontrer quelque chose. Puisque l'accusation tend à démontrer la culpabilité, il n'est que juste que la défense tende à cuirasser, contre elle, la présomption d'innocence. La seule idée d'un système de témoignage est absurde ; celle d'un système de défense est admise, et justement.

Finalement, les autres garanties de l'inculpé ne sont que les développements de celle-là. Dans la construction de son système, il a droit d'être aidé : l'assistance d'un conseil est la conséquence immédiate de l'inculpation. En outre, l'efficacité du système nécessite son adéquation au système symétrique édifié par l'accusation, ce qui impose la connaissance des éléments qu'il met en œuvre. L'accès au dossier avant chaque interrogatoire révèle sa finalité : construire le contenu de l'interrogatoire en tenant compte de ce que le terrain n'est pas vierge. Il est utile qu'un témoin ne sache pas ce qui, avant sa déposition, a été tiré d'indices ou d'autres témoignages. La plus ou moins grande congruence entre elle et eux est une indication supplémentaire. Il est juste qu'un inculpé puisse, en considération uniquement des intérêts de son système, renoncer à un mensonge devenu inutile ou en forger un autre qui soit compatible avec l'état du dossier. Car il ne faut pas avoir peur des mots : le droit à un système de défense, c'est la liberté de mentir. Et, signe que cette liberté lui est reconnue, l'inculpé n'est pas interrogé sous serment.

3 / *L'arme neutralisante de l'accusation*

L'erreur serait de confondre liberté de mentir et droit d'y être aidé. L'inculpé n'est pas tenu de collaborer à la recherche de la vérité. La poursuite, en compensation, peut l'empêcher d'en compromettre la manifestation. La justification principale de la détention provisoire est là.

Si logique que cela paraisse, il est difficile de ne pas suivre l'opinion, quand elle voit, dans la détention provisoire, une peine anticipée. En raison de sa nature, d'abord : rien ne ressemble plus à la prison de punition que la prison de prévention. C'est toujours de l'incarcération, et dans les mêmes établissements. En raison d'une partie de ses fonctions ensuite. Outre l'efficacité de l'instruction, la détention provisoire remplit, par détermination explicite de la loi, des missions classiques de la peine. Elle satisfait le besoin d'un dénouement, saisissant pour le public, irrationnel mais indispensable, de la crise — dite trouble de l'ordre public — née de l'infraction. Elle est même peine, déjà, à titre conservatoire, quand elle garantit le maintien de

l'inculpé à la disposition de la justice. Certes, la justice qui instruit l'affaire ne tient pas moins à la disponibilité de l'inculpé que la justice qui punira le coupable qu'elle aura découvert. Mais quelle raison l'inculpé aurait-il de fuir l'une si ce n'était pour mettre le coupable qui sommeille en lui à l'abri de l'autre ?

Ces rapprochements font qu'en dépit de la présomption d'innocence, assez formelle, l'opinion n'a pas entièrement tort de voir, matériellement, dans l'inculpation, une culpabilité virtuelle. L'inculpé non plus, surtout s'il est détenu et, s'il ne l'est, qui souffre déjà, du seul fait qu'il peut l'être, de la déconsidération sociale dont il devrait être protégé tant qu'il n'a pas été *jugé* coupable.

B / La présomption d'innocence du « témoin » impliqué

De cette constatation devait sortir l'idée — que sa naïveté n'a pas écartée de la consécration légale — du statut d'un inculpé de luxe : tous les avantages de l'inculpation, sans son risque (la détention provisoire...) et sans le nom. Tel est le statut du « témoin assisté », introduit dans notre droit par une loi du 30 décembre 1987.

1 / *La neutralisation du témoin ordinaire*

Pour bien en mesurer l'originalité, il faut dire quelques mots de la contribution que, par atteinte à leur liberté, peuvent apporter à la recherche de la vérité pénale d'autres personnes que les inculpés. De qui peut-il s'agir ? Réserve faite de notre nouveau venu, que nous retrouverons, deux catégories de collaborateurs de la justice pénale retiennent l'attention.

Les premiers jouent le rôle de témoins, sans en avoir juridiquement la qualité, parce qu'ils sont entendus en cours d'enquête policière, avant ouverture de l'instruction proprement dite. Appelons les « déclarants ». Ils sont entendus — ne « déposent » pas — sans prêter serment, sans assistance d'un conseil, en principe par un officier de police judiciaire. Les seconds sont des témoins véritables, déposant sous serment et sans conseil, dans le cours de l'instruction proprement dite, mais devant un officier de police judiciaire désigné par commission rogatoire du juge d'instruction.

Le point commun, entre eux, c'est, précisément, de comparaître devant un officier de police judiciaire. Cette circonstance, qui peut paraître anodine, a une conséquence fort importante : elle ouvre — et est seule à pouvoir ouvrir — la possibilité de garde à vue. On entend

par là la rétention de la personne dans un local de police ou de gendarmerie, pendant une durée de vingt-quatre heures, renouvelable une fois (quelques infractions spéciales autorisent des durées plus longues). Cette neutralisation de la personne est mise à profit pour vérifier ses déclarations, avant qu'elle ait eu le loisir d'en altérer les éléments de confirmation. On murmure, aussi, que la prolongation ou la réitération de l'interrogatoire *policiier* a des vertus salutaires sur la mémoire défaillante de témoins qui chercheraient à protéger un tiers ou à se protéger eux-mêmes.

2 / *La neutralité attendue du témoin ordinaire*

La finalité de la garde à vue manifeste l'ambiguïté de la condition des personnes qui y sont exposées. Officiellement, ce ne sont que des témoins ; même ceux qui n'ont pas, formellement, cette qualité en jouent le rôle. Ils sont censés étrangers à l'affaire sur laquelle ils s'expliquent. Mais ce sont des témoins dont on se méfie : leurs déclarations sont sujettes à précaution et on ne désespère pas de les transformer en aveux ou en dénonciations. Pensant à eux, on a proposé le terme de « personnes impliquées ». L'implication est une notion molle, de fait et non de droit. De fait, elle force à un contact, avec la machine judiciaire, assez rugueux pour qu'il ne soit pas inutile de couvrir la personne impliquée de la présomption d'innocence. De droit, cette présomption n'est pas mise en challenge, comme elle serait par une inculpation.

Sur la personne impliquée, ne pèse aucune charge ; c'est la pensée du droit. Mais l'officier de police judiciaire doit, lui, avoir des arrière-pensées. Et le public aussi ; et la presse, que revoilà, saisie d'une pudeur tardive qui lui fait nommer « témoin n° 1 » celui qu'elle n'ose appeler « suspect ».

3 / *Le témoin assisté ou la neutralité sans neutralisation*

Quant au témoin assisté, c'est, pour ainsi dire et sous réserve de précisions ultérieures, celui sur qui pèserait une présomption de charge. Cette circonstance lui confère le droit de se défendre, comme un inculpé, sans cesser d'être considéré comme un témoin, dont on attend des renseignements désintéressés. La preuve en est qu'il prête serment, soit dit pour bien mesurer le rôle qui est, légalement, le sien, non pour s'inquiéter, outre mesure, de la gêne qu'il en pourrait ressentir pour façonner la vérité qui l'arrange. Car il en a — sinon le droit — la faculté, au bénéfice des deux prérogatives qui, déjà

accordées à l'inculpé ou à la partie civile, rendent possible un système : assistance d'un conseil et accès, par son intermédiaire, au dossier avant chaque comparution devant le juge d'instruction. Le voilà donc, clairement, traité comme partie au procès, ce qui impliquerait le droit d'avoir une thèse à laquelle conformer les faits — sous l'œil critique du juge —, alors que sa condition avérée de témoin lui fait un devoir de dire ce qui est.

Plus que d'autres « impliqué », ce prétendu témoin est, au moins autant que d'autres, abrité sous la présomption d'innocence. Moins fiable que d'autres, il devrait, au moins autant qu'eux, sans préjudice de celle-ci, être exposé aux entraves à sa liberté nécessaires à la conservation des preuves. Il va de soi que, n'étant pas inculpé, il échappe au risque d'un placement en détention provisoire. Mais, par une imitation, dont on ne sait si elle fut maladroite ou cauteleuse, de la condition, à l'instruction, des parties privées, il peut refuser de déposer, sur commission rogatoire, devant un officier de police judiciaire. Bénin par lui-même, ce privilège est de conséquence considérable : on rappelle, en effet, que seul un officier de police judiciaire peut placer en garde à vue. De ce soi-disant témoin, on aurait toutes raisons de se méfier. Et il se voit offrir toutes les possibilités d'imaginer — par lui-même ou aidé d'un conseil — la version des faits la plus profitable, sans cesser — l'accès au dossier lui permet de s'en assurer — d'être plausible. Après quoi, pour protéger ou conforter cette plausibilité, il a toute liberté de s'affairer à retoucher indices ou témoignages, pour les rendre seyants. Il y a, plus que reconnaissance de la présomption d'innocence, complaisance à la préparation d'innocence...

Fort heureusement, cette bizarrerie offre plus d'intérêt théorique que pratique. Les conditions de son application en font une hypothèse étroite. Pour accéder au statut de témoin assisté, il faut avoir été nommément visé dans une plainte assortie d'une constitution de partie civile. Contraint de poursuivre, en pareille occurrence, le Parquet, moins affirmatif que le plaignant, a requis l'ouverture d'une instruction contre X.

Dès sa première audition comme témoin, la personne visée par la plainte doit être avertie par le juge de la « présomption de charge » qui pèse sur elle. Jusqu'à la loi de 1987, elle pouvait réagir à cette indication en exigeant son inculpation. Oubliant que le statut d'inculpé met en œuvre l'équilibre délicat de la présomption d'innocence, *des droits de la défense* et de la réaliste prévention des risques d'altération de la vérité, la loi nouvelle a voulu procurer tous ses avantages en dispensant de toutes ses contraintes...



Notre procédure pénale est ainsi faite de poids et de contrepoids. Pour éviter un droit pénal hargneux, les autorités de poursuite ont pouvoir d'apprécier l'opportunité de celle-ci. Ne faut-il craindre, alors, que leur abstention puisse, à l'occasion, devoir moins à l'indulgence qu'à la complaisance ou l'inertie ? On conjure ce risque en permettant à la victime, qu'une telle attitude sacrifierait, de forcer la poursuite. Ne faut-il craindre, alors, les victimes qui, à l'occasion, seraient plus vindicatives que justicières ? On conjure ce risque en permettant, à l'auteur prétendu de l'infraction dénoncée, de choisir sa position procédurale : témoin assisté ou inculpé, c'est-à-dire statut de neutralité de qui est étranger à l'affaire ou engagement personnel dans le combat. Ne faut-il craindre, alors, qu'il n'ait que le choix de s'abandonner au hasard du combat mené par d'autres ou de prendre des coups ? Et on invente le combat sous assurance contre les coups (comme, ailleurs, la grève sans perte de salaire). Cela tient plus du mobile de Calder que d'un système procédural, muni de principes rares mais fermes, et s'y tenant.

On se prend à rêver simplicité et bon sens. Simplicité d'une distinction entre ceux qui ont le devoir de dire la vérité et ceux qui ont le droit de la travestir. Bon sens de rappeler que le droit de mentir n'emporte point celui d'être cru. Bon sens, enfin, de ne pas romancer l'innocence présumée, au point de désarmer la répression — ce serait bien assez de dire à ses agents que, si elle leur impose de n'être pas soupçonneux, elle les autorise à ne pas être dupes.

RÉSUMÉ. — Tardivement dégagée comme principe directeur du procès pénal, la présomption d'innocence a d'abord valeur en soi. A ce titre, elle fait peser sur l'accusation la charge de la preuve. Mais l'avantage qu'en tire la personne poursuivie est entamé par le système de la preuve par intime conviction et par la publicité donnée aux charges. Comme fondement du régime de la liberté entre implication et jugement, la présomption sort affaiblie du contraste que la condition de l'inculpé — voire du témoin — présente avec celle du « témoin assisté ».