

10. Actori incumbit probatio

La preuve incombe au demandeur

(D'après D. 22, 3, 21. - C. civ., art. 1315, al. 1er)

Le Digeste, sous la plume de Marcianus, pose que la nécessité de prouver s'impose toujours à celui qui agit (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*) ; cette exigence n'a jamais été démentie.

1. En droit civil, s'il est traditionnel de faire peser le fardeau de la preuve sur celui qui élève une prétention en justice, ce n'est pas uniquement en application du principe de la neutralité du juge (neutralité n'est pas passivité), mais aussi et surtout par respect des situations acquises. Dans le domaine des obligations, on présume que personne ne doit rien à personne; par suite, celui qui se prétend créancier doit prouver l'existence de l'obligation. En matière de droit réel, les apparences sont réputées conformes aux réalités, d'où la nécessité pour le revendiquant d'établir contre le possesseur sa qualité de propriétaire. Cette règle est d'une importance pratique considérable, car le plaideur, eût-il le bon droit pour lui, perdra son procès s'il ne réussit pas à démontrer ses allégations. Ce n'est pas à dire que la totalité de l'*onus probandi* soit à la charge du demandeur dans le procès. Si le demandeur ayant fourni sa preuve, le défendeur fait valoir contre lui des moyens de défense, c'est à lui d'établir le bien-fondé de sa riposte (C. civ., art. 1315, al. 2) ; au plan de la preuve et à l'intérieur de cette réplique, il devient demandeur à son tour.

Il est, d'ailleurs, des cas où, par dérogation, le demandeur se trouve déchargé de faire la preuve de sa prétention. Ce qui se produit lorsqu'il bénéficie d'une présomption légale. Alors s'opère un déplacement de l'*onus probandi* : le fardeau de la preuve passe à l'adversaire qui doit détruire la présomption. Du moins n'en est-il ainsi que si la présomption en cause est simple. Dans l'hypothèse où elle est irréfragable, on aboutit, en plus d'une dispense de preuve au profit du demandeur, à une interdiction de preuve au préjudice du défendeur.

Par une exception digne de remarque, la règle *Actori incumbit probatio* est sans application dans l'action en bornage: aucun des intéressés n'a la qualité de demandeur ni de défendeur et chacun doit faire sa preuve.

2. En droit pénal, la charge de la preuve obéit plus étroitement encore qu'en droit civil à l'adage *Actori incumbit probatio*. Cette obéissance plus stricte, qui ne va pas toutefois sans certains allègements et certaines exceptions, s'explique essentiellement par deux considérations et par leurs conséquences immédiates.

- La présomption d'innocence et le doute qui profite à l'accusé imposent au juge pénal de rapporter pleinement la preuve de la culpabilité, de démontrer sans laisser d'ombre la vérité de l'accusation.

- La nature même de la mission du juge pénal, qui n'est pas actor au sens civil du mot (il n'est jamais qualifié partie) mais bien plutôt - au-delà de tout abus dans les termes - arbitre entre l'accusé et la société, lui impose une neutralité active dans la recherche de la preuve (à ne pas confondre avec la passivité de principe du juge civil) : le juge pénal ne doit-il pas réunir les preuves favorables comme les preuves défavorables au prévenu, instruire à charge et à décharge? Ce rôle amphibie du juge criminel conduit de plus, dans l'établissement des preuves, à minimiser la portée de l'adage *Reus in excipiendo fit actor* et à laisser dans une mesure incertaine la charge de l'exception invoquée par l'accusé au juge lui-même; sauf hypothèses particulières prévues par les textes (exemple: vérité des faits diffamatoires, art. 35 de la loi du 29 juillet 1881), la charge de la preuve est discutée en doctrine. Quant à la jurisprudence, elle est hésitante, semblant laisser à la personne poursuivie le soin de prouver les faits justificatifs et les causes de non-imputabilité, sauf à décider qu'il revient au ministère public d'établir qu'il n'y a pas prescription ou amnistie.

Assurément, le juge pénal comme le juge civil, mais de façon moins large, est parfois soulagé dans sa tâche par l'existence de présomptions légales en faveur de l'accusation: exemple: jadis, selon le Code pénal, article 278, le mendiant ou le vagabond trouvé porteur d'un effet supérieur à un franc était présumé coupable s'il ne justifiait de sa provenance; aujourd'hui, selon le nouveau Code pénal (art. 225-6) est assimilé au proxénétisme le fait, notamment, de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution. Inversement, on relève quelques présomptions, établies en faveur du prévenu ou de l'accusé, telles que celle de l'article 122-6 du Code pénal qui présume en légitime défense celui qui commet l'acte délictueux pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ou pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.

Observons que la jurisprudence sanctionne de nombreuses infractions de police et certains délits correctionnels en présumant l'élément moral à partir de la preuve rapportée de l'élément matériel: *Res in se ipsa dolum habet* (la chose renferme en elle-même le dol).

H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, Paris, 1999, n° 10, p. 16, *Actori incumbit probatio*