

DÉCISION DE JUSTICE ET EXPERTISE

PAR

Gwénaëlle GÉNIQUE

A l'occasion d'une conférence donnée en 1982 sur « les principes directeurs de l'expertise judiciaire civile », le Président du tribunal de grande instance de Paris, Marcel Caratini, faisait valoir que « La Justice civile ne peut vivre sans experts car elle n'a à sa disposition aucun agent tels que policiers ou gendarmes susceptibles de lui fournir enquêtes ou rapports. Or les innombrables problèmes médicaux, mécaniques, chimiques, comptables, du bâtiment, etc., posés par la vie judiciaire moderne, exigent recherches ou investigations techniques qui conditionnent la solution du litige »¹. Si Marcel Caratini accorde autant d'importance aux faits et à leur connaissance, c'est vraisemblablement parce qu'il adopte une conception traditionnelle du jugement, à savoir que le jugement civil, pénal ou administratif, est censé résulter d'un syllogisme judiciaire.

A l'instar des autres syllogismes, le syllogisme judiciaire ne peut aboutir à une conclusion vraie qu'à la condition que les prémisses soient vraies. La règle de droit constitue la prémisse majeure, tandis que la prémisse mineure réside dans les faits du litige. Si le juge est censé connaître le droit comme en témoigne l'adage *jura novit curia*, on admet en revanche que les faits puissent échapper à son domaine de compétence ou de compréhension, ce qui survient de plus en plus dans une société de plus en plus technique. Comme le faisait remarquer R. Savatier, « Le temps de Vinci est passé. Nul ne peut plus avoir une culture scientifique universelle. Et ce renoncement s'impose

1. Marcel Caratini, Président du Tribunal de grande instance de Paris, conférence sur « les principes directeurs de l'expertise judiciaire civile », Association française de droit judiciaire : 2.

au juge » (Savatier, 1952 : 619). Dès lors, si l'on s'en tient à la conception traditionnelle du jugement, lorsque les faits échappent à la compréhension du juge, il convient de se tourner vers l'expert afin que le juge puisse, une fois éclairé sur les faits, parvenir à une prémisse mineure vraie. L'expertise apparaît ainsi comme « un talisman »² pour la découverte du vrai en justice.

Néanmoins, l'idée que la décision de justice résulte d'un syllogisme judiciaire appelle des critiques. En effet, la prémisse majeure ne saurait être vraie. La règle de droit constitue un acte de volonté et non pas une description, dès lors, elle ne peut être évaluée en termes de vérité ou de fausseté. Si bien que la prémisse majeure et la prémisse mineure du syllogisme judiciaire ont un statut logique différent (normatif pour la prémisse majeure et descriptif pour la prémisse mineure). De ce fait, le syllogisme judiciaire ne peut prétendre à la vérité de sa conclusion à l'instar des autres syllogismes³ et le jugement ne peut plus être considéré comme une simple opération logique. Le jugement apparaît au contraire comme une décision et le recours au syllogisme judiciaire n'en constitue qu'une mise en forme.

Cette décision que le juge prend pour trancher le litige doit sembler légitime, sans quoi elle sera remise en cause et le litige ressurgira. Afin de ne pas être arbitraire, la décision de justice doit apparaître motivée, justifiée. Dans *Les paradoxes de l'expertise*, Danièle Bourcier et Monique de Bonis font valoir que « La recherche de l'information est devenue le fondement de toute prise de décision. Jamais savoir et jugement, preuve et justification, n'ont été apparemment aussi liés. En un mot, pour juger, il suffirait de savoir » (Bourcier & de Bonis, 1999 : 11). Dans cette logique de la décision parfaitement informée, le recours à l'expertise paraît particulièrement important. En effet, il intervient en principe lorsqu'il s'agit de considérer des faits qui nécessitent des connaissances techniques, l'expertise juridictionnelle⁴ se définissant comme une mesure par laquelle le juge confie à des professionnels (hommes de l'art, techniciens ou scientifiques) une mission d'information ou de constatation visant à l'éclairer sur des éléments d'une affaire. Pour autant, l'expertise n'est pas contraignante pour le juge en raison des principes de liberté de la preuve (pour ce qui concerne le droit pénal en tout cas) et de liberté d'appréciation des faits. En outre, le juge ordonne et dirige l'expertise. Si bien que l'on peut se demander si l'expertise n'est pas davantage un mode de légitimation de la décision plutôt qu'un moyen de découvrir le vrai.

Si l'expertise apparaît comme un instrument au service du juge, il n'en demeure pas moins que sa maîtrise par le juge doit être effective. C'est pourquoi le juge doit définir précisément la mission de l'expertise et diriger les

2. Gabriel Tarde écrivait à la fin du 19^e siècle que « les ordalies, puis la torture, puis le jury, bientôt l'expertise: tels ont été ou seront les talismans successifs imaginés pour la découverte du vrai en justice » (1972 : 436, 1^e éd. en 1890).

3. Sous réserve que les prémisses majeure et mineure soient toutes les deux vraies.

4. A l'instar d'Olivier Leclerc, je retiendrai l'expression expertise juridictionnelle plutôt que celle d'expertise judiciaire, dans la mesure où l'expertise juridictionnelle englobe en principe l'expertise demandée par le juge civil, le juge administratif et le juge pénal, tandis que l'expression expertise judiciaire en toute logique ne devrait pas englober l'expertise demandée par le juge administratif.

opérations d'expertise afin que le recours à l'expertise ne constitue pas une délégation de la fonction juridictionnelle. Pour autant, ces précautions ne suffisent pas. En effet, il est vraisemblable que le juge ne sera pas à même de critiquer sur le fond le rapport d'expertise qui intervient nécessairement dans un domaine qu'il ne maîtrise pas, si bien que l'expertise pourra s'avérer contraignante à l'égard du juge. En outre, le rapport d'expertise peut bénéficier d'une aura scientifique indue. En effet, le savoir présenté par l'expert peut être contesté dans sa discipline.

Ainsi la décision de justice et l'expertise entretiennent des relations particulières qui méritent d'être approfondies. Si l'expertise apparaît comme un outil au service du juge dans sa prise de décision, soit comme instrument de découverte de la vérité, soit comme instrument de légitimation de la décision de justice (1), il n'en demeure pas moins vrai que sa maîtrise peut sembler illusoire (2).

I. L'expertise, instrument de la découverte de la vérité ou instrument de légitimation de la décision de la justice ?

L'expertise est conçue par le droit positif comme un instrument permettant de découvrir la vérité et ainsi d'éclairer la décision du juge (A). Cependant, son rôle essentiel consiste dans la légitimation de la décision de justice (B).

A. L'expertise conçue comme instrument de découverte de la vérité

Cette conception de l'expertise résulte de la conception traditionnelle du jugement. Celui-ci est traditionnellement assimilé au résultat d'un syllogisme, le syllogisme judiciaire, dont la prémisse majeure est la loi et la prémisse mineure porte sur les faits du litige. Selon cette conception, le rôle du juge est strictement cantonné à la simple réalisation d'une opération logique dont le résultat dépend de la connaissance et de la véracité des prémisses. Si la connaissance de la prémisse majeure ne fait pas de difficulté puisque le juge est censé connaître le droit positif, il en va parfois autrement de la prémisse mineure. En effet, la correcte appréhension des faits peut nécessiter des compétences techniques que le juge n'a pas, ainsi en va-t-il pour l'appréciation des malfaçons d'un bâtiment. Or le juge ne peut renoncer à statuer sur un litige qui lui est délégué sous prétexte qu'il ne peut appréhender les faits. Il est en effet tenu de statuer sous peine de déni de justice. C'est pourquoi, dans cette logique du jugement acte de connaissance, le droit positif accorde au juge la possibilité de recourir à des mesures d'instructions parmi lesquelles l'expertise. Celle-ci ne sera requise que lorsque des mesures d'instruction telles que les constatations et les consultations ne pourraient suffire à éclairer le juge⁵.

5. Article 263 du NCPC.

Le recours à l'expertise est prévu tant en droit pénal⁶, qu'en droit civil⁷ et administratif⁸. A l'examen du vocabulaire employé tant par le Code de procédure pénale que par le nouveau Code de procédure civile, il apparaît que le recours à l'expertise s'inscrit dans une logique de connaissance. Le Code de procédure pénale envisage en effet le recours à l'expertise lorsque se pose une question d'ordre technique, qui échappe par conséquent au juge. Le nouveau Code de procédure civile est quant à lui plus explicite en considérant que le recours à l'expertise a pour but d'éclairer le juge à l'aide des lumières d'un technicien. Il s'agit de permettre au juge d'appréhender des faits qui nécessitent des connaissances techniques qu'il n'est pas tenu d'avoir. Le recours à l'expertise doit ainsi permettre de pallier le défaut d'omniscience du juge alors que celui-ci est tenu de statuer en connaissance de cause. L'expert est ici vu comme un assistant technique. Pour reprendre les termes de François Pinchon, « l'expert est l'auxiliaire du juge. Il doit être à l'écoute du juge pour répondre au plus près à ses interrogations et ainsi l'aider dans sa recherche de la juste décision. Il doit pour ce faire, apporter tous les éléments techniques nécessaires, toutes les informations, même partielles, qu'il peut recueillir » (Pinchon & Millo, 2002 : 279).

L'expertise est ainsi conçue comme participant à la fonction de juger en connaissance de cause. Et c'est ainsi qu'elle est présentée dans l'analyse de l'article 232 du nouveau Code de procédure civile commenté de Lamy. Sous cet article, on trouve le commentaire suivant : « il est fréquent que le tribunal, n'ayant pas les connaissances techniques nécessaires pour examiner avec compétence les objets en litige, charge des spécialistes de procéder à cet examen et d'en dresser le rapport afin de lui permettre de statuer en toute connaissance de cause »⁹. L'information que l'expert apporte s'analyse comme un moyen d'assurer la découverte de la vérité par le juge. Par le biais de l'expertise, il peut, en effet, appréhender tous les faits, que ceux-ci échappent ou non à sa compréhension. Ainsi, grâce à la connaissance supposée exacte du droit et à celle des faits, le juge parvient au jugement par le biais de l'opération logique qu'est le syllogisme. L'expertise constituerait dans cette mesure un instrument de découverte de la vérité des faits et par conséquent de la manifestation de la vérité, objectif qui est assigné au procès tant en droit français¹⁰ que dans les autres droits tels que le droit italien¹¹.

6. L'article 156 du Code de procédure pénale dispose : « toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office ou à la demande des parties, ordonner une expertise ».

7. L'article 232 du Nouveau code de procédure civile dispose que : « Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise qui requiert les lumières d'un technicien ».

8. L'article R. 621-1 du Code de justice administrative dispose que : « la juridiction peut soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision ».

9. Article 232 du Nouveau code de procédure civile commenté de Lamy.

10. L'article 10 alinéa 1 du Code civil dispose que « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Cette disposition, si elle est insérée dans le Code civil, n'en a pas moins une valeur de principe général.

11. La Cour constitutionnelle italienne a en effet considéré que la recherche de la vérité était le but naturel du procès.

Néanmoins dans la mesure où le magistrat est en principe libre d'ordonner une expertise, on peut se demander si le recours à l'expertise doit s'analyser comme une demande d'information ou de confirmation et si dans ce dernier cas, l'expertise ne constitue pas un moyen de légitimer la décision de justice.

B. L'expertise comme instrument de légitimation de la décision

Comme le soulignait le Président du Tribunal de grande instance de Paris en 1982, Monsieur Marcel Caratini, dans une conférence sur les « principes directeurs de l'expertise judiciaire civile », « En sa qualité de technicien, l'expert collabore avec le juge et sous son autorité »¹². Le juge est en effet celui qui ordonne et dirige l'expertise. Pour autant, le juge n'est pas lié par le rapport d'expertise.

S'il existe des cas dans lesquels le juge est tenu d'ordonner une expertise, il n'en demeure pas moins vrai qu'en principe le recours à l'expertise constitue en principe une simple faculté pour le juge. Lorsque la loi ou la jurisprudence exigent du juge qu'il ordonne une expertise, c'est en raison de valeurs ou d'exigences sociétales très fortes.

Ainsi, l'importance que les rédacteurs du Code civil accordaient à la propriété immobilière justifie tant le fait que la preuve de la lésion dans une vente immobilière¹³ ne peut se faire que par un rapport de trois experts¹⁴, que l'obligation de recourir à des experts choisis par les parties ou, à défaut, d'office par le juge¹⁵, pour estimer les immeubles à l'occasion d'un partage successoral entre cohéritiers. Quant à la nécessité pour le juge de recourir à l'expert dans le cadre de l'exercice du droit de reprise du bailleur¹⁶, elle ne peut se comprendre qu'à l'aune de l'émergence des droits économiques et sociaux dès la seconde moitié du XX^e siècle¹⁷ (droits qui peuvent limiter l'exercice des droits individuels tels que le droit de propriété) d'une part, et d'autre part, de la crise du logement¹⁸ qui a fait suite à la seconde guerre mondiale.

12. Marcel Caratini, Président du tribunal de grande instance de Paris, conférence sur « les principes directeurs de l'expertise judiciaire civile », *op. cit.* : 4.

13. La lésion n'est prise en compte que dans la mesure où elle dépasse les sept douzième du prix de l'immeuble.

14. Article 1678 du Code civil.

15. Article 824 du Code civil.

16. L'article 18 de la loi du 1er septembre 1948 dispose que, dans le cadre de l'exercice du droit de reprise du bailleur, le juge doit commettre un expert aux fins de dire si les locaux offerts au preneur remplissent les conditions d'hygiène prévues à l'article 18 alinéa 1 de la loi du 1er septembre 1948 et s'ils sont susceptibles de satisfaire aux besoins personnels et familiaux, et le cas échéant professionnels, du locataire ou de l'occupant et de vérifier si les possibilités de ce dernier lui permettent d'en supporter les charges.

17. L'alinéa 2 du préambule de la Constitution de 1946 fait référence aux principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps.

18. Le Conseil de la Résistance, devant les difficultés rencontrées pour faire face à la crise du logement, a pris, le 11 octobre 1945, une ordonnance qui autorisait la réquisition des logements vacants.

Certaines dispositions pénales¹⁹ font également obligation au juge de faire procéder à une expertise lorsque sont en cause des infractions que la société réproouve particulièrement. En effet, dans le cadre des procédures concernant les infractions de meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteintes sexuelles ou du recours à la prostitution d'un mineur, une expertise médicale doit être ordonnée avant tout jugement au fond²⁰ et une expertise psychiatrique²¹ doit avoir lieu préalablement à toutes mesures d'application des peines permettant une sortie du délinquant. La violence de ces infractions laisse supposer que celui qui les a commis peut avoir besoin de se faire soigner (article 706-47-1 du CPP) et peut être dangereux pour la société (article 712-21 du CPP), c'est pourquoi il est nécessaire de recourir à une expertise pour pouvoir se prononcer sur le besoin de soin et sur la dangerosité de la personne mise en cause ou condamnée.

Enfin la jurisprudence civile a consacré une nouvelle exception. Depuis un arrêt rendu le 28 mars 2000 par la première Chambre civile de la Cour de cassation²², l'expertise en matière de filiation est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. Cette solution jurisprudentielle trouve sans doute son explication dans la très forte probabilité (environ 99%) que l'expertise hématologique soit conforme à la vérité biologique. Or, la recherche de la vérité étant considérée comme le but naturel du procès, cette expertise apparaît comme une aubaine pour le magistrat.

En dehors de ces exceptions, le magistrat n'est pas tenu d'ordonner une expertise. En effet, en droit français, la décision de recourir à l'expertise appartient au juge. Le recours à l'expertise constitue en principe une simple faculté pour le juge civil²³, comme pour le juge pénal²⁴ et le juge administratif²⁵. La jurisprudence s'en remet à la prudence des magistrats pour apprécier l'opportu-

19. Il s'agit des articles 706-47-1 alinéa 1 et 712-21 du Code de procédure pénale.

20. L'article 706-47-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale dispose que : « les personnes poursuivies pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 doivent être soumises, avant tout jugement au fond, à une expertise médicale... ».

21. L'article 712-21 prévoit que : « les mesures mentionnées aux articles 712-5, 712-6 et 712-7, à l'exception des réductions de peine n'entraînant pas la libération immédiate et des autorisations de sorties sous escorte, ne peuvent être accordées sans une expertise psychiatrique préalable à une personne condamnée pour une infraction mentionnée à l'article 706-47... ».

22. Dans un attendu de principe, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ». La première chambre civile a adopté la même solution dans un arrêt du 30 mai 2000. *Dalloz*, 2001, sommaire, p. 427, obs. H. Gaumont-Prat ; *Dalloz*, 2000, jur., p. 731, note Th. Garé ; *JCP*, 2000, II, 10409 et 10410.

23. Dans un arrêt en date du 14 mai 1985, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que les mesures d'instruction sont facultatives pour le juge et que celui-ci n'est pas tenu spécialement son refus d'ordonner l'expertise sollicitée. *JCP*, 1985, IV, 260.

24. L'article 156 du Code de procédure pénale parle seulement de possibilité d'ordonner une expertise. Néanmoins, le juge d'instruction qui refuse d'ordonner une expertise doit motiver sa décision. Pour autant, le juge pénal qu'il soit ou non à l'instruction n'est pas tenu d'ordonner une expertise.

25. L'article R. 621-1 du Code de justice administrative dispose que : « La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision ».

tunité de faire usage de cette faculté selon les circonstances de la cause²⁶. La décision d'ordonner une expertise est une question de fait qui, en tant que telle, ne relève pas en principe du contrôle de la Cour de cassation. Le juge, disposant d'un pouvoir d'appréciation quant à la nécessité d'ordonner une expertise, n'est pas lié par l'accord des parties sur la demande d'expertise.

On peut regretter que le recours à l'expertise soit une simple faculté pour le juge dans la mesure où celui-ci peut ne pas percevoir la nécessité d'une expertise en raison de son « incompétence technique » à déceler le problème technique qui devrait faire l'objet d'une expertise. Mais il ne s'agit pas pour le magistrat d'avoir une connaissance parfaite des litiges, mais bien plutôt d'avoir une connaissance qui lui permette de rendre une décision suffisamment légitime. Le recours à l'expertise ne se conçoit pas comme une recherche neutre des faits, mais comme une recherche de faits subordonnés aux catégories du droit. D'une certaine façon la décision de recourir à l'expertise préfigure déjà la décision. Le recours à l'expertise est tributaire de l'utilité que lui attribuera le juge. De même, la définition de la mission de l'expertise dépendra de l'appréciation que le juge aura de la nécessité de l'expertise.

Une fois ordonnée, l'expertise ne cesse pas pour autant de servir d'instrument de confirmation ou de légitimation de la décision du juge puisque le rapport d'expertise ne lie pas en principe le juge.

Dans la mesure où l'expertise porte sur les faits, elle est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le juge judiciaire tout comme le juge administratif²⁷ considèrent qu'ils ne sont pas liés par les conclusions de l'expertise.

Le juge peut ignorer totalement le rapport d'expertise. Le Conseil d'Etat a considéré, dans un arrêt en date du 18 mars 1988, que le rapport établi par un expert ayant été versé au dossier et que le requérant ayant été mis à même d'en discuter les conclusions, « la circonstance que ce rapport a été établi par un expert commis par l'autorité judiciaire ne faisait pas obstacle à ce que le tribunal en retienne les éléments pour fonder son jugement ; que le tribunal n'était nullement tenu de se conformer aux conclusions du rap-

26. La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi estimé dans un arrêt rendu en date du 18 décembre 1978 que la faculté de décider s'il y a lieu ou non d'ordonner une mesure d'instruction demandée par une partie est laissée à l'appréciation des juges du fond (*Bulletin civil*, 1978, V, n° 876). De même, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 15 janvier 1985, a considéré que les juridictions d'instruction apprécient souverainement les motifs de pur fait pour lesquels elles estiment devoir rejeter une demande d'expertise. La Cour de cassation n'exerce son contrôle qu'en cas d'insuffisance ou de contradiction de motifs ou d'erreur de droit (*Bulletin criminel*, 1985, n° 27). Le Conseil d'Etat a estimé, dans un arrêt en date du 26 novembre 1993, « qu'en refusant d'ordonner l'expertise qui lui était demandée, la cour, dont il n'est pas allégué qu'elle aurait commis une erreur de droit, s'est livrée à une appréciation souveraine des faits qui n'est pas susceptible d'être utilement discutée devant le juge de cassation » (n° 108851, Recueil Lebon).

27. Le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt rendu en date du 9 février 1968 qu'un tribunal administratif n'était pas lié par les conclusions de l'expertise qu'il avait ordonné. *CE, 9 février 1968, n° 68022, publié aux tables du recueil Lebon.*

port d'expertise complémentaire qu'il avait lui-même ordonné »²⁸. Le juge peut se servir partiellement du rapport d'expertise. Ainsi, la première Chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt en date du 7 juillet 1998, que « la Cour d'appel qui a tenu pour surabondantes et dissociables des autres éléments les appréciations juridiques du rapport de l'expert, était fondée à les écarter »²⁹. Le juge peut également reprendre à son compte le rapport d'expertise et lorsqu'il le fera, il pourra se prévaloir de l'autorité de l'expertise pour justifier sa décision quant à l'appréhension et à la qualification des faits. Le rapport d'expertise constitue pour le juge un vivier dans lequel il peut puiser les éléments qu'il veut.

En tant qu'instrument probatoire, l'expertise constitue un instrument de légitimation. En effet, si la preuve peut permettre de découvrir la vérité, elle a surtout pour fonction de légitimer³⁰ la décision de justice qui s'appuiera sur elle.

Cette quête de légitimité se comprend à l'aune de la fonction du juge qui est celle de trancher les litiges. Le procès ne peut éternellement durer, il convient de résorber le trouble causé à l'ordre social par le litige, c'est pourquoi il importe que la décision de justice soit acceptable à défaut de permettre la manifestation de la vérité, sans quoi le litige ressurgira. Pour reprendre les termes de Géraud de Geouffre de La Pradelle, « notre droit a pour vocation principale de justifier l'arrêt qui clôt chaque procès » (La Pradelle, 1990). C'est dans ces conditions que le juge pourra se servir d'éléments ou de la totalité du rapport d'expertise pour argumenter et justifier sa décision, pour que celle-ci se présente comme la meilleure solution possible, voire la seule. La décision doit pouvoir revêtir le caractère de nécessité et le rapport sera à cet égard un instrument de légitimation de la décision.

Ainsi, l'expertise en tant qu'instrument probatoire participe de cette entreprise de légitimation de la décision de justice et ce à plus forte raison qu'elle bénéficie de l'aura du savoir de l'expert.

Mais si la demande d'expertise semble participer de la construction de la vérité judiciaire par le juge, il n'en demeure pas moins que l'expertise est un instrument dont la maîtrise nécessaire semble néanmoins difficile.

II. *L'incertaine maîtrise de l'expertise par le juge*

Si la Cour de cassation considère que le juge doit veiller à ne pas déléguer sa fonction judiciaire en ayant soin de bien définir la mission d'expertise et en dirigeant les opérations (A), il n'en demeure pas moins vrai que la maîtrise du juge sur l'expertise est toute relative en raison du poids de « l'aura scientifique » de cette dernière et ce qu'elle soit ou non contestable (B).

28. CE, 18 mars 1988, *District urbain de la région audomaroise*.

29. Civ. 1e, 7 juillet 1998, *Bull. civ.*, I, n° 239.

30. C'est-à-dire de la faire cesser de paraître arbitraire.

A. La prévention à l'égard des délégations de fonction de juger

L'article 238 du nouveau Code de procédure civile énonce que l'expert ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique. La délégation de la fonction judiciaire consisterait en effet à permettre à l'expert de porter des appréciations juridiques sur les faits. Ainsi un juge ne peut donner à l'expert pour mission de rechercher la responsabilité d'une partie³¹. En outre la mission de l'expert doit être précisément définie par le juge. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu en date du 29 janvier 2003³², rappelé que la mission de l'expert devait être précise et éventuellement, à cette fin, définir certains termes employés dans la mission. En l'espèce, la Cour de cassation reprochait au juge d'instruction de ne pas avoir défini « l'analyse psychosociologique ».

Le juge ne peut pas non plus se départir auprès de l'expert de son devoir de mener l'instruction du procès. Ainsi, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'un juge qui donne à l'expert mission de « définir, surveiller et évaluer les travaux et en régler le coût au fur et à mesure de leur exécution » délègue ses pouvoirs à l'expert et viole l'article 232 du Nouveau Code de procédure civile³³. La Chambre criminelle a, quant à elle, rappelé, dans l'arrêt du 29 janvier 2003³⁴, que l'expertise devait être menée sous le contrôle du juge, sans quoi cette mission constituerait une délégation générale des pouvoirs du juge d'instruction.

La prévention à l'égard des délégations de la fonction de juger semble néanmoins illusoire. En effet, même si la mission doit être précise quitte à ce que certains termes soient définis, il n'en demeure pas moins que l'expertise revêtira une certaine normativité lorsque l'expert devra se prononcer sur des notions juridiques formulées dans les termes du droit. Il en va ainsi de la faute professionnelle de la part d'un médecin ou de l'altération des facultés mentales en droit pénal.

En outre, Bruno Oppetit relève une « propension insidieuse à l'adoption pure et simple, fréquemment observée, des rapports d'experts, aboutissant *de facto* à consacrer de véritables délégations de la fonction judiciaire » (Oppetit, 1976 : 61). Néanmoins la Cour de cassation considère que le juge peut adopter l'avis de l'expert, même si celui-ci a exprimé une opinion d'ordre juridique excédant les limites de sa mission³⁵, sans pour autant déléguer sa fonction judiciaire. Elle estime en effet que cela relève essentiellement de l'appréciation souveraine de la valeur et de la portée des conclusions de l'expert par les juges du fond³⁶.

31. Paris, 13 mars 2002, *BICC*, 2003, n° 301.

32. Crim., 29 janvier 2003, Bull. crim., 2003, n° 22.

33. Civ. 3e, 19 décembre 1983, Bull. civ., III, n° 268.

34. Crim., 29 janvier 2003, Bull. crim., 2003, n° 22.

35. Civ. 3e, 29 mai 1985, JCP 1985. IV. 278. Civ. 3e, 5 mars 2003, Bull. civ. III, n° 55.

36. La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi considéré qu'en fondant sa décision sur les seules évaluations de l'expert, la Cour n'avait pas délégué ses pouvoirs, et de ce fait violé l'article 232 du nouveau Code de procédure civile, mais apprécié souverainement la valeur et la portée des conclusions de l'expert. Soc., 14 avril 1999. N° de pourvoi : 97-41073.

Enfin si la définition précise de la mission permet au juge d'exercer des contrôles sur les opérations d'expertise effectuées, il ne sera pas pour autant nécessairement en mesure d'avoir une appréciation critique des résultats de l'expertise. En effet, dans la mesure où le juge requiert l'intervention de l'expert pour pallier ses lacunes techniques, il est vraisemblable que le juge ne sera pas à même de critiquer l'expertise. Sauf à remettre en cause la procédure suivie, on imagine mal qu'un juge remette en cause le résultat d'une expertise hématologique.

Or si le juge n'est pas en mesure de porter un jugement critique sur l'expertise, il est à craindre qu'il adopte purement et simplement le rapport d'expertise, alors que celui-ci ne lie pas le juge en principe. Et c'est dans cette mesure que l'expertise pourrait constituer une délégation de pouvoir quant à la qualification des faits. Or celle-ci détermine la solution du litige.

A « l'incompétence technique » du juge à apprécier parfois l'expertise, s'ajoute le poids de l'aura scientifique. Ce poids différera néanmoins selon le domaine de l'expertise.

B. La maîtrise relative de l'expertise en raison de son « aura scientifique »

Suivant la discipline à laquelle appartient l'expert, le juge se sentira plus ou moins lié par le rapport d'expertise. Néanmoins, quel que soit le domaine dans lequel exerce l'expert, le poids de l'aura scientifique de l'expertise est contestable.

Comme l'indique Laurence Dumoulin, « c'est la capacité d'une discipline à établir des certitudes qui détermine en partie son pouvoir de contrainte sur le réel et en particulier sur le jugement. Précisément, le caractère péremptoire des résultats experts est étroitement lié à la nature du savoir mis en œuvre : science exacte, discipline expérimentale, savoir positiviste produisent des énoncés affirmatifs qui sont considérés comme vrais » (Dumoulin, 2000 : 218) alors que les sciences humaines provoquent un certain scepticisme. La valeur accordée à l'expertise est tributaire de la conception que l'on a du domaine dans laquelle elle est opérée. Tandis qu'une expertise génétique apparaît incontestable en raison de la très grande confiance qu'inspire la génétique, il en va différemment de l'expertise psychologique et ce en raison du caractère seulement plausible que l'on prête à la psychologie, qui est par ailleurs considérée comme une science d'interprétation. La perception du domaine dans laquelle est exercée l'expertise aura une incidence sur la valeur qu'on lui accordera.

Cependant, la science, quelle qu'elle soit, n'apporte que des certitudes provisoires ainsi que l'a démontré Karl Popper. En effet, les propositions ne sont scientifiques qu'en raison de leur falsifiabilité et non de leur véracité. Si bien que l'autorité de l'expertise ne peut reposer sur sa capacité à produire des énoncés vrais.

La force contraignante de l'expertise provient essentiellement de son extériorité. De même que l'extériorité permet au juge de légitimer sa décision, de même l'extériorité de l'expertise a une incidence sur la perception de ses résultats. Les faits que l'expert appréhende le sont dans un cadre de connaissance préalable.

On imagine que le savoir de l'expert transcende sa personne. Cette conception selon laquelle le savoir serait le même quel que soit l'expert découle de ce que l'on considère le savoir scientifique comme intangible. Or, si le droit confère à l'expertise une neutralité axiologique, celle-ci n'en est pas moins contestable. Cette prétendue neutralité axiologique de l'expertise occulte le caractère controversé que peut avoir la position de l'expert dans son propre domaine de compétence. En effet, comme le fait valoir Olivier Leclerc « ce n'est qu'en raison de son intégration dans une procédure de décision que celui qui détient un savoir particulier est qualifié d'expert » (Leclerc, 2003 : 16). C'est-à-dire que l'autorité conférée à l'expert provient du droit et non du domaine technique dont il est censé être expert.

On constate ici une différence fondamentale entre le système français de l'expertise et le système anglo-saxon qui dénote de la conception que le droit français peut avoir de la science. En effet, en France, l'expert peut intervenir seul dans la mesure où l'on considère que la science est nécessairement objective et en tant que représentant de cette science, l'expert se voit conférer une autorité de fait qui rejaillit sur la décision du juge. Tandis que dans le système anglo-saxon, et notamment aux Etats-Unis, l'expert n'est qu'un simple témoin qui doit convaincre tout autant que les autres témoins.

La force contraignante de l'expertise sur le juge peut apparaître dangereuse lorsque le rapport d'expertise ne rend pas compte des controverses qui existent dans le domaine traité. En effet, le rapport d'expertise, sorti de son contexte scientifique ou technique, est doté d'une neutralité axiologique qu'il peut volontairement ou non usurper. Ce risque tend à se manifester essentiellement dans les sciences interprétatives telles que la psychologie. C'est pourquoi dans le cadre de ces sciences interprétatives, la nomination d'un collège d'experts pourrait être bénéfique. Ce collège devrait être constitué d'un nombre impair d'experts.

En outre, la parole expertale ne dévoile pas une vérité préexistante comme on se l'imagine, mais bien plutôt une vérité construite. La parole expertale en racontant le réel contribue à le façonner. L'expert opère en effet un tri entre les faits qu'il juge pertinents et ceux qui ne le sont pas et peut ainsi tronquer la réalité.

* * *

Deux logiques justifient le recours à l'expertise, d'une part, la volonté de justifier la décision du juge et d'autre part, la volonté de permettre au juge de statuer en connaissance de cause. De ce point de vue, l'expertise est utile.

Mais il importe de ne pas conférer une trop grande autorité à l'expertise dans la mesure où la vérité expertale est parfois contestable.

Si le résultat de l'expertise doit être pris en compte, il ne doit pas être le seul élément à déterminer la décision du juge, sauf à ne pouvoir faire autrement. L'expertise doit être recoupée avec d'autres éléments pour que la décision de justice puisse tendre vers la vérité.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Bourcier, B. & Bonis, M. de (1999) *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger*, Paris : Synthélabo, Collection Les empêcheurs de penser en rond.

Dumoulin, L. (2000) L'expertise dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, in *Droit et société* 44-45 : 218.

Geouffre de La Pradelle, G. de (1990) *Essai d'introduction au droit français*, tome 1, Paris : Espace européen.

Leclerc, O. (2003) *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, thèse, Paris X-Nanterre.

Oppetit, B. (1976) Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé, dans *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, X^e colloque des IEJ, Poitiers, 26-28 mai 1975, Paris : PUF.

Pinchon, F. & Millo, F. (2002) *L'expertise judiciaire en Europe*, Paris : Ed. d'Organisation.

Savatier, R. (1952) Rapport sur la France, dans *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, Travaux de l'association Capitant, t. VII : 619.

Tarde, G. (1972) *La philosophie pénale*, Paris : Cujas.

