



574

Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police

Hervé Vlamynck

579

Le signalement par le psychologue est-il compatible avec le respect du secret professionnel ?

Geneviève Cédile

584

De la révocabilité du rappel à la loi en particulier et des alternatives aux poursuites en général Ludovic Belfanti



EN SUPPLÉMENT

INDEX 2011

riel support de la preuve, de clarifier le rôle et la fonction de l'expert. L'utilisation d'un rapport de vraisemblance permet de prendre en considération tous les paramètres qui influencent la détermination de la valeur réelle de l'indice dans un contexte particulier incertain. C'est un canevas logique qui permet d'une part à l'expert d'éviter les pièges et les erreurs de raisonnement et d'autre part de donner sous forme verbale un ordre de grandeur du poids que l'indice peut représenter dans une situation particulière donnée. C'est ainsi que L'ADN, qui est un outil formidable pour la criminalistique, ne constitue pas la reine des preuves. C'est une trace matérielle qui doit être confrontée aux données d'enquête;

la constitution du dossier scientifique, et la participation à la phase probatoire et au jugement.

Pour mener à bien ces missions, le coordinateur scientifique serait un personnage qui devrait allier à une solide formation, une importante expérience professionnelle et de terrain.

Ce rôle s'avère, de notre point de vue, indispensable pour une clarification des rôles, une économie de moyens, la transmission de l'information, l'équilibre et la transparence du processus judiciaire. Il n'empiète pas sur le rôle du juge, qui conserve son pouvoir décisionnel, ou de l'enquêteur mais leur donne un interlocuteur privilégié pour la phase matérielle du processus judiciaire lors d'une

affaire criminelle. De plus, la défense peut, dans le cadre de la procédure pénale, solliciter auprès du magistrat un complément d'expertise, voire une contre-expertise.

De quelle formation ce coordinateur scientifique devrait-il bénéficier?

Il s'agirait, compte tenu des enjeux que nous avons soulignés, d'une formation universitaire de haut niveau, pluridisciplinaire en criminalistique, débordant sur le droit, la criminologie, la médecine légale, la victimologie... Devrait s'y associer, une expérience professionnelle importante acquise au travers de nombreux stages et fonctions de responsabilité, exercés dans des services d'enquêtes, dans des laboratoires de criminalistique, à l'université (pour des actions d'enseignement et de recherche).

Pour mener à bien un tel projet, il s'agirait de structurer en France les enseignements en matière de criminalistique à l'image de ce qui existe en Suisse, au sein de l'École des sciences criminelles de l'Université de Lausanne où l'on peut suivre des cursus complets de type licence, master, doctorat.

L'EXPERTISE À L'ÉPREUVE DE LA CONTRADICTION : ERRARE EXPERTUM EST

par Emmanuel Daoud et César Ghrénassia

Avocats au barreau de Paris, cabinet Vigo et associés

Un homme est accusé d'un meurtre. On a retrouvé sur le cou de la victime le sillon laissé par l'étranglement et dans ce sillon le sang de la victime et le sperme de celui qu'on peut supposer être son agresseur. Une expertise génétique est confiée à un laboratoire réputé. Elle conclut que « l'empreinte génétique [de l'accusé] (ADN du chromosome Y) [...] est retrouvée dans le mélange d'ADN (ADN du chromosome Y) identifié sur le sperme retrouvé sur les prélèvements au niveau du cou ».

Sur cette base, l'homme est placé en garde en vue et confronté des heures durant, et sans l'assistance d'un conseil, à ce vertige : les résultats d'expertise le confondent. Épuisé, déraisonnant et démuni face à la pression des enquêteurs, il finit par dire, ce qu'il avait toujours nié, qu'il s'est rendu sur les lieux la nuit des faits.

Mis en examen et placé en détention provisoire, il proteste de son innocence mais ne peut fournir aucune explication relative à la présence de son sperme sur le sillon d'étranglement de la victime. Cet exemple, tiré d'un dossier, illustre, si besoin en était, le poids désormais écrasant d'autorité de l'expertise, particulièrement génétique, dans l'établissement d'une vérité judiciaire dans le cadre d'une instruction criminelle. À l'évidence, le rapport d'expertise oriente l'enquête. C'est sa vocation. Les témoignages qui ne concordent pas avec la thèse élaborée sur la base du rapport sont repris, les constatations initiales écartées, les autres pistes abandonnées jusqu'à ce que le suspect cède enfin à la tentation de

l'aveu, ses dénégations représentant, dans de telles hypothèses, une charge supplémentaire à son encontre.

Cet exemple doit également nous alerter sur ce point : les erreurs judiciaires procèdent souvent d'une imprécision, d'une négligence ou d'une mauvaise interprétation du rapport d'expertise ¹.

En l'espèce, l'expertise génétique a été notifiée huit jours après la mise en examen. Dans le délai légal de quinze jours ², la défense a déposé une demande de contre-expertise et de complément d'expertise. Deux mois après la mise en examen, le magistrat a notifié l'ordonnance de commission d'expert ³. Après

⁽¹⁾ F. Gibault, « L'expertise en matière pénale et les droits de la défense », communication prononcée en séance publique à l'Académie des sciences morales et politiques, 27 mars 2006 : « À la décharge des juges, je rappellerai que bien souvent les erreurs judiciaires ne sont pas tant le fait de magistrats que d'experts ou du moins de magistrats qui, de bonne foi, ont été trompés par des experts. De multiples erreurs judiciaires ont été ainsi commises au XIX° siècle par suite d'erreurs d'appréciations commises par des médecins légistes, notamment au cours d'autopsies ».

⁽²⁾ C. pr. pén., art. 167 al. 3.

⁽³⁾ C. pr. pén., art. 161-1, al. 1er.

plus de quatre mois de détention provisoire, le mis en examen était remis en liberté, la contre-expertise ayant conclu que « l'analyse des deux prélèvements effectués dans le cou de la victime met en évidence non un mélange d'ADN mais une empreinte masculine inconnue différente » de celle du mis en examen. Six mois après la demande de complément d'expertise, le premier expert adressait ses réponses aux questions posées par la défense desquelles il résultait qu'on ne pouvait dater le sperme retrouvé et d'autre part qu'on ne s'expliquait pas l'absence du profil de l'accusé sur l'ADN génomique pourtant retrouvé sur l'ADN du chromosome Y.

Pour l'avocat, cette affaire qui aurait pu, en l'absence de contre-expertise, se conclure par un arrêt de condamnation de l'accusé à la réclusion criminelle à perpétuité, appelle quatre séries d'observations relatives au couple magistrat/expert, aux rôles respectifs de l'expert, du magistrat et de l'avocat à la spécificité du mandat de l'avocat et à l'utilité de l'expertise privée, dans certaines hypothèses, afin que l'avocat puisse exécuter pleinement son mandat de défense

Relations entre l'institution judiciaire et l'expertise pénale

La première observation concerne donc les rapports entre l'expert et le juge. On sait la critique qui analyse l'expertise pénale comme la méthode permet-

(4) L. Dumoulin, L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, Droit et Sociétés 2000, 44/45, p. 199-223.

tant à l'institution judiciaire d'évacuer la question du pouvoir, c'està-dire de la violence et de l'arbitraire, dans la fonction de juger. D'une certaine manière, et avec les inconvénients du résumé, le juge investit le spécialiste d'un prestige et d'un savoir, en un mot d'une expertise, nécessairement discutable sur le plan scientifique quoique, très souvent, elle ne soit pas contestable aux yeux de certains magistrats. En retour, le spécialiste contribue à conférer à l'institution judiciaire l'autorité de la science et un discours non seulement de raison mais de vérité 4.

Cette critique a concentré ses attaques sur l'expertise psychiatrique et médico-psychologique. Après avoir mis en rapport notamment l'accumulation de malades mentaux dans les prisons françaises et le faible nombre d'auteurs de crimes ou délits irresponsabilisés, on peut être fondé, en effet, à penser que l'influence des politiques pénales sur la science psychiatrique est manifeste 5. Du reste, les travaux de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite « d'Outreau » et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement ont permis de mettre à jour certains comportements n'ayant qu'un lointain rapport avec le souci de la manifestation de la vérité. Ainsi des discussions autour de la « crédibilité », élément utile pour soutenir une accusation mais inconnu jusqu'alors de la science psychiatrique. Ou encore de cet expert ayant déclaré, en séance publique, avoir eu « trop de respect à l'égard de l'institution judiciaire » pour faire état de l'intégralité de ses constatations et exprimer ses réserves 6.

Au demeurant, il ne faudrait pas cantonner cette première observation au seul domaine des expertises psychiatriques ou médicopsychologiques. En effet, l'ambivalence de ce rapport peut plus généralement se manifester au regard de la valeur que l'institution judiciaire attribue au savoir du spécialiste qu'elle désigne comme expert. À titre d'exemple, il convient de rappeler que parmi les pièces qui ont envoyé Dreyfus au bagne se trouvait le rapport d'un graphologue 7. Il n'est pas, à ce jour, établi que la graphologie puisse être élevée, au-delà d'une pratique honorable, au rang d'une discipline scientifique.

Distinction des fonctions de l'expert commis, du juge commettant et de l'avocat

La deuxième observation, c'est que si le juge, l'expert et l'avocat apportent tous leur concours à la manifestation de la vérité, ils le font avec des moyens, des obligations et à des moments différents.

Pour mémoire, l'expert n'intervient aux termes des articles 156 et 158 du code de procédure pénale que pour trancher une « question d'ordre technique » ⁸ et sur décision du juge d'instruction ou de la juridiction de jugement ⁹. L'expert doit remplir sa mission et seulement sa mission sous le contrôle du juge qui le commet et le nonrespect de ce cadre peut entraîner la nullité de l'expertise ¹⁰. Et cependant, s'il ne peut apporter son concours que sur une question d'ordre technique, sans position à l'égard d'un dossier dont il n'est pas partie, l'expert a inévitablement connaissance d'éléments de l'information et des conséquences que son avis emportera ¹¹.

La première mission de l'avocat apparaît à l'aune de ce rappel : l'avocat a vocation à faire respecter devant la chambre de l'instruction et par la voie de requêtes en nullité les règles régissant l'expertise. Ainsi, la cour d'appel de Caen a-t-elle rappelé dans une affaire récente, que « s'il est admis que certains aspects de la mission puissent aider le juge d'instruction à mieux apprécier les responsabilités encourues, celle-ci ne peut consister en une délégation des pouvoirs et des missions qui lui sont propres entre les mains d'un tiers ». Et l'annulation de l'expertise a, dans cette espèce, entraîné l'annulation de l'interrogatoire de première comparution, c'est-à-dire de la mise

⁽⁵⁾ M. David, L'expertise psychiatrique pénale, L'Harmattan, p. 166.

⁽⁶⁾ Rapport de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite « d'Outreau » et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 6 juin 2006, p. 174.

⁽⁷⁾ F. Gibault, L'expertise en matière pénale et les droits de la défense, communication prononcée en séance publique à l'Académie des sciences morales et politiques, 27 mars 2006 : « Faut-il rappeler que dans l'affaire Dreyfus, Monsieur Bertillon affirmait qu'il y avait identité absolue entre l'écriture du Capitaine Dreyfus et celle du bordereau trouvé dans la corbeille à papiers de Schwartzkopen? ».

⁽⁸⁾ C. pr. pén., art. 158.

⁽⁹⁾ C. pr. pén., art. 156, dernier al.

⁽¹⁰⁾ Sur cette question, Rép. pén., janv. 2010, J.-L. Croizier et C. Guery. Ainsi n'excède pas les limites fixées par la loi la mission d'expertise qui, après avoir précisé les questions techniques sur lesquelles devaient porter les vérifications des experts, indique que leur avis doit permettre au juge d'instruction de mieux apprécier les responsabilités encourues (Crim. 13 avr. 2005, n° 05-80.668, Bull. crim. n° 132, JCP 2005. IV. 2275). De même, l'accomplissement d'une mission d'expertise psychiatrique relative à la recherche d'anomalies mentales, n'interdit pas aux médecins experts d'examiner les faits, d'envisager à titre d'hypothèse la culpabilité de l'inculpé et d'apprécier son accessibilité à une sanction pénale (Crim. 10 juin 1970, Bull. crim. n° 196; 9 avr. 1991, n° 91-80.614, Bull. crim. n° 169; 29 oct. 2003, n° 03-84.617, Bull. crim. n° 205, JCP 2004. IV. 1042, Dr. pénal 2004, n° 208, note A. Maron). Pour un exemple de dépassement des frontières de l'expertise entraînant la nullité de celle-ci : Crim. 29 janv. 2003, nº 02-86.774, Bull. crim nº 22; D. 2003. 1730, obs. J. Pradel; JCP 2003. IV. 1527; Dr. pénal 2003. comm. 53, obs Maron et Haas.

⁽¹¹⁾ Sur cette question, précisons qu'il ressort des travaux de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite « d'Outreau » qu'il n'existe pas de méthodologie recommandant aux experts psychiatres ou psychologues d'étudier le dossier, et plus particulièrement les déclarations des personnes qu'ils vont expertiser, avant de procèder avec elles aux opérations d'expertise.

en examen, ce qui n'est qu'une illustration du poids grandissant de l'expertise pénale 12.

De son côté, le juge et plus particulièrement le magistrat instructeur, se trouve au moment où il rédige la mission d'expertise à un stade où il doit valider un axe d'enquête ou plus concrètement justifier une mise en examen et les mesures de contrainte qui l'assortissent. Et le texte qui lui prescrit d'instruire « à charge et à décharge » lui impose d'abord d'enquêter ¹³, c'est-à-dire d'avancer sur des hypothèses de travail en liaison avec officiers de police judiciaire et experts et d'arbitrer entre des intérêts contradictoires : ceux de la société, de la partie civile, ceux enfin du mis en examen.

L'avocat intervient, dans ce cadre, à un moment où précisément ces hypothèses de travail ont été mises en place. Et il intervient au soutien des intérêts d'un individu de telle sorte qu'il doit renverser un préjugé doublement défavorable : on reprochera à son intervention d'être non seulement tardive mais également partiale, on le verra d'abord comme agissant à contre-courant et de parti pris quand le juge et l'expert auraient pour eux constance et objectivité.

Et cependant, ce sont précisément ces « qualités » de l'avocat qui font la nécessité de son intervention dans le cadre de l'expertise pénale.

Le contradictoire est non seulement une garantie de fiabilité de l'expertise mais également un principe directeur de bonne administration de la justice dans la mesure où son respect doit favoriser l'avancée rapide de l'enquête et sa conclusion dans un délai raisonnable.

Juger est une charge, savoir est une prétention, défendre est un devoir. Et il faut que chacun de ces rôles soit respecté pour que la vérité puisse se manifester. Dans l'espèce qui nous a servi pour introduire notre propos, il faut relever que c'est parce que le juge a sollicité la contradiction sans attendre et a fait droit à la demande de contre-expertise que l'erreur a pu être évitée. Or, il n'y avait, compte tenu du caractère péremptoire de la première expertise génétique, aucune raison de douter

de ses résultats. Aucune autre raison que les protestations d'innocence d'un homme.

Or, la contradiction ne s'inscrit pas facilement dans la tradition inquisitoriale française, et il a fallu attendre la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 (tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale), et l'émotion suscitée par le désastre d'Outreau, pour que les parties et leurs conseils soient avertis de la commission d'un expert, qu'ils soient informés et puissent réagir à la mission ainsi fixée et qu'ils puissent enfin organiser leur réponse dans un délai raisonnable fixé en considération de la complexité du rapport d'expertise ¹⁴ avec, dans certains cas, dépôt d'un « pré-rapport » d'expertise ou d'un « rapport provisoire » ¹⁵.

Dans ces conditions, le contradictoire est non seulement une garantie de fiabilité de l'expertise mais également un principe directeur de bonne administration de la justice dans la mesure où son respect doit favoriser l'avancée rapide de l'enquête et sa conclusion dans un délai raisonnable. Dans un tel système, l'avocat est partie à la procédure dont il ne peut se contenter d'avoir une vision extérieure dès lors qu'il y est associé, sauf à faillir à sa mission et de voir son client en subir les conséquences au moment de l'audience de jugement ¹⁶.

Les modifications introduites par la loi du 5 mars 2007 sont utiles ¹⁷. Elles rapprochent l'expertise pénale de l'expertise civile. Mais cette réforme ne suffit pas encore à conférer à l'expertise pénale un caractère véritablement équitable et contradictoire. C'est que notamment l'expert peut recevoir tout renseignement qu'il estime utile de témoins sans qu'il doive en informer les avocats des parties ¹⁸. Il peut également à la demande du magistrat instructeur se transporter sur les lieux. D'une manière générale, de l'ouverture des scellés aux constatations matérielles, l'expertise se déroule en l'absence d'observateur. C'est que par ailleurs, il est fait une exception importante en matière d'expertises psychiatriques ou médico-psychologiques à

l'assistance du mis en examen ou du témoin assisté par un conseil en cas d'audition par un expert 19.

Spécificité du mandat de l'avocat et variété des recours à l'expertise pénale

Bien entendu, le point de vue du praticien est différent selon qu'il est le conseil d'une partie civile ou d'une partie poursuivie. Ces droits varient également en fonction de la matière, de telle sorte qu'il demeure délicat de proposer un système ou une stratégie type en matière d'expertise pénale. On rappellera ainsi que la partie poursuivie dispose d'un droit à la contre-expertise dans certaines matières contentieuses : dépistage de l'imprégnation alcoolique lorsque la vérification est réalisée au moyen d'un éthylomètre 20 ou en matière de fraudes alimentaires 21.

Ce sont surtout les prérogatives de la partie civile qui se sont développées en matière pénale ce qui traduit une certaine faveur du législateur à son égard. Pour

(12) Caen, chambre de l'instruction, 8 févr. 2011, n° 2010/00199, Ets Champion - SAS Phivetol et SAS Logidis d' MP.

(13) Art. 81, al. 1°, c. pr. pén. : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge ».

(14) L'art. 167 dans son ancienne rédaction imposait au juge de fixer un délai pour dépôt d'observations, de demande de contre-expertise ou de complément d'expertise mais n'indiquait pas la durée minimum de ce délai. Il était simplement enseigné que ce délai devait être suffisant pour permettre aux parties de prendre connaissance du rapport et présenter utilement leurs observations. Il avait cependant été jugé que s'il ne résulte pas de la pièce de notification que le juge ait imparti un délai conformément aux dispositions précitées, la nullité n'est pas pour autant encourue, en l'absence de violation des droits de la défense, dès lors que le mis en examen et son conseil ont eu la faculté de produire, tant au cours de l'information que devant la chambre d'accusation, tout mémoire utile, notamment aux fins de réclamer une nouvelle expertise médicale (Crim. 5 janv. 1977, Bull. crim. n° 8).

(15) Aux termes de l'art. 161-2, c. pr. pén. : « Si le délai prévu à l'article 161 excède un an, le juge d'instruction peut demander que soit auparavant déposé un rapport d'étape qui est notifié aux parties selon les modalités prévues à l'article 167. Les parties peuvent alors adresser en même temps à l'expert et au juge leurs observations en vue du rapport définitif ». Par ailleurs, l'art. 167-2, c. pr. pén., autorise le juge d'instruction à demander le dépôt d'un « pré-rapport » d'expertise ou d'un « rapport provisoire » avant le rapport définitif et le dépôt d'un tel rapport est obligatoire si le ministère public ou si une partie en fait la demande.

(16) P. Belin et T. Pons, Juge d'instruction et avocat : vous avez dit contradictoire?, AJ pénal 2007. 315.

(17) D. Soulez-Larivière, Pour une expertise contradictoire et équitable, AJ pénal. 2011. 75 : « Évidemment, l'égalité des armes n'existe pas puisque les experts officiels, par exemple dans de récentes affaires que j'ai traitées, prennent trois, quatre ou cinq ans pour rédiger un rapport tout seuls dans leur coin. Et la défense reçoit le délai magnanime de deux ou quatre mois pour y répondre. C'est mieux que rien mais nous ne sommes pas encore dans l'équité ».

(18) C. pr. pén., art. 164 al. 1er.

(19) Or, dans cette dernière hypothèse, et en dépit des préventions de l'art. D. 16 c. pr. pén., le rapport d'expertise débute généralement par un interrogatoire sur les faits qui éclaire nécessairement le dossier et oriente l'expertise. Qu'adviendra-t-il des aveux spontanément délivrés, suggérés ou déduits par l'expert hors la présence d'un avocaţ à présent que l'article préliminaire du code de procédure pénale interdit de fonder une condamnation sur le seul fondement de déclarations faites hors l'assistance d'un conseil?

(20) Art. L. 234-5, al. 2, L. 234-9 et R. 234-4 c. route, R. 232-64 et R. 232-51 c. sport. V. sur ce sujet not. G. Francois, L'expertise biomédicale en droit pénal de la santé, RDSS 2008. 84.

(21) Art. L. 215-9, L. 215-11 et L. 215-12 c. consomm.

mémoire, la contre-expertise sollicitée par la partie civile en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale, prise en application de l'article 122-1 du code pénal est désormais de droit et doit être réalisée par deux experts au moins ²².

Par ailleurs, la diversité des secteurs où une expertise est susceptible d'être ordonnée doit inciter l'avocat à resserrer ces liens avec son client, à approfondir la connaissance du métier de ce dernier et à s'assurer de la compréhension de ses besoins. C'est pourquoi, il convient également d'envisager le rôle de l'avocat pénaliste en tant que conseil et indépendamment de l'ouverture d'une procédure. Ainsi, afin d'évaluer l'intérêt d'une plainte (infractions comptables, financières, informatiques ou encore sanitaires), il est recommandable de solliciter préalablement un expert reconnu et capable d'apporter un éclairage précis sur la situation afin d'évaluer le bien-fondé technique de l'action pénale envisagée, voire de préparer en amont une défense dont on pressent qu'elle sera rendue nécessaire en raison des initiatives prises ou annoncées par un adversaire.

Inversement, il peut exister des cas d'instrumentalisation de l'expertise pénale à des fins dilatoires ou probatoires. En effet, l'absence de caractère contraignant d'administration de la preuve en matière civile et commerciale, peut inciter certains conseils à solliciter l'ouverture d'une enquête pénale. L'expertise réalisée dans ce cadre présentera l'avantage certain d'opérer sur la base d'éléments obtenus par les moyens énergiques et contraignants de la procédure pénale.

(22) C. pr. pén., art. 167-1. V. également l'art. 706-47-2 al. 3, c. pr. pén., il prévoit par ailleurs le dépistage forcé d'une maladie sexuellement transmissible sur l'auteur d'un viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle et qui doit permettre à la victime d'évaluer la nécessité d'entreprendre une thérapie. V. sur ce sujet not. G. Francois, op. cit., qui remarque : « On peut donc constater ici une véritable reconnaissance d'un "droit à" l'expertise biomédicale pour les parties privées, parce qu'elles n'avaient pas forcément jusqu'à récemment le droit d'avoir accès à la preuve biomédicale de manière aussi large et parfois systématique. Mais ce qui est remarquable, c'est que la contrainte n'est pas absente de ces prérogatives. Dans un cas, cette contrainte se fait à l'égard du juge, lorsque l'expertise est de droit quand elle est demandée ou lorsqu'elle est d'office obligatoire pour le juge en vertu de la loi, mais ce qui est réellement novateur, c'est qu'elle peut également s'exercer, non plus seulement dans une relation verticale (État/citoyen), mais de manière horizontale d'un citoyen sur un autre ».

(23) Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise, mars 2011, p. 15 : « À titre d'exemple, il est alloué aux techniciens 138 € pour une autopsie, 33 ou 55 € pour un transport sur les lieux en vue d'examen de cadavre, 257,25 € pour une expertise psychiatrique, 172,80 € pour une expertise psychiatrique, 172,80 € pour une expertise psychologique ».

(24) Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise, mars 2011. V. également, E. Daoud, B. Dinh, J. Ferrari, C. Gambette, *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy, p. 291 s.

(25) F. Saint-Pierre, Investigations privées en défense : questions de méthode et difficultés de pratique, AJ pénal 2009. 433 : les experts désignés « travailleront en collège, de manière univoque, sans qu'une saine dialectique ne les oppose. C'est une authentique procédure accusatoire qu'il convient de mettre en œuvre. Comme en matière civile, les opérations d'expertises devraient se dérouler de manière contradictoire chaque partie pouvant être assistée de l'expert de son choix ».

(26) D. Soulez-Larivière, op. cit.; F. Saint-Pierre, op. cit.

(27) Ces solutions sont d'ailleurs conformes à celles dégagées par la jurisprudence européenne : CEDH 18 mars 1997, n° 21497/93, Mantovanelli (Epx) c/ France, AJDA 1999. 173, note H. Muscat; D. 1997. 361, obs. S. Perez; RTD civ. 1997. 1007, obs. J.-P. Marguénaud.

(28) Crim. 6 sept. 2006, n° 06-80.972, Bull. crim n° 213; AJ pénal 2006. 452, obs. C. Girault.

(29) Crim. 3 Juin 2009, nº 08-83.665; AJ pénal 2009. 370.

Nécessité du recours à l'expertise privée

La dernière observation est d'abord inspirée par une considération pratique : elle concerne les délais et la qualité des experts. Dans l'exemple qui nous a servi de fil directeur, il aura fallu attendre près de cinq mois avant que les résultats de la contre-expertise ne soient connus, près de cinq mois pendant lesquels le mis en examen était placé en détention provisoire. Or, il revient à l'évidence à l'avocat de faire, dans l'intérêt de son client toute diligence pour réduire ou prévenir cette contrainte. Ce qui pose inévitablement la question de l'expertise privée, les moyens mis à la disposition de la justice et des experts étant notoirement insuffisants ²³.

Un récent rapport rappelle les difficultés de l'expertise judiciaire pénale : faiblesse des crédits, dévalorisation de certains domaines d'expertise, liste resserrée d'experts, absence de formation continue, délais non respectés ²⁴.

L'expertise privée représente ainsi un moyen nécessaire, dans certaines hypothèses, pour permettre la manifestation de la vérité. Elle ne doit pas être confondue avec la co-désignation c'est-à-dire la demande tendant à adjoindre un second expert à celui qui a été commis. Dans cette hypothèse, où le second expert est sollicité par une partie privée mais désigné par le juge, l'intervention de l'avocat aura pour objet la recherche du professionnel qui, en raison de sa compétence, de sa réputation, de sa spécialité ou parfois, plus prosaïquement, de son tempérament, sera le complément idoine pour favoriser la contradiction. Et cependant, dans cette hypothèse encore, le déroulement de l'expertise aura eu lieu sans qu'il puisse être suivi, discuté ou complété dans le respect du contradictoire. ²⁵

C'est pourquoi, le recours à l'expertise privée apparaît nécessaire à la mise en place d'une stratégie de défense efficace : nécessaire dans le cadre d'un conseil, afin d'évaluer les risques ou l'opportunité d'une plainte notamment, nécessaire également afin de rétablir les termes de la contradiction. Mais ce recours à l'expertise privée a mauvaise presse auprès des magistrats qui ne leur accordent pas toujours un crédit en rapport avec leur qualité.

En la matière, les progrès ont souvent suivi les naufrages de l'institution judiciaire et les audaces de la défense. Faut-il rappeler que ce n'est que depuis 1996 que l'avocat est autorisé à communiquer à un professionnel de la matière le rapport d'expertise qui lui aura été notifié dans le cadre d'une information judiciaire? Pour mémoire, cette réforme a été inspirée par l'affaire dite des « médecins de Poitiers » dans lesquels les expertises judiciaires centrales pour l'accusation avaient été discréditées à l'audience publique de la cour d'assises. Or, il avait fallu que ces rapports soient portés, en violation de la loi ancienne, par les avocats de la défense aux patrons des experts désignés pour que la vérité scientifique et l'innocence des médecins injustement accusés puissent être rétablies ²⁵.

La jurisprudence de la Chambre criminelle ²⁷ est désormais établie et devrait balayer les résistances ou les mauvaises habitudes de certains magistrats : non seulement les contre-expertises privées ne sont pas illicites mais plus encore les juges ne sauraient, en dépit de leur prévention éventuelle contre ces initiatives privées, les écarter des débats sans s'en expliquer. On ne compte plus les audiences au cours desquelles le juge instruit à demi-mot un procès en vénalité et donc en partialité de l'expert privé dont le rapport est produit par la défense : « Maître, nous savons à quoi nous attendre de la part d'un expert privé... ». Pourtant, l'impartialité du spécialiste ou du professionnel même sollicité par un avocat reste présumée ²⁸. De même, les juges ne sauraient refuser d'entendre un expert comme témoin lors de l'audience de jugement ²⁹.

En définitive, ces efforts pour rétablir la contradiction et contribuer à l'assistance effective d'une partie privée trahissent plus généralement les difficultés liées à l'égalité des armes dans le schéma inquisitorial français, avec notamment le déséquilibre aux premiers temps de l'en-

quête entre la défense et l'accusation, l'absence de prévisions permettant d'assurer efficacement le respect du contradictoire dans le cadre des enquêtes préliminaires qui représentent cependant l'écrasante majorité des procédures pénales, et enfin l'ambiguïté du statut du ministère public, et par capillarité, du juge d'instruction. Ces observations justifient également qu'on s'interroge sur l'égalité des justiciables et sur la revalorisation de l'aide juridictionnelle 30.

C'est la spécificité de la profession d'avocat d'adapter son intervention aux singularités du domaine concerné et de réfléchir à une stratégie de conseil ou de défense susceptible de combler les éventuelles lacunes de la législation en vigueur. C'est que « le renforcement des droits de la défense demeure la seule garantie de disposer d'expertises qui seront d'autant plus incontestables qu'elles auront été contestées » 3. Or, en pratique, et faute d'un déroulement véritablement contradictoire des opérations d'expertise, les lacunes d'une expertise apparaîtront souvent non pas à la lecture du rapport mais à l'occasion de la déposition à la barre de l'expert. Aussi pourrait-on imaginer de consacrer une audience contradictoire avant l'audience au fond où la fiabilité du travail de l'expert serait examinée, ce dernier entendu dans l'exposé de ses travaux et dans ses réponses aux questions de méthode et de fond du ministère public, de la partie civile, de la défense et le cas échéant, des spécialistes que l'avocat se sera adjoint 32.

L'évolution vers un modèle plus accusatoire où le juge deviendrait un arbitre de ce débat contradictoire, chargé d'exercer un contrôle rigoureux de la preuve expertale, apparaît en tout état de cause préférable

aux recommandations en faveur d'une technicisation accrue des magistrats 33. L'émergence d'un « juge-expert » ne pourrait que représenter un nouvel obstacle à la contradiction et un risque accru d'erreur judiciaire dans la mesure où la critique de l'expertise ne pourrait être perçue que comme la critique du juge. Errare humanum est, perseverare diabolicum. L'erreur d'expert est humaine, l'erreur judiciaire est diabolique quand elle néglige le doute, qu'elle méprise la contradiction et qu'elle persévère de la sorte dans ses certitudes. Cette inquiétude, ou cette vigilance, forme, d'une certaine manière, toute la mesure des stratégies de défense de l'avocat dans le cadre de l'expertise pénale.

(30) D. Soulez-Larivière, op. cit.

(31) Rapport de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite « d'Outreau » et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 6 juin 2006, p. 401.

(32) G. François, L'expertise biomédicale en droit pénal de la santé, RDSS 2008. 84 qui cite l'arrêt Daubert vs Merell Dow Pharmaceutics Inc. 509 US 579; 113 S. Ct 2786, (1993) rendu le 28 juin 1993 par la Cour suprême des États-Unis érigeant le juge américain en « gardien » de la fiabilité des preuves scientifiques.

(33) Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise, mars 2011, p. 10.

L'EXPERTISE PÉNALE EN ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE ET DE FLAGRANCE Le procureur de la République, prescripteur d'expertise

par Camille Miansoni

Vice-procureur de la République, TGI de Lons-le-saunier

L'expertise pénale suscite maints questionnements depuis bien longtemps. En 1953, le professeur Houin 1 s'interrogeait déjà sur la « recevabilité des méthodes scientifiques de preuve » et sur la « force probante de la preuve scientifique ». Depuis, l'évolution fulgurante des sciences et techniques a définitivement installé la connaissance scientifique et technologique et ses vérités au cœur du procès pénal ². D'autres préoccupations sont apparues et les nombreux travaux 3 consacrés à l'expertise témoignent de l'actualité du sujet. En mars 2011, une commission de réflexion sur l'expertise mise en place par le garde des Sceaux a rendu son rapport 4. L'expertise pénale y est examinée aussi bien sous l'angle de « l'accès à la justice 5 » que de celui de « la qualité de la justice 6 ». L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) a, de son côté, consacré les travaux de son audition publique du 6 décembre 2005 à la question de « l'expertise scientifique » avec un volet important se rapportant à l'expertise judiciaire 7.

La place et le rôle de l'expertise pénale dans le processus d'élabo-

ration de la décision du juge reste la question la plus discutée. Comme le précise Jean-Claude Magendie devant l'OPECST, «l'expertise nous place face à la

(1) R. HOUIN, Le progrès de la science et le droit de la preuve, Revue internationale de droit comparé, vol. 5, n° 1, janv-mar. 1953, p. 69-75. (2) « S'il est un sujet sous les feux de l'actualité, objet de nombreux débats, c'est bien celui-là : l'expertise est au cœur du procès pénal », introduction au dossier l'Expertise pénale, AJ pénal 2006. 58.

(3) V. not., P. Patenaude, De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions, Revue de droit de l'université de Sherbrooke (1996-97) 27 RDUS.

(4) Commission Bussière/Autin installée par le garde des Sceaux par lettre de mission en date du 25 mai 2010.

(5) Prix de l'expertise, information du justiciable et condition du choix de la mesure d'expertise.

(6) Not. les aspects liés à la formation, la sélection, la déontologie et l'évaluation des experts.

(7) V. Office parlementaire d'évaluation ces choix scientifiques et technologiques, Compte rendu de l'audition publique du 6 déc. 2005 sur « l'expertise scientifique ».