



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales
Dirigé par le Professeur Yves Mayaud
2014

L'expertise judiciaire

Hélène Lavedrine

Sous la direction du Professeur Didier Rebut

Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Didier Rebut pour avoir proposé ce sujet qui m'a passionné et captivé. La latitude qu'il m'a accordée et ses conseils avisés m'ont permis d'avancer sereinement dans l'élaboration de ce mémoire.

Je remercie également Monsieur le Professeur Yves Mayaud pour nous avoir transmis une autre vision du droit pénal.

Enfin, merci à tous ceux qui m'ont soutenu durant cette longue réflexion.

Abréviations

AJ Pénal	Actualité juridique pénal
Al	Alinéa
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Code
c/	Contre
Cass.	Cour de cassation
C. civ	Code civil
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Const.	Constitution
Conv EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Décr.	Décret
Dr. pénal	Droit pénal
Ibid	Au même endroit
Infra	Ci-dessous
JAP	Juge de l'application des peines
L.	Loi
p.	Page
préc.	Précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
s.	Et suivants
supra	Ci-dessus
t.	Tome
V.	Voir

Sommaire

Chapitre 1 : L'expertise pré-sentencielle, un outil au service de la manifestation de la vérité	17
Section 1 : Un instrument soumis aux canons du procès équitable	18
Section 2 : La valeur probante du rapport d'expertise	38
Chapitre 2 : L'expertise post-sentencielle, un outil au service de la prévention de la récidive	54
Section 1 : L'apparition progressive de l'expertise postérieure au jugement de condamnation	55
Section 2 : La remise en cause de l'expertise de dangerosité	71

« C'est une maladie naturelle à l'homme de croire qu'il possède la vérité »
Blaise Pascal¹

¹ B. PASCAL, De l'Esprit géométrique et de l'Art de persuader, 1658.

Introduction

« *Le temps de Vinci est passé. Nul ne peut plus avoir une culture universelle. Et ce renoncement s'impose notamment au juge* »². Les mots de René Savatier jouissent d'un renouveau à mesure que la science dépasse les frontières de l'imaginable. Pouvait-on, à l'époque, imaginer que l'on pouvait désormais capturer une odeur ou retrouver de l'ADN sur un support datant de plusieurs décennies ? L'évolution de la science a rendu possible certains procédés qui sont devenus indispensables au déroulement de la justice, voire un besoin impérieux. Certains y verront une perversion et une dépendance excessive, d'autres y verront un outil indispensable.

Malgré une certaine réserve de quelques experts ou magistrats, l'expertise est aujourd'hui devenue une pièce maîtresse du procès. La diversité des domaines sur lesquels travaillent les magistrats et la complexité de certaines affaires ont permis l'apparition progressive de « l'homme de l'art » au sein du prétoire. Parfois vu comme un concurrent du magistrat, l'expert a su trouver sa place. Son prestige et son honorabilité ne sont plus à prouver et sa parole est aujourd'hui rarement remise en doute.

Les magistrats y ont recours lorsqu'ils l'estiment nécessaire. D'ailleurs, certains auteurs voient l'expert comme la « *loupe* »³ du magistrat car il permet d'éclaircir un point précis du dossier sur lequel travaille le magistrat. L'expertise guide et oriente le juge sur la décision à prendre. Pourtant, certaines expertises sont souvent considérées comme une preuve irréfragable de la culpabilité d'une personne, dès le stade de l'instruction. Tel est le cas de l'expertise ADN. Celle-ci fait peser un doute disproportionné sur le propriétaire de l'ADN retrouvée sur une scène de crime.

L'expertise est donc un outil dont le juge peut user à son bon vouloir. La science se met alors au service du juge. Pourtant, il est des cas où la science met en lumière certains faits dont la justice ne peut plus se servir. C'est ainsi que l'affaire Jacques Maire a connu un récent rebondissement. Acquitté en novembre 2004 pour l'enlèvement et le meurtre de Nelly Haderer⁴, il fut condamné par la Cour d'appel à 20 ans de réclusion criminelle pour ce meurtre⁵. Après cassation de l'arrêt de la Cour d'appel pour vice de procédure⁶, il est définitivement acquitté par la Cour d'appel de renvoi.

On apprend, le 29 janvier 2014, qu'après expertise du jean que portait Nelly Haderer le jour de sa mort, l'ADN de Jacques Maire a été retrouvé dans une goutte de sang sur ce pantalon. Pourtant, il ne peut plus être inquiété pour ce meurtre puisqu'il a bénéficié d'une décision définitive.

² R. SAVATIER, *Le progrès de la science et le droit de la preuve*, Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. VII, 1952, p. 619

³ M.A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, 1997, Avant propos.

⁴ Il fut cependant condamné à 15 ans de réclusion criminelle pour l'enlèvement et la séquestration d'Odile Busset.

⁵ Il fut également condamné pour l'enlèvement et la séquestration d'Odile Busset.

⁶ Certaines pages du dossier n'avaient pas été signées par la greffière.

Aucune procédure ne permet de réviser un acquittement suite à la découverte de nouveaux éléments capables de semer le doute sur la culpabilité de la personne acquittée. Malgré la découverte de l'ADN de Jacques Maire sur les vêtements de la victime, il ne pourra donc être rejugé pour ces faits. La science ne peut donc pas être toujours exploitée par la justice. Le droit devient alors un obstacle à l'exploitation des données mises en lumière par la science. Il ne peut en être autrement : c'est la science qui se met au service du droit et non l'inverse.

Malgré ses possibilités, la science, directement exploitée par l'expertise, est conditionnée par les règles procédurales préexistantes. Les mérites de la science et du recours à l'homme de l'art s'arrêtent aux limites du droit. Pour autant, lorsque le droit le permet, l'expertise peut être pleinement utilisée. Le législateur a d'ailleurs vite vu la potentialité de cet outil et a ressenti la nécessité de réglementer le recours à l'expertise.

De manière générale, si le juge estime que les faits constituent une infraction pénale, c'est à lui d'apporter les preuves nécessaires. C'est à ce stade de la procédure qu'intervient l'expertise qui permet au juge de l'éclairer sur les faits. Il décidera alors de prendre en compte les résultats de l'expertise ou de les exclure. On s'aperçoit alors que l'expertise s'inscrit dans le cadre plus général de l'administration de la preuve qui régit le procès pénal puisque le rapport d'expertise deviendra une preuve à part entière.

De la sorte, le législateur a voulu renforcer les moyens attribués au juge pour saisir la réalité des faits qui lui sont soumis. Par l'expertise, le juge tente de se rapprocher de la vérité factuelle. L'expertise tend ainsi à confondre vérité factuelle et vérité judiciaire car par l'expertise, le juge espère avoir une meilleure vision des faits dont il est saisi. L'expertise concourt ainsi de l'articulation entre le fait et le droit⁷, l'expertise permettant au juge de rendre une décision unissant le droit et le fait d'un lien certain. L'homme de l'art apparaît alors comme un nouveau moyen d'accéder à la vérité.

L'attractivité de l'expertise en ce qu'elle permet une approche plus unitaire entre vérité factuelle et vérité judiciaire a donc conduit le législateur à réglementer le recours à l'expertise. A cet effet, il a été introduit dans le Code d'instruction criminelle, des dispositions qui ont trait aux modalités de recours à l'homme de l'art.

L'article 43 prévoyait ainsi que « *Le procureur impérial se fera accompagner, au besoin, d'une ou de deux personnes, présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du crime ou délit* ». De même, l'article 44 prévoyait que « *S'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause soit inconnue et suspecte, le procureur impérial se fera assister d'un ou deux officiers de santé, qui feront leur rapport sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre. Les personnes appelées dans le cas du présent article et de l'article précédent, prêteront, devant le procureur impérial, le serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience* ».

⁷ V. A. RIMBAUD, *Le juge pénal et l'expertise numérique*, Révolutions au Palais, Dalloz, 2007.

Le Code d'instruction criminelle semble prévoir un cadre général du recours à l'expertise. Néanmoins, le législateur s'en est tenu au strict minimum puisque le recours à l'homme de l'art⁸ est limité au flagrant délit et à la matière médico-légale. En 1808, le législateur a vu l'expertise comme un moyen résiduel à la disposition du procureur impérial dont il ne pouvait user que dans certaines circonstances, moyen d'autant plus résiduel lorsque l'on pense au développement de l'enquête officieuse⁹ et donc à autant d'impossibilités de recourir à l'expertise.

Face aux lacunes des textes, la jurisprudence a tenté de construire un régime juridique propre à l'expertise. Toutefois, la jurisprudence s'est révélée, elle aussi, incapable de bâtir une théorie de l'expertise. Les lacunes des textes et l'inaptitude de la jurisprudence à les combler ont entraîné d'incroyables erreurs judiciaires¹⁰.

L'affaire Dreyfus reste l'exemple le plus célèbre des dérives liées au défaut de réglementation expertale. Au delà des considérations politiques, militaires ou sociologiques, le rôle des experts graphologues dans cette affaire fut essentiel dans la condamnation de Dreyfus. Le 28 septembre 1894, la Section de Statistique¹¹ intercepte un bordereau destiné à l'ambassade allemande à Paris. Le document, contenant des informations confidentielles sur l'armée française, était destiné au Major Schwartzkoppen, attaché militaire germanique. Le Général Mercier, Ministre de la Guerre, ordonna de rechercher l'expéditeur du bordereau. Les soupçons se dirigèrent vers le Capitaine Dreyfus, le Commandant du Paty de Clam ayant reconnu son écriture. Le Général Mercier demanda alors au Garde des Sceaux de nommer un expert en écritures.

Alfred Gobert, expert de la Banque de France inscrit sur la liste de la Cour d'appel de Paris, fut ainsi consulté et déclara ne pas reconnaître l'écriture de Dreyfus. Ces résultats contrariant les certitudes de la hiérarchie militaire, une nouvelle expertise fut alors confiée à Alphonse Bertillon qui n'était ni expert agréé par la justice, ni spécialiste de la graphologie mais chef du service de l'identité judiciaire à la préfecture de police de Paris. Il déclara que la culpabilité du Capitaine Dreyfus était certaine en se basant sur sa théorie de l'autoforgerie, c'est à dire la capacité de Dreyfus à « *imiter sa propre écriture dans le but de se faire passer pour un autre qui aurait précisément voulu passer pour lui* »¹². Ont ensuite suivi des dizaines d'expertises confiées à des experts reconnus et moins reconnus. Une querelle d'experts éclata, laissant déjà apparaître la maniabilité des résultats d'expertises.

Dreyfus fut condamné le 22 décembre 1894 pour haute trahison et déporté sur l'île de Diable en février 1895. Ce fut seulement après la découverte du véritable coupable, Ferdinand Walsin Esterhazy, qu'Alfred Dreyfus fut réhabilité.

⁸ On remarque que les termes « expertise » ou « experts » n'apparaissent pas.

⁹ L'enquête officieuse est l'ancêtre de l'enquête préliminaire qui sera consacrée dans le Code de procédure pénale.

¹⁰ Pour des exemples d'erreurs judiciaires qui sont dues à l'insuffisance du régime expertal, V. Y. ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Introduction, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

¹¹ Service d'espionnage et de contre espionnage au ministère de la Guerre.

¹² J.L. NADAL, en collaboration avec D. BOCCON-GIBOD, *Quelques réflexions sur l'affaire Dreyfus* in *De la justice dans l'affaire Dreyfus*, Fayard, 2006, p 25 et s.

Le 12 juillet 1906, le Capitaine Dreyfus fut innocenté et réintégré dans l'armée dans ses grades et fonctions. La justice découvrit que des faux écrits et témoignages avaient été créés, reconnut que des erreurs scientifiques avaient été commises et que certaines personnes avaient été manipulées. Ce désastre judiciaire permit, à l'époque, d'entrevoir l'apport fondamental de l'expertise mais également son danger si celle-ci ne s'inscrit pas dans un cadre réglementé.

C'est le parti pris par le Code de procédure pénale qui fit un travail de réglementation quant au recours, au déroulement et à l'utilisation de l'expertise. Le législateur a pris conscience de la nécessité d'édicter des règles afin d'encadrer ce nouveau mode de preuve, de plus en plus utilisé par les juges qui, toujours en quête de vérité, essaient de trouver des éléments de réponse par le recours à l'expertise.

La volonté législative de réformer le régime juridique de l'expertise s'exprime d'abord par l'apparition d'une section entière consacrée à celle-ci au sein du Code de procédure pénale¹³. Les articles 156 à 169-1 de ce code régissent la matière, l'expertise étant désormais considérée comme un acte d'information pouvant être utile à la manifestation de la vérité¹⁴. On remarque immédiatement l'accroissement du nombre de dispositions consacrées à l'expertise, les deux articles du Code d'instruction criminelle étant remplacés par une dizaine d'articles. Le Code de procédure pénale, dans sa version initiale, comportait 14 articles à ce sujet mais la matière s'est peu à peu étoffée, jusqu'à atteindre 20 articles aujourd'hui. C'est dire si le législateur estime que les règles juridiques commandant l'expertise doivent encore être perfectionnées.

On peut ensuite relever que le législateur a profondément modifié la substance même de la réglementation. Alors que le Code d'instruction criminelle confiait le pouvoir d'ordonner une expertise uniquement au procureur impérial (devenu le procureur de la République), le Code de procédure pénale confie ce pouvoir au juge d'instruction (et accessoirement aux juridictions de jugement). Le législateur a donc transféré ce pouvoir au juge d'instruction, magistrat impartial, chargé d'instruire à charge et à décharge sur des faits dont il est saisi¹⁵. L'expertise n'est plus un instrument au service du procureur, qui, rappelons-le, est une partie au procès. Le législateur a alors exclu le recours à l'expertise du champ de l'enquête préliminaire mais également de l'enquête de flagrance. Le rapport d'expertise devient alors une pièce de la procédure, avec les conséquences qui s'y attachent et notamment l'application du régime des nullités.

Pour autant, cette réglementation abondante n'a pas comblé certaines lacunes, déjà existantes sous le Code d'instruction criminelle. La plus significative est le manque de définition de l'expertise elle-même. Le Code de procédure pénale n'a pas réussi à caractériser la spécificité de l'expertise alors même qu'il est parvenu à édifier un véritable cadre juridique de l'expertise, permettant à celle-ci d'être plus efficace car mieux maîtrisée et par conséquent, de plus en plus exempte de reproches.

¹³ Il s'agit de la section 9 intitulée sobrement « De l'expertise » qui se trouve au sein du Chapitre « Du juge d'instruction : juridiction d'instruction du premier degré ».

¹⁴ En référence à l'article 81 al. 1 du Code de procédure pénale qui donne les principes fondamentaux de la conduite d'une information judiciaire.

¹⁵ Article 81 al. 1 C. pr. pén.

De manière intuitive, l'expert est le connaisseur, l'homme expérimenté et adroit dans un domaine particulier. L'expert renvoie à celui qui connaît parfaitement son art, le maîtrise et en connaît toutes ses subtilités. Cette définition générique est évidemment applicable à la matière judiciaire. Cependant, elle ne suffit pas à qualifier une expertise au sens juridique du terme qui relève de spécificités prononcées. Cette dernière se distingue d'autres procédés qui relèvent de la même terminologie dans le sens commun. Elle souffre également d'une insuffisance légale quant à la détermination des éléments permettant de la définir.

Il est simplement précisé, dans les articles 156 et suivants, que l'expertise porte sur « une question d'ordre technique »¹⁶. Cette référence paraît bien faible pour caractériser ce qu'est l'expertise. La jurisprudence a, encore une fois, tenter de combler les manques législatifs, ou du moins essayer de circonscrire le champ de cet outil. Aidée par la jurisprudence, la doctrine a défini les principaux éléments caractéristiques de l'expertise, tenant d'abord à un critère organique, puis à un critère substantiel. En la distinguant de ce qu'elle n'est pas, la doctrine a réussi à préciser ce qu'est l'expertise.

L'expertise se distingue d'abord de l'expertise privée. En effet, il s'agit ici d'expertise judiciaire, c'est à dire d'expertise diligentée par une autorité judiciaire. L'expertise privée est diligentée par un particulier ou une partie au procès (victime, prévenu, accusé). Elle peut être nécessaire pour apprécier l'opportunité de poursuites ou l'existence d'un dommage. Lorsqu'un particulier ou une partie au procès a recours à une expertise privée, le rapport de l'expert est un moyen de preuve contradictoirement discuté. En revanche, la décision du juge d'instruction de diligenter une expertise est un acte d'instruction susceptible d'annulation, même si le rapport d'expertise sera contradictoirement discuté à l'audience.

L'expertise privée est cependant créditée d'une valeur probante moindre que l'expertise judiciaire. En effet, les juges doutent parfois de l'impartialité de l'expert privé puisqu'elle a été sollicitée par un particulier ou une partie au procès (hors ministère public). La jurisprudence estime cependant que les expertises privées, et notamment les contres expertises privées, diligentées lorsque le juge d'instruction refuse une demande de contre expertise, ne sauraient être exclues du débat sans explication. L'expert privé est présumé impartial, malgré l'absence de règles s'agissant de sa nomination¹⁷. Les juges ne sauraient rejeter le rapport d'expertise privée et encore moins refuser d'entendre un expert privé en tant que témoin à l'audience.

C'est d'autant plus vrai que c'est de l'office de l'avocat de recueillir toutes les preuves qui peuvent servir à la défense de son client, y compris une expertise privée. La Cour de cassation a d'ailleurs estimé qu'une expertise privée ne peut être exclue du débat en raison de son illicéité. Sous condition d'être discutée contradictoirement, l'expertise privée doit être versée au dossier.

¹⁶ Article 156 al. 1 : « 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 » et article 158 : « La mission des experts qui ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique est précisée dans la décision qui ordonne l'expertise ».

¹⁷ La partie privée peut faire appel à n'importe quel spécialiste alors que le juge est limité par une liste d'experts établie par la Cour de cassation et chaque Cour d'appel.

Cette solution est justifiée par le principe de la liberté de la preuve dont bénéficie les parties privées au procès¹⁸. En revanche, et nous le verrons par la suite, les autorités judiciaires sont tenues par le principe de légalité de la preuve, ou du moins au principe de loyauté, qui s'applique évidemment à l'expertise judiciaire.

Il est donc question ici uniquement de l'expertise judiciaire, expertise diligentée par une autorité judiciaire, et donc un magistrat. Pourtant, cette approche négative de l'expertise judiciaire ne suffit pas à caractériser suffisamment la spécificité de celle-ci. Pour préciser la nature de l'expertise, il faut ensuite la distinguer d'autres techniques de constatations, techniques réservées au procureur de la République.

En effet, l'expertise ne se confond pas avec les examens techniques et scientifiques. Ceux-ci sont diligentés soit par un officier de police judiciaire en enquête de flagrance selon l'article 60¹⁹ soit directement par le procureur de la République en enquête préliminaire selon l'article 77-1²⁰. L'officier de police judiciaire et le procureur de la République ont recours à des « personnes qualifiées ». Les mots « expertise » ou « expert » ne sont jamais mentionnés. Cependant, certains auteurs estiment que le recours à l'expertise n'est pas réservé au juge d'instruction et que le procureur de la République peut devenir un véritable « prescripteur d'expertise »²¹.

Pourtant, le législateur a clairement entendu confier le recours à l'expertise au juge d'instruction (et aux juridictions de jugement) en excluant le procureur de la République, et les officiers de police judiciaire agissant sous son contrôle. Plusieurs arguments sont néanmoins avancés pour attribuer au procureur de la République un pouvoir similaire au juge d'instruction. D'abord, les personnes qualifiées auxquelles a recours le procureur de la République peuvent également être des experts inscrits sur les listes des experts établies par la Cour de cassation et par chaque Cour d'appel.

Ensuite, si les « personnes qualifiées » ne sont pas des experts au sens juridique du terme, elles doivent prêter serment « *d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience* » selon l'article 60 alinéa 2 du Code de procédure pénale. On peut remarquer la similitude de ce serment avec celui des experts qui prêtent serment « *d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience* » selon l'article 6 de la loi du 21 juin 1971. Camille Miansoni remarque alors une « identité de qualité »²² entre personne qualifiée et expert.

¹⁸ Art. 427 C. pr. pén.

¹⁹ Article 60 al. 1 : « *S'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, l'officier de police judiciaire a recours à toutes personnes qualifiées* ».

²⁰ Article 77-1 : « *S'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire, a recours à toutes personnes qualifiées* ».

²¹ C. MIANSONI, L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance. Le procureur de la République, prescripteur d'expertise, AJ Pénal 2011, p. 564.

²² Ibid.

Elle note ensuite le rapprochement du régime juridique des expertises et des investigations scientifiques et techniques puisque l'article 60 alinéa 3 renvoie expressément aux articles 163 et 166²³ du Code de procédure pénale qui font partie de la section consacrée aux expertises diligentées en instruction.

La difficulté à distinguer expertises et investigations scientifiques et techniques est entretenue par la jurisprudence qui tend à rapprocher le régime juridique des deux. Ainsi, dans un arrêt du 14 septembre 2005²⁴, la Cour de cassation a estimé que « *l'article 77-1 du Code de procédure pénale confère au procureur de la République, agissant en enquête préliminaire, le pouvoir de charger toutes personnes qualifiées de missions techniques ou scientifiques de même nature que celles qui peuvent être confiées aux experts par le juge d'instruction en application de l'article 156 du même Code* ».

En plus d'une identité de qualité, Camille Mansioni parle alors « d'identité de nature »²⁵. Finalement, ce qui caractériserait fondamentalement l'expertise serait la nature de la mission confiée à l'expert et non l'autorité qui y a recours.

Cette analyse, assez minoritaire au sein de la doctrine, revient à nier la spécificité de l'expertise dont seul le juge d'instruction peut disposer. En effet, l'expertise est entourée de garanties qui lui permet d'être efficacement utilisée dans le cadre d'une instruction et notamment l'instauration d'un contradictoire qui, nous le verrons, s'est considérablement renforcé depuis la loi du 5 mars 2007²⁶. De plus, les constatations techniques et scientifiques n'ont pas le même but que l'expertise puisqu'elles tendent uniquement à informer les enquêteurs de l'existence de conditions nécessaires à l'exercice de poursuites. En revanche, l'expertise est diligentée durant la phase d'instruction, donc lorsque des poursuites sont déjà engagées. Pourquoi le législateur aurait utilisé un autre vocable pour désigner le même outil ? En d'autres termes, l'expertise est à l'instruction ce que la constatation technique ou scientifique est à l'enquête préliminaire ou de flagrance.

La plus grande différence entre les examens techniques et scientifiques et l'expertise est effectivement la nature de la mission confiée à l'expert. En effet, le recours à l'expertise requiert une interprétation par l'expert de ses résultats. L'expertise implique un avis, une opinion de la part de l'homme de l'art. La jurisprudence elle-même reconnaît cette différence. Dans un arrêt du 6 octobre 1986²⁷, la Cour de cassation a estimé que « *l'opération [...], consistant uniquement en la détermination du taux d'alcoolémie de la victime, sans interprétation du résultat, entrainé dans le cadre de simples constatations* ». Par conséquent, tout ce qui ne relève pas d'une interprétation, relève de simples constatations techniques et scientifiques.

²³ Ces articles sont relatifs à l'exploitation des scellés par l'expert et à la rédaction et au dépôt de son rapport.

²⁴ Crim. 14 septembre 2005, bull. n° 226.

²⁵ C. MIANSONI, L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance. Le procureur de la République, prescripteur d'expertise, AJ Pénal 2011, p. 564.

²⁶ L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

²⁷ Crim. 6 octobre 1986, bull. n° 270.

Ainsi de la détermination du taux d'alcoolémie mais également de la prise de photos, ou encore de la détermination du poids de la balle d'une arme. Ces simples constatations relèvent de la compétence des « personnes qualifiées » auxquelles peut avoir recours le procureur de la République ou les officiers de police judiciaire placés sous son autorité.

L'expertise implique l'explication de phénomènes depuis leurs causes jusqu'à leurs conséquences ou leurs manifestations. C'est donc un acte d'interprétation. Les constatations techniques ou scientifiques permettent uniquement d'être éclairé sur des données purement objectives. Le poids d'une balle est une donnée objective. A l'inverse, la recherche des causes de la mort d'une victime peut être sujette à de multiples interprétations qui sont censées guider le juge dans sa prise de décision future.

De ces constatations, une définition ressort. L'expertise judiciaire est une mesure, ordonnée par un juge ou une juridiction, confiée à des professionnels reconnus en tant qu'experts, portant sur une question d'ordre technique à laquelle devra répondre ces professionnels et impliquant une interprétation de leur part.

Deux critères sont donc nécessaires pour définir l'expertise judiciaire. D'une part, un critère organique permet de se convaincre que l'expertise judiciaire ne peut être que diligentée par un juge ou une juridiction, excluant de ce fait le procureur de la République et les officiers de police judiciaire qui peuvent avoir recours à des constatations techniques et scientifiques. D'autre part, un critère substantiel permet d'affirmer que l'expertise judiciaire porte sur une question d'ordre technique à laquelle l'expert devra répondre en donnant un avis, un commentaire, une interprétation.

L'expertise judiciaire recouvre donc de multiples domaines et les expertises ADN étalées dans les séries télévisées et présentées comme la preuve ultime par la presse, ne reflètent pas l'étendue des domaines de l'expertise. Il suffit en effet de consulter la liste des experts agréés par la Cour de cassation. Les domaines y sont très variés, de l'agriculture au bâtiment, en passant par l'économie, la médecine ou l'interprétariat. C'est évidemment les domaines de la santé et de la médecine légale qui attirent les regards puisque ce sont les domaines les plus connus.

Le recours à l'expert est par conséquent de plus en plus fréquent au regard des possibilités qu'offrent les listes d'experts. Le juge d'instruction peut donc profiter des « sachants » à chaque fois qu'il entend avoir des précisions sur un domaine très précis dans lequel il ne possède peu ou pas de connaissances. Cette possibilité est précieuse puisque l'on constate une complexité croissante des affaires pénales. Il suffit de prendre deux exemples pour s'en convaincre. Dans certaines affaires économiques et financières, le juge peut être confronté à des circuits tellement opaques qu'il est incapable de connaître l'origine ou la destination des fonds en question. De même, dans des affaires d'homicide involontaire, le juge ne pourra expliquer l'origine du dommage (effondrement d'un bâtiment, fuite de gaz) sans l'aide d'un expert qui pourra ainsi déterminer les causes de l'accident.

Le recours à celui que l'on nomme l'homme de l'art permet alors au juge d'instruction de clarifier un point technique du dossier. Néanmoins, le but ultime du recours à l'expert est bien de déterminer s'il y a assez de charges contre un individu, un témoin assisté ou un mis en examen. En effet, le juge d'instruction doit recueillir les preuves nécessaires à la manifestation de la vérité, et notamment celles relatives à l'implication des auteurs présumés des faits. Le rapport d'expertise apparaît comme un acte d'instruction mais également comme une preuve de la culpabilité ou de l'innocence des personnes mises en cause.

C'est le rôle initial de l'expert, éclaircir le juge sur une question à laquelle il ne peut pas répondre pour rassembler les preuves nécessaires à la détermination de l'implication d'un ou des individu(s) à des faits dont le juge d'instruction est saisi. Le juge peut s'appuyer sur le rapport d'expertise d'abord pour déterminer si les faits sont constitutifs d'une infraction puis, pour établir la possible participation d'individus à ces faits. L'expertise intervient alors avant la phase de jugement.

Pourtant, on voit, depuis plusieurs années, l'apparition d'une nouvelle forme d'expertise. Celle-ci n'est plus diligentée durant la phase d'instruction mais pendant la phase d'application de la peine et même au-delà pour justifier certaines mesures de sûreté, notamment pour déterminer si le détenu est apte à sortir de prison et s'il ne présente pas de danger pour la société. Cette nouvelle forme d'expertise ne concerne cependant qu'un seul domaine. Il s'agit principalement, ici, d'expertises confiées à des psychologues ou à des psychiatres. En effet, la mission principale confiée aux sachants est de savoir si le détenu ne présente plus de danger pour la société, il s'agit alors d'une « expertise de dangerosité ». Nous le verrons, cette expertise est très controversée, ce qui n'empêche pas le législateur d'imposer de plus en plus le recours à ces expertises.

L'expertise judiciaire recouvre donc toutes les expertises diligentées par un juge, peu importe l'étape du procès durant laquelle elle intervient. L'expert peut alors s'immiscer dans toutes les étapes du procès, de l'instruction au prononcé d'une mesure de sûreté. L'expertise est aujourd'hui tellement omniprésente que l'on peut se demander si sa finalité n'a pas été détournée.

L'expertise pénale sert-elle toujours la manifestation de la vérité ou n'est-elle pas aujourd'hui un prétexte à une répression toujours plus forte ? L'expertise pénale est aujourd'hui très prisée des juges durant la phase préalable au procès car elle permet d'avoir une meilleure vision des faits (Chapitre I). L'expertise pénale est également aujourd'hui utilisée pour déterminer si un individu est toujours dangereux et s'il est opportun de le libérer de prison. L'expertise ainsi décrite apparaît alors comme un simple outil de légitimation d'une politique criminelle de plus en plus sécuritaire (Chapitre II).

Chapitre I : L'expertise pré-sentencielle, un outil au service de la manifestation de la vérité.

L'expertise pénale est aujourd'hui devenue un outil de plus en plus prisé. Preuve en est, les frais de justice criminels, correctionnels et de police comprenant notamment les indemnités payées aux huissiers et aux jurés mais également les frais d'expertise s'élevaient à 298 millions d'euros en 2010 et à 328 millions d'euros en 2013²⁸, soit une augmentation de 10 % en 3 ans²⁹.

L'expert est devenu un interlocuteur privilégié du juge. En effet, celui-ci tend à privilégier désormais les modes de preuve objectifs, écartant de ce fait les autres modes de preuve, et notamment la preuve testimoniale. Le juge voit dans l'expertise une preuve beaucoup plus fiable qu'un témoignage, par nature inconstant et soumis à des variables tenant tant aux circonstances de l'infraction qu'aux circonstances propres au témoin (mauvaise vue, mémoire défaillante). L'homme de l'art peut ainsi devenir la clé de voute de la résolution d'une affaire. Le juge en a pris conscience et fait appel à lui, parfois, systématiquement.

Malgré la quasi unanimité des juges sur l'apport fondamental de l'expertise dans le processus judiciaire, l'expertise reste un outil uniquement réservé au juge, et spécialement au juge d'instruction. Le législateur a écarté le recours à l'expertise durant les enquêtes préliminaires et de flagrance. Durant l'instruction, comme nous le verrons, le juge est seul à pouvoir recourir à l'expertise. Cependant, la loi du 5 mars 2007³⁰ a attribué aux parties de nouvelles prérogatives dans ce domaine.

L'expertise judiciaire s'inscrit donc dans le processus judiciaire. Par conséquent, elle est soumise aux mêmes règles qui s'imposent au procès pénal, et spécialement les règles du procès équitable. En effet, la procédure pénale est aujourd'hui de plus en plus contrainte de s'adapter aux prescriptions du procès équitable issues de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'expertise judiciaire s'harmonise progressivement à cet ensemble de règles (section I).

L'encadrement de plus en plus serré de l'expertise judiciaire n'évince pas les interrogations liées à la valeur du rapport d'expertise. Celui-ci reste soumis à la discussion des parties durant le procès, le rapport d'expertise ne bénéficiant pas d'une présomption irréfragable de véracité (section II).

²⁸ V. Chiffres clés de la justice sur justice.gouv.fr.

²⁹ On remarque une augmentation constante : en 2010, les frais s'élevaient à 298 millions, en 2011, à 318 millions, en 2012, à 325 millions et en 2013, à 328 millions.

³⁰ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

Section I : Un instrument soumis aux canons du procès équitable.

L'expertise pénale tend aujourd'hui à embrasser les règles issues du modèle du procès équitable. Celui-ci est principalement issu de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, repris en parti par l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La principale caractéristique du procès équitable est reprise dans le premier alinéa de cet article préliminaire qui précise que « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* ». Le contradictoire et l'équilibre des droits des parties sont donc le principal enjeu de l'application du procès équitable.

Cette disposition, introduite par la loi du 15 juin 2000³¹, est censée irriguer toute la procédure pénale. Grâce à sa première place dans le Code de procédure pénale, l'article préliminaire bénéficie d'un rayonnement proportionnel à la place qu'occupe la procédure pénale dans le procès. Alors que l'application de ces règles durant la phase de jugement est unanime, des résistances se sont cependant fait sentir quant à l'application de ces règles durant l'instruction. Sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, l'instruction a dû consentir à se voir encadrer par ces nouvelles normes. L'expertise pénale, outil à la disposition du juge d'instruction, doit donc répondre à ces nouvelles exigences. L'expertise s'est progressivement ajustée aux exigences d'impartialité s'agissant de la désignation de l'expert (paragraphe 1) et de contradictoire s'agissant du déroulement de l'expertise (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'impartialité de la désignation de l'expert.

L'expert intervient dans le processus judiciaire lorsque le juge l'y convie. L'expert n'est qu'un auxiliaire de justice puisqu'il est mis à la disposition de la justice lorsqu'il le souhaite. En aucun cas, être expert est une profession. En effet, être expert judiciaire n'est qu'une activité accessoire à une activité principale correspondant à une spécialité. Par conséquent, avoir recours à l'homme de l'art est une prérogative réservée au juge (a). Celui-ci doit respecter une procédure particulière pour désigner l'expert (b) et lui confier sa mission (c).

a. Un pouvoir exclusif du juge d'instruction et des juridictions de jugement.

L'expertise judiciaire fait parti des outils à la disposition du juge permettant de concourir à la manifestation de la vérité. En effet, lorsque le juge y a recours, il entend trouver des preuves mises en lumière par l'expert. Déterminer les causes de la mort d'une personne permet ainsi au juge d'apprécier si la mort est naturelle ou si elle résulte d'un acte criminel. Si tel est le cas, l'origine de la mort peut-elle traduire une volonté criminelle ? La recherche de preuves est alors la seule motivation du juge.

³¹ L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

Nous l'avons vu, les constatations techniques et scientifiques, réservées au procureur de la République et aux officiers de police judiciaire, ne peuvent être qualifiées d'expertise. Pourtant, certains textes spécifiques permettent au Procureur de la République d'avoir recours à une expertise.

C'est le cas de l'article 706-47-1 du Code de procédure pénale qui précise que les personnes poursuivies pour l'une des infractions de l'article 706-47 du même code³² doivent être soumises, avant tout jugement au fond, à une expertise médicale permettant d'apprécier l'opportunité d'une injonction de soins, cette expertise pouvant être diligentée par le procureur de la République dès le stade de l'enquête. C'est également le cas de l'article 706-48 du même code qui précise que les mineurs victimes de l'une des infractions de l'article 706-47 peuvent faire l'objet d'une expertise médico-psychologique afin d'apprécier la nature et l'importance du préjudice et la nécessité de traitements ou de soins appropriés, expertise pouvant également être diligentée par le procureur de la République, dès le stade de l'enquête.

On pourrait ainsi croire qu'un procureur de la République puisse diligenter une expertise. Il est vrai que les textes associent le procureur de la République aux expertises. On remarque cependant que ces expertises n'ont pas le même but que l'expertise diligentée par les juges. En effet, celles prévues aux articles 706-47-1 et 706-48 permettent uniquement d'apprécier un préjudice ou l'opportunité d'une injonction de soins, donc d'une peine. Il ne s'agit pas, pour le procureur de la République, de recueillir des preuves afin de prouver l'existence d'une infraction ou de déterminer l'auteur d'une infraction. En d'autres termes, ces expertises ne sont pas des mesures d'investigation nécessaires à la manifestation de la vérité.

Le pouvoir de diligenter une expertise appartient donc uniquement au juge. Les règles relatives à l'expertise apparaissent dans la section nommée « De l'expertise » dans le chapitre relatif au juge d'instruction. C'est donc au juge d'instruction qu'il appartient d'y avoir recours, s'il le souhaite. « Liberté, indépendance, et souveraineté »³³ du juge semblent ainsi les maîtres mots depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale.

Le juge d'instruction n'est pas le seul à pouvoir avoir recours aux savoirs de l'homme de l'art. L'expertise ayant pour but de recueillir des preuves, les juridictions de jugement peuvent également y avoir recours lors de la phase d'instruction à l'audience visant à administrer la preuve de l'infraction.

³² Article 706-47 C. pr. pén. : « Les dispositions du présent titre sont applicables aux 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, de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-4-1 à 225-4-4, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du code pénal. Ces dispositions sont également applicables aux procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale.

³³ L. DUMOULIN, L'expert dans la justice, de la genèse d'une figure à ses usages, Economica, 2007, p. 34.

La cour d'assises, si elle estime ne pas être assez informée, peut, par l'intermédiaire de son président, ordonner « *tous actes d'information* » qu'elle estime utiles³⁴. L'accusé et la partie civile peuvent également demander une expertise à la cour d'assises par voie de conclusions, tout comme le ministère public par voie de réquisitions, auxquelles doit répondre la Cour³⁵ par un arrêt incident. Le Président de la Cour d'assises peut y avoir recours en vertu de son pouvoir discrétionnaire³⁶. Si la cour ordonne une expertise, les règles applicables correspondent à celles de l'instruction.

Le tribunal correctionnel peut avoir recours à l'homme de l'art pour lui permettre d'apprécier, dans les meilleures conditions, la réalité des faits lui étant soumis³⁷. Le régime juridique est alors le même que l'expertise diligentée durant l'instruction³⁸. Le prévenu et la partie civile peuvent demander, par voie de conclusions, de diligenter une expertise³⁹, tout comme le ministère public peut le faire par voie de réquisitions⁴⁰, auxquelles doit répondre le tribunal. Il est à noter que les règles concernant le recours à l'expertise devant le tribunal correctionnel sont également applicables devant le tribunal de police⁴¹. Enfin, la chambre de l'instruction peut évidemment avoir recours à l'expertise, d'office ou sur demande des parties⁴².

Les règles applicables devant le juge d'instruction sont par conséquent les mêmes que devant la cour d'assises, le tribunal correctionnel et le tribunal de police puisque les dispositions les concernant renvoient expressément au régime juridique de l'expertise diligentée par le juge d'instruction⁴³.

Le monopole du juge d'instruction d'avoir recours à l'expert écarte toute délégation de pouvoirs. Le juge d'instruction ne peut déléguer son pouvoir d'ordonner une expertise à un officier de police judiciaire par le biais d'une commission rogatoire. La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 2 septembre 1986⁴⁴ que « *si, en application de l'article 156 du Code de procédure pénale, toute juridiction d'instruction ou de jugement peut ordonner une expertise dans le cas où se pose une question d'ordre technique, lesdites juridictions ne tiennent cependant d'aucun texte la faculté de déléguer leurs pouvoirs en matière de désignation d'experts ; qu'en particulier, il n'entre pas dans les pouvoirs d'un officier de police judiciaire, agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction, d'ordonner une mesure d'expertise et de désigner des experts* ». Il appartient au juge d'instruction, seul, d'ordonner une mesure d'instruction.

³⁴ Art. 283 C. pr. pén.

³⁵ Art. 315 et 316 C. pr. pén.

³⁶ Art. 310 C. pr. pén.

³⁷ Art. 434 C. pr. pén.

³⁸ L'article 434 renvoie expressément aux articles 156 à 166, 168 et 169.

³⁹ Art. 459 C. pr. pén.

⁴⁰ Art. 458 C. pr. pén.

⁴¹ L'article 536 renvoie expressément aux articles 427 à 457.

⁴² Art. 201 al. 1 C. pr. pén.

⁴³ Lorsqu'il sera fait référence, dans ce mémoire, au juge d'instruction, les juridictions de jugement y seront également associées même si elles ne seront pas nommées.

⁴⁴ Crim. 2 septembre 1986, bull. n° 231.

De même, si une juridiction de jugement décide de procéder à un supplément d'information pour diligenter une expertise, elle doit nommer un membre de la formation ayant connu de l'affaire, sauf si elle donne commission rogatoire à un autre magistrat pour le faire. La pratique de nommer le président du Tribunal de grande instance ou un juge désigné pour assurer le supplément d'information est à bannir s'ils n'ont pas effectivement siégé au sein de la juridiction ayant ordonné l'expertise.

Le pouvoir de recourir à l'homme de l'art est exclusif du juge d'instruction. Ce pouvoir n'est cependant pas un impératif. Recourir à l'expert n'est qu'une faculté, une possibilité. En effet, c'est seulement lorsque le juge d'instruction estime qu'il n'a pas les connaissances nécessaires pour apprécier un donnée particulière, qu'il fait intervenir l'expert pour l'éclairer. Ainsi, l'expert n'est pas l'œil du juge mais « *sa loupe* »⁴⁵. L'expert apporte son aide au juge sur un point particulier. Peut alors naître un paradoxe : c'est celui qui ne sait pas qui a l'initiative de la demande. C'est ainsi que le juge peut ne pas avoir recours à l'expertise alors même que l'expertise pourrait être utile. Cette carence est atténuée, nous le verrons, par le pouvoir qu'ont les parties de demander une expertise même si le juge a toujours le dernier mot.

Le Code de procédure pénale a donc opté pour le régime de l'expertise facultative, notamment en raison des lenteurs qu'elle entraîne et les coûts qu'elle engendre. Le juge y a recours lorsqu'il en a besoin, ce n'est aucunement une obligation. D'ailleurs, l'article 156 précise que le juge d'instruction « peut » ordonner une expertise⁴⁶. La Cour de cassation a précisé qu'il s'agissait d'un pouvoir souverain puisqu'elle estime que « *l'appréciation des juges du fond sur la nécessité, l'opportunité ou l'étendue d'une expertise est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation* »⁴⁷. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît ce pouvoir souverain aux juges du fond mais vérifie néanmoins que le refus d'une expertise ne porte pas atteinte au droit général du requérant à un procès équitable⁴⁸.

Il peut cependant arriver que le Code de procédure pénale prévoie l'obligation d'avoir recours à l'homme de l'art. C'est notamment le cas lorsqu'une partie civile demande une contre expertise à la suite de la notification des conclusions d'une première expertise qui sont de nature à conduire à l'application des dispositions concernant l'irresponsabilité pénale de la personne en raison d'un trouble mental⁴⁹. Les expertises sont le plus souvent obligatoires, nous le verrons, durant la phase de l'exécution de la peine et pour l'application de mesure de sûreté.

⁴⁵ M.A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, L'expertise, Dalloz, 1997, Avant propos.

⁴⁶ Art. 156 al. 1 : « *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. Le ministère public ou la partie qui demande une expertise peut préciser dans sa demande les questions qu'il voudrait voir poser à l'expert* ».

⁴⁷ Crim. 25 mars 1971. Bull n°111.

⁴⁸ V. à ce sujet CEDH. 24 octobre 1989, H c/ France, requête n°10073/82, paragraphes 60 et s.

⁴⁹ Art. 167-1 C. pr. pén.

Le pouvoir de recourir à un expert est un monopole accordé au juge d'instruction. Néanmoins, les parties au procès ainsi que le ministère public peuvent lui demander de diligenter une expertise comme le prévoit l'article 156 du Code de procédure pénale. Cette possibilité est notifiée à la partie civile lors de sa première audition⁵⁰ et à la personne mise en examen lors de sa première comparution devant le juge d'instruction⁵¹. Lorsque le juge d'instruction rend son ordonnance de fin d'information, les parties peuvent encore lui demander de diligenter une expertise dans un délai d'un mois si la personne mise en examen est détenue ou trois mois dans les autres cas après cet avis⁵². Le pouvoir de diligenter une expertise reste dans les mains du juge d'instruction, bien que celui-ci puisse y être incité par les parties et le ministère public.

Dans ce cas, le pouvoir du juge d'instruction n'est plus discrétionnaire puisque s'il refuse une demande d'expertise, sa décision doit être motivée et doit être rendue dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Les parties peuvent alors interjeter appel du refus d'ordonner une expertise devant le Président de la chambre de l'instruction qui rendra une ordonnance non susceptible de recours⁵³. La décision finale revient donc au juge qui décidera de l'opportunité de diligenter une expertise même si la motivation du refus intervient alors comme contrepartie à la souveraineté du juge et comme garantie contre une décision arbitraire de celui-ci.

La décision de recourir à une expertise est donc laissée à la seule conscience de son prescripteur. Celui-ci doit se trouver devant une question qu'il ne peut résoudre par ses propres moyens et sur laquelle il doit être éclairé. L'expert apparaît alors comme un simple auxiliaire de justice. Le juge d'instruction est en quête perpétuelle de preuves, il fera alors appel à l'expert afin que celui-ci lui donne des renseignements.

En d'autres termes, l'expertise est une « *procédure béquille* »⁵⁴. Le juge d'instruction s'appuiera sur les connaissances de l'expert afin de déterminer s'il y a eu infraction, et si tel est le cas, quel en est l'auteur. Le juge ne peut être confondu avec l'expert, le juge ayant toujours la mainmise sur la procédure de l'expertise, dans le recours à celle-ci mais également dans la désignation de l'expert.

b. La procédure de désignation de l'expert.

L'acte de désigner n'est que l'un des attributs du pouvoir d'ordonner. On comprend par conséquent que l'acte de désigner appartient au juge d'instruction puisque lui seul a le pouvoir d'ordonner une expertise. C'est d'ailleurs ce que précise l'article 159 du Code de procédure pénale⁵⁵. L'opportunité et la souveraineté de la décision du juge d'avoir recours à l'expert sont limitées lors de la désignation de celui-ci.

⁵⁰ Art. 89-1 C. pr. pén.

⁵¹ Art. 116-1 C. pr. pén.

⁵² Art. 175 C. pr. pén.

⁵³ Art. 186-1 C. pr. pén.

⁵⁴ L. DUMOULIN, L'expert dans la justice, de la genèse d'une figure à ses usages, *Economica*, 2007, p. 40.

⁵⁵ Art 159 C. pr. pén. : « *Le juge d'instruction désigne l'expert chargé de procéder à l'expertise* ».

En effet, pour garantir la compétence et l'intégrité morale de l'expert, le juge d'instruction est tenu de choisir l'expert sur la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des listes dressées par les cours d'appel⁵⁶. Le juge d'instruction peut, à titre exceptionnel, choisir un expert hors liste, par décision motivée. Le choix d'un expert hors liste peut s'expliquer par une insuffisance de noms sur une liste (notamment dans le secteur psychiatrique) ou par des spécialités absentes (bien que les spécialités des listes d'experts tendent à s'allonger).

La motivation du juge permet d'éviter la suspicion sur le manque de compétences de l'expert ou sur d'éventuelles affinités entre le juge et l'expert. Il est cependant à noter que le choix d'un expert hors liste n'est pas possible en cas d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, le juge devant obligatoirement le choisir sur une liste officielle⁵⁷.

Le choix limité d'un expert sur une liste permet de respecter des principes essentiels tels que l'impartialité, la compétence et la déontologie. Les experts inscrits sur une liste ont été reconnus comme répondant aux critères d'accès à la qualité d'expert judiciaire par une assemblée de juges⁵⁸. Lorsque l'expert s'inscrit sur une liste, il doit prêter serment « *d'apporter son concours à la justice, d'accomplir sa mission, de faire son rapport et de donner son avis en son honneur et en sa conscience* »⁵⁹.

En revanche, si le juge fait le choix de recourir à un expert non inscrit sur une liste, celui-ci doit prêter serment à chaque fois qu'il est commis⁶⁰. Cette obligation atteste alors du manque de confiance accordée aux experts hors liste. Il en est de même pour les personnes adjointes à l'expert, à sa demande, pour l'éclairer sur une question échappant à sa spécialité qui doit prêter également serment à chaque fois qu'il est appelé.⁶¹

Pour renforcer l'impartialité de l'expert, le Code de procédure pénale impose, en outre, à l'expert, lorsqu'il appartient à une des associations visées aux articles 2-1 à 2-21 et que l'information porte sur des faits pour lesquels cette association peut se constituer partie civile, de déclarer son appartenance au juge d'instruction qui l'a désigné⁶². Le législateur veut ainsi éviter tout conflit d'intérêts pouvant jeter un doute sur l'impartialité de l'expert ainsi commis.

Le pouvoir de désigner des experts appartient donc en propre au juge. Le Code de procédure pénale a néanmoins apporté des nuances afin d'éviter les dérives constatées sous le Code d'instruction criminelle puisque l'accusé ou le prévenu faisait intervenir leur propre spécialiste à l'audience, qui avait pour mission de contredire les experts officiels lorsque leur rapport leur était défavorable. La scène judiciaire devenait le lieu de querelles incessantes entre experts.

⁵⁶ Art. 157 C. pr. pén.

⁵⁷ Art. 6-1 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

⁵⁸ Les conditions d'inscription sur une liste d'experts sont énumérées aux articles 2 et 3 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

⁵⁹ Art. 22 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

⁶⁰ Art. 160 C. pr. pén.

⁶¹ Art. 162 C. pr. pén.

⁶² Art. D38 C. pr. pén.

La règle posée par le Code de procédure pénale reste la désignation d'un expert unique comme le précise l'article 159 du Code de procédure pénale. Cependant, « *si les circonstances le justifient* », le juge peut désigner plusieurs experts. L'opportunité de choisir plusieurs experts reste de la souveraineté du juge.

Le principe est la désignation d'un seul expert sans motivation de la part du juge, sauf si sur demande des parties, le juge d'instruction nomme qu'un seul expert alors que deux étaient demandés (dans ce cas, le juge d'instruction doit motiver sa décision de recourir qu'à un seul expert).

Le nombre d'experts a longtemps été au centre des débats. Lors de la réforme du Code d'instruction criminelle, il a été proposé de mettre fin au monopole des juridictions répressives en matière de désignation des experts. Cependant, le Code de procédure pénale a repris le système de l'expertise non contradictoire, c'est à dire le monopole du juge dans la désignation de l'expert.

Pourtant, d'autres systèmes existent. Il avait été proposé de retenir le système de l'expertise contrôlée. Les parties au procès peuvent, dans ce cas, surveiller la réalisation de l'expertise par l'intermédiaire d'un conseiller technique de leur choix. La désignation de l'expert reste dirigée par le juge mais la défense et l'accusation peuvent désigner un conseiller censé les représenter durant les opérations d'expertise. Le conseiller technique n'est pas un expert car il ne réalise pas les opérations mais surveille le bon déroulement de celles ci. Il rédige ensuite un rapport dans lequel ses observations sont consignées. Ainsi, les parties bénéficient d'un droit de regard sur le travail de l'expert.

C'est ce qui avait été proposé par le projet Royer déposé sur le bureau du Sénat le 27 novembre 1879, tendant à moderniser la procédure criminelle. La partie civile, la personne poursuivie et le ministère public pouvaient nommer un praticien chargé d'intervenir durant les investigations menées par l'expert nommé par le juge. En cas de pluralité de personnes poursuivies, un seul praticien devait être nommé, après accord. Ce pouvoir était cependant réduit par l'obligation de choisir le conseiller dans les listes officielles d'experts. L'application de ce projet aurait permis de réduire les erreurs d'appréciation susceptibles d'être commise par l'expert officiel. Ce projet n'a cependant pas abouti, non en raison du rejet des dispositions concernant l'expertise mais en raison du rejet de l'ensemble du projet de réforme du Code d'instruction criminelle.

Par la suite, le projet Dauphin du 27 mars 1882 avait repris ce système tout en limitant le pouvoir de désigner un conseiller technique. En effet, ce pouvoir était accordé uniquement à la personne poursuivie. Le rédacteur du projet, Joseph Dauphin, considérait que l'expert nommé par le juge représentait suffisamment le ministère public et la partie civile. Il existait donc une présomption de partialité de l'expert officiel qui confirmerait trop rapidement les thèses du juge. Ce projet fut cependant rejeté.

Lors des discussions pour la réforme du Code d'instruction criminelle, il a été proposé, par le projet Donnedieu de Vabres en 1949, de pouvoir recourir à des conseillers techniques par les parties. Le projet fut malheureusement rejeté à la suite du tollé soulevé par sa proposition majeure : supprimer le juge d'instruction et confier l'instruction au procureur de la République.

Le système de l'expertise contrôlée ne permet pas aux parties d'intervenir directement dans les opérations expertales. En revanche, le système de l'expertise contradictoire le permet. Les parties peuvent véritablement nommer un expert de leur choix, doté de véritables prérogatives. Il s'agit alors de deux hommes de l'art, chargés, tous deux, de réaliser la mission confiée par le juge. L'expert officiel n'est plus surveillé par un conseiller technique mais il travaille véritablement avec l'un de ses pairs.

C'est ce qui avait été prévu par la proposition de loi Cruppi, déposée à la chambre des députés le 22 novembre 1898. La personne poursuivie seule pouvait choisir un expert de son choix, sur une des listes officielles. Si l'auteur du délit ou du crime était inconnu ou en fuite ou refusait de désigner un expert, le juge désignait obligatoirement deux experts, afin d'assurer le contradictoire et dissiper tout doute de partialité. A l'époque, la proposition avait fait débat. En effet, certains considéraient que le système de l'expertise contradictoire mettait en doute injustement l'impartialité des experts officiels. La proposition fut donc rejetée.

Le 5 août 1955, la Commission d'études pénales législatives dépose un rapport sur le bureau du Conseil de la République s'agissant du système à adopter lors de la réforme du Code d'instruction criminelle. La commission avait adopté un système mixte, rejetant ainsi le système de l'expertise contradictoire⁶³ et le système de l'expertise contrôlée⁶⁴. La Commission a ainsi opté pour un système de dualité d'experts. La juridiction garde le monopole de recourir à l'expertise mais il doit impérativement nommer deux experts, quelque soit la complexité de l'expertise. L'Assemblée nationale rejeta le projet, préférant l'expertise contradictoire.

La loi du 31 décembre 1957 adopta donc le système de l'expertise contradictoire. Son article 159 alinéa 4 prévoyait que « *Dans le même délai, et si la décision émane d'un juge d'instruction, l'inculpé et son conseil pourra, en outre, choisir un autre expert qui sera alors également désigné par le juge d'instruction* ». Cette tentative fut avortée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 qui mit fin à cette pratique et revint au système de la dualité d'experts, qui finalement fut abrogé par la loi du 30 décembre 1985.

Le système restait celui de l'expertise non contradictoire, d'un expert nommé par le juge d'instruction puisque les parlementaires refusaient de porter un soupçon général de partialité sur tous les experts. Le législateur intervint alors par une loi du 5 mars 2007⁶⁵ pour introduire la possibilité pour les parties de choisir un expert de leur choix.

L'article 161-1 du Code de procédure pénale prévoit ainsi dans son alinéa 1^{er} que « *copie de la décision ordonnant une expertise est adressée sans délai au procureur de la République et aux parties, qui disposent d'un délai de dix jours pour demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 81, de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes mentionnées à l'article 157* ».

⁶³ La Commission a considéré que la contre-expertise était seulement un prétexte à des moyens dilatoires.

⁶⁴ Les conseillers techniques étaient vus par la Commission comme des défenseurs officieux des parties au procès.

⁶⁵ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

Il revient alors aux parties et au ministère public de choisir s'ils veulent adjoindre un expert à celui déjà nommé par le juge d'instruction. L'expert doit être choisi sur une des listes officielles, sans possibilité de choisir un expert hors liste, les risques de partialité étant redoutés. Il revient cependant au juge d'instruction de nommer l'expert s'il accepte la demande des parties.

Le renforcement des critères d'impartialité de la nomination de l'expert et surtout de contradictoire est cependant grandement atténué. D'abord, le juge d'instruction reste maître de la procédure et peut refuser d'adjoindre un expert à l'expert officiel. Il doit motiver sa décision, décision susceptible d'appel devant le Président de la chambre de l'instruction qui rend une ordonnance non susceptible de recours. Les mêmes difficultés lors d'une demande d'expertise par les parties et le ministère public se retrouvent alors dans le cas de la désignation d'un expert.

Ensuite, la possibilité d'adjonction d'un expert au choix des parties et du Procureur de la République disparaît lorsque l'expertise doit être réalisée en urgence et ne peut être différée durant le délai de 10 jours prévu ou lorsque la communication de la décision de recourir à l'expertise « *risque d'entraver l'accomplissement des investigations* »⁶⁶, ou encore lorsque les conclusions de l'expertise n'ont pas d'incidence sur la détermination de la culpabilité de la personne mise en examen, c'est à dire les expertises médicales dont l'objet est d'apprécier l'importance du dommage subi par la victime⁶⁷. Les parties peuvent également renoncer au bénéfice de cet article, en présence de leur avocat ou celui ci dûment convoqué.

Enfin, la possibilité d'adjoindre un expert avait été initialement prévue lorsque la copie de la décision de recourir à l'homme de l'art avait été adressée au procureur de la République et aux « avocats des parties ». On pouvait donc en conclure que la personne non assistée d'un avocat ne pouvait bénéficier de ce droit. Le Conseil constitutionnel fut saisi de la question et abrogea les termes « avocats des » de l'article 161-1 considérant que « *la différence de traitement ainsi instituée entre les parties selon qu'elles sont représentées ou non par un avocat ne trouve pas de justification dans la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de l'ordre public ou l'objectif de recherche des auteurs d'infraction, auxquels concourt le secret de l'instruction ; qu'elle n'est pas davantage compensée par la faculté, reconnue à toutes les parties par le troisième alinéa de l'article 167 du code de procédure pénale, de demander un complément ou une contre expertise* » et que « *dès lors qu'est reconnue aux parties la liberté de choisir d'être assistées d'un avocat ou de se défendre seules, le respect des principes du contradictoire et des droits de la défense impose que la copie de la décision ordonnant l'expertise soit portée à la connaissance de toutes les parties* ». ⁶⁸

L'expert n'est plus considéré comme un prolongement de la personne du magistrat, il peut également être un simple collaborateur entre juge et expert, même choisi par l'une des parties au procès. La manifestation de la vérité ne peut qu'en bénéficier, l'expert officiel pouvant ainsi jouir d'un éventuel avis contraire au sien, et favorisant de ce fait le contradictoire et diminuant les risques de partialité.

⁶⁶ Art. 161-1 al. 3 C. pr. pén.

⁶⁷ Art D37 C. pr. pén.

⁶⁸ Décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012

Ce nouveau mode de désignation de l'expert permet d'écarter une partie des critiques concernant l'expertise non contradictoire. Les experts ne sont pas des « hoplites de l'accusation »⁶⁹ mais bien des collaborateurs occasionnels de la justice, choisis pour leur impartialité et sujets à contradiction lors de leurs opérations si les parties et le ministère public le souhaitent. Une fois que l'expert est choisi, le juge d'instruction doit encore lui attribuer une mission précise.

c. La détermination de la mission de l'expert.

Le choix de recourir à un homme de l'art repose sur la reconnaissance de la part du juge de son ignorance dans un domaine particulier. L'expert pallie alors au manque de connaissances du juge pour lui permettre d'instruire sereinement avec toutes les données nécessaires à sa poursuite. Pourtant, il peut arriver que le juge fasse appel à l'expert pour confirmer ce qu'il a découvert à travers d'autres preuves. Le magistrat n'attend plus alors une nouvelle donnée de la part de l'expert mais une simple reformulation expertale de ses intuitions⁷⁰. La mission attribuée à l'expert varie alors selon ce que le juge recherche. Celui-ci a donc une marge de manœuvre appréciable. Pourtant, malgré la diversité des missions qui peuvent être octroyées à l'expert, certains principes généraux doivent être respectés.

La mission de l'expert doit porter sur une question d'ordre technique⁷¹, c'est d'ailleurs l'une des caractéristiques de l'expertise. Le Code de procédure pénale a précisé que la mission confiée à l'expert ne pouvait porter que sur de telles questions, à peine de nullité. Par conséquent, la mission de l'expert ne porte pas sur des actes d'instruction ou de poursuites et n'accorde pas à l'expert des prérogatives judiciaires ou policières. Comme l'a précisé la Chambre criminelle, « *les experts, qui ont seulement pour mission de faire des vérifications matérielles ou d'émettre leur avis sur les questions qui leur sont soumises ne sont chargés d'aucune partie de l'administration de la justice, et que, dès lors, ils n'ont pas la qualité pour accomplir les actes qui ont pour objet de constater les délits et d'en découvrir les auteurs* »⁷².

De même, la mission de l'expert ne doit pas avoir pour objet une délégation des pouvoirs du juge lui-même. En d'autres termes, le juge est le juge du droit alors que l'expert est le juge du fait. Ayant confié le soin de procéder à une analyse psycho-criminologique de la procédure à un expert, un juge s'est vu annuler son ordonnance par les juges du fond et confirmé par la Chambre criminelle qui ont considéré que la mission relevait d'une délégation des pouvoirs du juge qui étaient de sa seule compétence.⁷³ La chambre criminelle veille donc à ce que la mission de l'expert ne déborde pas sur les compétences propres du juge.

⁶⁹ D. SOULEZ-LARIVIERE, Pour une expertise contradictoire et équitable, AJ pénal 2006, p.75.

⁷⁰ V. à ce sujet, D. BOURSIER et M. DE BONIS, Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger, Edition Institut d'édition Sanofi-Synthélabo, 1999

⁷¹ Art. 158 C. pr. pén.

⁷² Crim. 16 mars 1964, Bull. n° 97.

⁷³ Crim. 29 janvier 2003, Bull n° 81.

Au delà d'une délégation de pouvoirs, le juge ne saurait inviter l'expert à donner un avis juridique. Ainsi, « *décrire les fonctions de chaque intervenant* », ayant « *pour but de permettre au juge de mieux apprécier la nature et l'étendue des responsabilités encourues* »⁷⁴ excède la mission de l'expert. Celui-ci doit donc rester dans son champ de compétence en n'empiétant pas sur celui du juge.

L'expert ne saurait par ailleurs se prononcer sur la culpabilité. En revanche, il est admis que dans certains domaines, des concepts juridiques puissent être utilisés. Les experts psychologues et psychiatriques peuvent, sans craindre la cancellation de certains passages de leur rapport, envisager la culpabilité car le but de telles expertises est d'apprécier le degré de responsabilité d'une personne et d'envisager les sanctions les plus adaptées. Dans le cadre d'une expertise visant à déterminer si la personne examinée ne souffre pas d'un trouble mental faisant échec à sa responsabilité pénale, l'expert est donc autorisé à apprécier s'il est possible que cette personne soit coupable.

La délimitation de la mission de l'expert est de surcroît soumise aux principes de légalité et d'admissibilité de la preuve puisque l'expertise s'inscrit dans le cadre plus général de l'administration de la preuve par les autorités publiques. Celles-ci sont soumises au principe de légalité, contrairement aux parties privées qui, elles, bénéficient du principe de liberté de la preuve selon l'article 427 du Code de procédure pénale⁷⁵. Les autorités sont donc tenues par un principe de loyauté et de respect des droits de la défense. La Chambre criminelle a ainsi considéré que l'interrogatoire d'un témoin, placé sous hypnose par un expert était contraire aux droits de la défense car il violait les principes de l'administration de la preuve, et ce, même si le témoin était consentant⁷⁶.

De même, l'utilisation d'un détecteur de mensonge est considérée comme contraire aux droits de la défense puisque la personne soumise au test serait amenée à parler en violation du droit au silence ou à s'auto-accuser. En revanche, les expertises « *psycho-criminologiques* » ou plus communément appelé, le profilage, sont acceptées par la Cour de cassation même si leur valeur est aujourd'hui discutée, certaines ordonnances ayant recours à l'expertise psycho-criminologique ayant déjà été annulées en raison de la constatation de la délégation de pouvoirs opérée par l'ordonnance⁷⁷.

La détermination de la mission de l'expert n'est donc pas chose facile et il revient au juge de délimiter précisément le champ d'action de l'expert. La mission doit donc être précise, sous peine d'annulation de l'ordonnance de désignation de l'expert pour délégation des pouvoirs du juge. Les missions types ne sont pas toujours les bienvenues, tant la mission d'expertise dépend de chaque espèce, même s'il arrive qu'une question se pose régulièrement dans plusieurs cas. Le juge peut ainsi demander à l'expert de rechercher des traces ADN sur un support, de rechercher les causes de la mort d'une personne ou de reconstituer un circuit financier.

⁷⁴ Crim. 9 juillet 2003, Bull. n° 137.

⁷⁵ Art. 427 C. pr. pén. : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui* ».

⁷⁶ Crim. 12 décembre 2000, Bull. n°369

⁷⁷ Crim. 29 janvier 2003, Bull n° 81.

C'est alors au juge seul de préciser à quelles questions l'expert doit répondre. Cependant, le juge peut se voir aider dans cette tâche par les parties et le procureur de la République. Lorsqu'ils demandent au juge de diligenter une expertise, les parties et le ministère public peuvent préciser dans leur demande, les questions qu'ils souhaiteraient voir poser à l'expert⁷⁸.

Cette possibilité leur est désormais offerte, depuis la loi du 5 mars 2007⁷⁹, lors de la notification par le juge de sa décision de diligenter une expertise⁸⁰. Cependant, le juge reste maître de la détermination de la mission puisqu'il peut refuser une demande d'expertise ou les questions posées à la suite de la notification de sa décision de diligenter une expertise. Certes, sa décision doit être motivée et est susceptible d'appel devant le Président de la chambre de l'instruction qui statue par une ordonnance non susceptible de recours, mais le juge reste souverain dans la décision de diligenter une expertise, le choix de l'expert et la détermination de sa mission.

Le recours à l'expertise est un facteur de ralentissement de la procédure. Certaines expertises peuvent durer plusieurs mois, voire plusieurs années. Pour pallier les lenteurs de l'instruction, le juge impartit un délai à l'expert pour remplir sa mission⁸¹. Ce délai peut cependant être prorogé sur demande de l'expert et par décision motivée rendue par le juge ou la juridiction qui l'a désigné⁸².

On le voit, le recours à l'homme de l'art est une option dont peut user le juge d'instruction ou les juridictions de jugement. Le Code de procédure pénale a permis de renforcer l'impartialité du recours à l'expert. En effet, le pouvoir de faire appel à l'expert est désormais attribué au seul juge d'instruction qui dispose d'un véritable monopole en la matière, interdisant ainsi au procureur de la République d'y avoir recours contrairement au Code d'instruction criminelle. Cette substitution est bénéfique puisque l'on pourrait douter de l'impartialité d'une expertise diligentée uniquement par le procureur de la République, qui, rappelons-le, est une partie au procès.

De même, la nécessité de choisir un expert dans une liste officielle permet de garantir sa fiabilité en reconnaissant ses compétences et ses qualités morales⁸³. Seule une décision motivée permet d'échapper à cette obligation. L'impartialité de l'expert est ainsi présumée par le juge qui fait appel à lui. L'éventuelle intervention des parties et du ministère public à la désignation d'un expert de leur choix permet de remédier à un éventuel parti pris de l'expert. Enfin, la détermination de la mission de l'expert permet de cantonner le juge et l'expert à leur champ d'action respectif, ce qui évitera toute confusion des rôles. Cependant, expert et juge se voient contraints à une constante collaboration durant les opérations, collaboration devant désormais associer d'autres protagonistes au procès, favorisant de ce fait, le principe du contradictoire.

⁷⁸ Art. 156 al. 1 C. pr. pén.

⁷⁹ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

⁸⁰ Art. 161-1 C. pr. pén.

⁸¹ Art. 161 al 1 C. pr. pén.

⁸² Art. 161 al. 2 C. pr. pén.

⁸³ Certains auteurs estiment cependant que ces listes ne permettent pas de s'assurer que l'expert choisi est compétent. V. Y. ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

Paragraphe 2 : L'enracinement du contradictoire lors des opérations d'expertise.

Une fois désigné et sa mission définie, l'expert doit débiter ses opérations afin de rendre ses conclusions dans le délai imparti par le juge. Durant cette phase, l'expert doit tenir informer le juge qui l'a désigné de l'avancée des opérations⁸⁴. L'homme de l'art travaille seul sauf si un autre expert a été désigné par le juge d'office, à la demande des parties ou du ministère public. On remarque que sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe du contradictoire a progressivement fait son entrée lors du déroulement de l'expertise. Le principe du contradictoire découle directement du droit au procès équitable issu de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁵. Il implique que chaque partie au procès ait le droit de connaître et de discuter devant le juge des éléments susceptibles d'influencer sa décision.

Ce droit, repris dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, a fait l'objet de résistances quant à son application durant l'instruction. En effet, la procédure pénale française est fondamentalement inquisitoire, de telle sorte que le juge joue un rôle actif durant l'instruction. Il n'est pas simplement un arbitre déterminant quelle prétention des parties doit être retenue mais il est chargé de recueillir des preuves par lui-même. Par conséquent, la procédure inquisitoire est non contradictoire. Néanmoins, à la mesure de l'introduction du principe du contradictoire dans la procédure, l'expertise a dû se soumettre à ce nouvel impératif. Par conséquent, l'expert se voit attribuer des prérogatives limitées (a) alors que les parties au procès ont vu leurs pouvoirs croître, leur permettant d'intervenir avant même la discussion du rapport à l'audience (b). Ainsi, le juge formera son intime conviction sur la base d'un rapport qui a déjà été soumis à l'épreuve du contradictoire (c).

a. Les prérogatives limitées de l'expert.

Bien qu'auxiliaire de justice, l'expert, doit, pour le bon déroulement de ses opérations, prendre connaissance des éléments du dossier sur lequel il a été appelé. Il a notamment accès aux scellés selon l'article 163 du Code de procédure pénale. Il peut les ouvrir et les reconstituer si besoin est. En revanche, la manipulation des scellés doit répondre à certaines règles.

⁸⁴ Art. 161 al. 3 C. pr. pén.

⁸⁵ Art 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme: « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* »

Avant de mettre à disposition les scellés, le juge d'instruction doit faire un inventaire afin de s'assurer que certains scellés ne disparaissent pas durant l'expertise. Le juge doit alors convoquer la personne concernée et son avocat ainsi que le tiers chez qui a été faite la saisie⁸⁶. Si l'ouverture des scellés est nécessaire au bon accomplissement de la mission d'expertise (recherche de traces ADN ou d'empreintes), l'expert peut les ouvrir après avoir procédé à un inventaire⁸⁷. L'expert doit alors mentionner dans son rapport qu'il a ouvert et reconditionné les scellés. Une obligation de transparence s'impose donc au juge ainsi qu'à l'expert pour assurer une meilleure contradiction par la suite, les parties ayant la possibilité, par le procès-verbal d'inventaire et par le rapport d'expertise, de vérifier le bon déroulement de l'expertise.

Pour remplir sa mission correctement, l'homme de l'art peut recevoir les déclarations de toute personne, seulement à titre de renseignements et pour le seul accomplissement de sa mission⁸⁸. Les rédacteurs de l'article 164 ont pesé chaque mot puisque l'expert ne convoque ou n'interroge pas mais reçoit. De même, les informations recueillies sont de simples renseignements. Il en résulte que les informations obtenues n'ont pas à être consignées dans un procès-verbal.

Cependant, pour garantir les droits de la défense, l'expert ne peut entendre toute personne. Il ne peut, en principe, entendre la personne mise en examen, le témoin assisté et la partie civile. Le juge d'instruction ou le juge délégué par la juridiction peut l'autoriser à les entendre sous réserve de la présence de leur avocat, convoqué selon les conditions de l'alinéa 2 de l'article 114⁸⁹, sauf renonciation écrite remis aux experts. Ces déclarations peuvent également être recueillies à l'occasion d'un interrogatoire ou d'une déposition devant le juge d'instruction en présence de l'expert.

La possibilité de recueillir les dires de la personne mise en examen, du témoin assisté ou de la partie civile, par l'expert, sans la présence du juge, est une innovation de la loi du 9 mars 2004⁹⁰. Avant cette loi, la règle était le recueil des renseignements par l'expert, lors d'un interrogatoire en présence du juge. C'est seulement à titre exceptionnel et par délégation motivée par le juge que l'expert pouvait les interroger seuls, toujours en présence des avocats. La personne concernée pouvait renoncer au bénéfice de cet article et décider de fournir les explications nécessaires à l'expert directement. Le système est aujourd'hui inversé : la règle est le recueil des informations par l'expert seul, la présence du juge lors de cet entretien n'étant qu'une possibilité.

⁸⁶ Art 97 al. 6 C. pr. pén. : « Lorsque ces scellés sont fermés, ils ne peuvent être ouverts et les documents dépouillés qu'en présence de la personne, assistée de son avocat, ou eux dûment appelés. Le tiers chez lequel la saisie a été faite est également invité à assister à cette opération ».

⁸⁷ Art 163 al. 2 C. pr. pén.

⁸⁸ Art 164 al. 1 C. pr. pén.

⁸⁹ Art 114 al. 2 C. pr. pén. : « Les avocats sont convoqués au plus tard cinq jours ouvrables avant l'interrogatoire ou l'audition de la partie qu'ils assistent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie avec récépissé ou verbalement avec émargement au dossier de la procédure ».

⁹⁰ L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Il peut cependant arriver que certaines expertises aient pour seul support l'entretien effectué avec la personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile. C'est notamment le cas des expertises psychiatriques ou psychologiques où l'expert est chargé soit de déterminer si la personne étudiée ne souffre pas de troubles mentaux soit de faire une analyse psychiatrique ou psychologique générale de la personne. Un entretien avec la personne concernée est alors nécessaire et parfois suffisant pour l'accomplissement de la mission de l'expert. L'application des règles précédentes peut alors freiner le bon accomplissement de la mission.

Le législateur a alors prévu que les médecins et psychologues experts peuvent leur poser des questions hors de la présence du juge et des avocats⁹¹. Cette disposition a soulevé certaines interrogations concernant sa compatibilité avec l'article 6.3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège les droits de la défense. Néanmoins, la chambre criminelle a toujours affirmé la compatibilité de cette disposition avec cet article en affirmant notamment que « *ce texte n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui sont étrangères aux opérations d'expertise et dont l'objet est d'assurer les droits de la défense devant les juridictions* »⁹². La chambre criminelle manifeste de nouveau sa réticence à l'application du contradictoire lors de l'instruction puisque celui-ci ne serait possible que durant le procès lui-même. Cette position est contestable, d'autant plus que, nous le verrons, la Cour européenne elle-même s'est déjà prononcée sur la question et dans un sens défavorable à la jurisprudence de la chambre criminelle.

L'expert, lors de sa mission, peut également être confronté au refus d'une personne de délivrer des informations en raison du secret professionnel auquel il est tenu. Aucun texte ne prévoit l'obligation ou l'interdiction de communiquer avec un expert. En revanche, l'article 226-14 du Code pénal prévoit des cas précis où le secret peut être révélé. C'est notamment le cas lorsqu'une personne informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives, qu'elle a eu connaissance d'atteintes ou de mutilations sexuelles commises sur un mineur ou une personne n'étant pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique.

Faut-il comprendre que l'expert fait parti intégrante des « autorités judiciaires » ? Rien n'est moins sûr, l'expert est simplement un collaborateur occasionnel de la justice, il n'exerce aucune prérogative judiciaire. On peut alors estimer que le Code pénal et le Code de procédure pénale restent muets à ce sujet. La seule possibilité pour l'expert est d'informer le juge de l'impossibilité d'entendre une personne. Le juge pourra alors la convoquer pour l'entendre comme témoin en présence de l'expert, comme il est prévu à l'article 164 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

L'expert n'est pas seulement confronté au secret professionnel, il y est également tenu. La procédure pénale française est secrète selon l'article 11 du Code de procédure pénale. Les personnes y concourant sont tenues au secret professionnel. Elles ne peuvent ainsi divulguer les informations recueillies lors de la procédure. La violation du secret professionnel est ainsi sanctionnée par l'article 226-13 du Code pénal.

⁹¹ Art 164 al. 4 C. pr. pén.

⁹² Crim. 6 septembre 1993, Bull. n° 261.

On le voit, l'expert a une marge d'appréciation assez large durant l'accomplissement de sa mission. Il est néanmoins contraint de respecter certains préalables pour assurer la sauvegarde des droits de la défense. Le législateur a ainsi réglementé les contacts entre l'expert et les parties. Ces dernières ont justement vu leurs prérogatives croître, rendant la procédure pénale française plus contradictoire.

b. L'intervention croissante des parties lors du déroulement de l'expertise.

Lors de ses opérations, l'expert agit, en principe, seul, avec pour support les pièces du dossier et les scellés. Les parties ne peuvent pas communiquer à l'expert des documents qu'ils jugeraient utiles à sa mission. En effet, par crainte d'une trop grande proximité entre les parties et l'expert, le législateur a fait le choix de laisser le juge maître de la procédure et faire écran entre les deux, à la différence de l'expert nommé en matière civile qui peut recevoir tout document nécessaire à l'accomplissement de sa mission par les parties, le juge pouvant même contraindre ces dernières à la production des documents dont l'expert a besoin⁹³. Par conséquent, les parties ne communiquent jamais avec l'expert sauf si celui-ci les reçoit pour recevoir leurs déclarations.

Le Code de procédure pénale a prévu uniquement, à l'article 165 du Code de procédure pénale, que « *les parties peuvent demander à la juridiction qui l'a ordonné qu'il soit prescrit aux experts d'effectuer certaines recherches ou d'entendre toute personne nommément désignée qui serait susceptible de leur fournir des renseignements d'ordre technique* ». Les parties peuvent donc orienter les opérations effectuées par l'expert mais uniquement par le biais du juge pour le rendre imperméable à toutes prétentions des parties au procès.

Les parties interviennent donc auprès du juge pour lui demander de prescrire à l'expert d'effectuer certaines recherches. En revanche, il leur est également interdit d'assister aux opérations d'expertise ou d'adresser des observations directement à l'expert, à la différence de l'expertise en matière civile où l'expert peut recevoir les parties et doit prendre en considération leurs observations.

Le juge reste le seul interlocuteur de l'expert. Juge et expert doivent être régulièrement en contact afin que le premier s'assure du bon déroulement des opérations du second. D'ailleurs, le Code de procédure pénale prévoit expressément que l'expert doit accomplir sa mission « *en liaison avec le juge d'instruction ou le magistrat délégué* », il doit « *le tenir au courant du développement* » de ses opérations « *et le mettre à même de prendre à tout moment toutes mesures utiles* »⁹⁴. L'expert peut ainsi découvrir de nouveaux faits ou donner un éclairage nouveau à une pièce du dossier qui permettra au juge d'instruction de solliciter un réquisitoire supplétif au ministère public.

L'introduction de mesures favorisant le contradictoire durant l'instruction et spécialement lors des opérations d'expertise est le résultat d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme qui a estimé que le système français de l'expertise ne satisfaisait pas à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁹³ Art. 275 du Code de procédure civile.

⁹⁴ Art 161 al. 1 C. pr. pén.

En l'espèce, Mlle Mantovanelli fut admise à l'hôpital pour un panaris au pouce de la main gauche. Elle fut ensuite transférée dans un second hôpital pour y subir plusieurs autres opérations durant une année. A la suite d'un ictère (jaunisse), Mlle Mantovanelli tomba dans un coma hépatique et mourut deux jours plus tard. Les parents de la victime saisirent la juridiction administrative pour faire constater la responsabilité du second hôpital, persuadés que la mort de leur fille était due à une dose excessive d'halothane.

Ils firent une requête en référé pour demander la nomination d'un expert mais le tribunal administratif rejeta leur demande. Lors de leur recours en responsabilité contre l'hôpital, le tribunal administratif nomma un expert qui rendit par la suite son rapport. Les époux Mantovanelli alléguèrent, après le dépôt du rapport, qu'ils n'avaient pas été informés de la date des opérations d'expertise et que le rapport faisait état de documents dont ils n'avaient pas eu connaissance. Ils invoquaient une violation du principe du contradictoire justifiant l'annulation de l'expertise. Le tribunal administratif rejeta leur demande en considérant que les parties ne contestaient pas le fond du rapport, ce que la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat confirmèrent.

La Cour européenne des droits de l'homme fut alors saisie par les époux Mantovanelli qui avançaient une violation du contradictoire durant l'expertise en s'appuyant sur le fait qu'ils n'avaient pas été informés de la date des opérations d'expertise comme le prévoyait l'ancien article R. 123 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et qu'ils n'avaient pas eu connaissance de certains documents qu'ils avaient utilisés l'expert durant ses opérations.

La Cour rappelle les enjeux principaux du procès équitable. Elle précise qu' « *un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) est le caractère contradictoire de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision* »⁹⁵. Elle précise par la suite que le respect du contradictoire vise l'instance devant un « tribunal ». On ne peut donc en déduire un principe général selon lequel les parties seraient autorisées à assister aux entretiens conduits par l'expert ou auraient communication de toutes les pièces dont se sert l'expert durant ses opérations. La Cour ne régit pas le régime des preuves et ne statue donc pas sur l'admissibilité des preuves recueillies en violation des prescriptions nationales, ce qu'il appartient aux juridictions nationales de faire. En revanche, il appartient à la Cour de vérifier que la procédure revêtait un caractère équitable.

La Cour applique donc ces principes au cas d'espèce. Elle précise que le fait que les parties n'avaient pas été informées de la date des opérations d'expertise ni pris connaissance des documents utilisés par l'expert ne saurait affecter le caractère équitable de toute la procédure. La Cour s'intéresse donc si au delà de la violation des prescriptions nationales, les parties au procès pouvaient bénéficier d'un procès équitable assurant un contradictoire.

⁹⁵ Cour EDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France, requête n° 21497/93, paragraphe 33.

Elle précise que « *si les époux Mantovanelli auraient pu formuler, devant le tribunal administratif, des observations sur la teneur et les conclusions du rapport litigieux après qu'il leur fut communiqué, la Cour n'est pas convaincue qu'ils avaient là une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci. En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec celle que devait trancher le tribunal [...]. Or elle ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges. Ainsi, bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits* ». ⁹⁶

Par conséquent, en considérant que les juridictions administratives rejetèrent par la suite la demande des époux d'une nouvelle expertise, ces derniers n'avaient pas eu l'occasion de faire entendre leurs prétentions avant le dépôt du rapport. Les époux n'avaient pas été associés au processus d'élaboration du rapport, alors même qu'il n'existait aucun obstacle.

On en conclut d'abord que, les exigences de l'article 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme sont applicables à l'expertise. Ensuite, il convient aux juridictions nationales de vérifier que le recueil des preuves a respecté les lois nationales. Cependant, il revient à la Cour européenne des droits de l'homme de vérifier si la procédure, dans son ensemble, revêt un caractère équitable. Enfin, la Cour a considéré que la seule possibilité de contester la teneur du rapport lors de l'audience ne suffisait pas à garantir le contradictoire. Les parties doivent avoir la possibilité de discuter des éléments de l'expertise pour participer à l'élaboration du rapport, en raison de l'influence que peuvent avoir les conclusions de l'expert sur la décision du juge. En l'espèce, la violation étant d'autant plus grave que le rapport d'expertise était la preuve essentielle du procès puisqu'il devait déterminer si l'halothane était à l'origine de la mort de la victime, ce qui permettrait de déterminer la responsabilité de l'hôpital. La France fut donc condamnée pour violation de l'article 6.1 de la convention.

Des voix se sont élevées, notamment de la part des avocats, pour rendre le déroulement d'expertise contradictoire et donc conforme à l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Le législateur a réagi par la loi du 5 mars 2007⁹⁷ qui visait précisément à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Il a créé l'article 161-2 du Code de procédure pénale qui prévoit que si le délai prévu initialement pour la réalisation de l'expertise dépasse un an, le juge peut demander que soit déposé un rapport d'étape qui sera notifié aux parties. Celles-ci pourront adresser à l'expert et au juge leurs observations en vue du rapport définitif. Cette possibilité n'est cependant pas une obligation et les juridictions de jugement n'en bénéficient pas. L'expert y mentionnera les opérations déjà effectuées et celles qu'il envisage de faire. Les parties peuvent ainsi participer aux opérations d'expertise, même indirectement, ce qui permet une meilleure contradiction avant la phase finale à l'audience.

⁹⁶ Cour EDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France, requête n° 21497/93, paragraphe 36.

⁹⁷ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

Le rapport d'étape intervient donc durant les opérations d'expertise. Le législateur est également intervenu pour assurer aux parties au procès de faire entendre leur voix avant le rapport définitif de l'expert. L'article 167-2 du Code de procédure pénale prévoit que le juge d'instruction peut demander à l'expert de déposer un rapport provisoire avant son rapport définitif. Le juge d'instruction accorde alors un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours ou un mois s'il s'agit d'une expertise comptable ou financière, au ministère public et aux parties pour adresser leurs observations à l'expert. Au vu de ces observations, l'expert dépose son rapport définitif. En revanche, si aucune observation n'est faite, le rapport provisoire est considéré comme le rapport définitif. Par conséquent, le rapport provisoire doit être rédigé comme le rapport définitif. A la différence du rapport d'étape qui n'est qu'une possibilité, le rapport provisoire est obligatoire si le ministère public ou les parties le demandent.

Les parties au procès se voient alors attribuer de nouveaux droits, leur permettant de s'assurer une meilleure prise en considération de leurs prétentions, avant la phase finale de la discussion du rapport à l'audience. Les parties peuvent ainsi participer directement à l'élaboration du rapport par l'expert. Le législateur a renforcé le caractère équitable de la procédure en assurant une meilleure protection du contradictoire et de l'égalité des armes. Ainsi, même si le juge d'instruction refuse de désigner un second expert désigné par les parties, celles-ci peuvent néanmoins communiquer à l'expert leurs observations avant le dépôt du rapport définitif qui pourra ainsi s'ajuster, si l'expert le souhaite, aux prétentions des parties. C'est ainsi que l'expert dépose son rapport auprès du juge qui l'a désigné. Celui-ci appréciera, seul, quelle considération donner aux conclusions de l'expert.

c. L'appréciation du rapport par le juge.

Une fois ses opérations terminées, l'expert dépose son rapport, après avoir pris en considération, si besoin est, les observations des parties. L'article 166 alinéa 1 du Code de procédure pénale précise que « *Lorsque les opérations d'expertise sont terminées, les experts rédigent un rapport qui doit contenir la description desdites opérations ainsi que leurs conclusions. Les experts signent leur rapport et mentionnent les noms et qualités des personnes qui les ont assistés, sous leur contrôle et leur responsabilité, pour la réalisation des opérations jugées par eux nécessaires à l'exécution de la mission qui leur a été confiée* ». L'expert ne doit plus attester avoir accompli personnellement les opérations qui lui ont été confiées mais doit simplement mentionner les noms et qualités des personnes qui l'ont assisté, sous son contrôle et sa responsabilité.

Le rapport d'expertise doit être le reflet du déroulement de l'expertise, depuis l'analyse des pièces confiées, en passant par son raisonnement et ses conclusions. Le rapport n'est pas toujours l'image de l'avis de l'expert. En effet, en cas de pluralité d'experts, et si désaccord il y a, chacun peut émettre son opinion ou ses réserves en les motivant, favorisant ainsi le contradictoire⁹⁸. De même, l'expert peut prendre en considération les observations des parties après le dépôt du rapport d'étape et du rapport provisoire. L'expert reste cependant seul maître de la rédaction de son rapport qui doit répondre aux questions posées par le juge d'instruction lors de la détermination de sa mission.

⁹⁸ Art. 166 al. 2 C. pr. pén.

Le juge, grâce au rapport d'expertise, doit ainsi être éclairé sur les questions qu'il avait posées à l'expert, lui permettant ainsi d'avoir tous les éléments en main pour poursuivre son information ou la clôturer. Le rapport d'expertise ne modifie cependant pas la réalité mais seulement sa perception. Le juge peut percevoir les faits sous un autre angle, grâce à la clarification de l'expert.

Par hypothèse, le juge a donc les réponses aux questions qu'il a posées à l'expert. Par les conclusions d'expertise, le juge d'instruction forme son intime conviction. Néanmoins, les conclusions du rapport d'expertise n'engagent pas le juge d'instruction. En effet, le juge reste maître de la procédure et à lui seul de décider quelle place accordée aux conclusions de l'expert. Cependant, certaines conclusions d'expertise peuvent être déterminantes dans le choix du juge, tels les expertises ADN ou d'empreintes génétiques. Un rapport concluant que la trace retrouvée sur la victime correspond à l'ADN de la personne suspectée ou du mis en examen ne pourra qu'emporter quasi définitivement l'intime conviction du juge.

Le principe reste que le juge peut homologuer entièrement ou partiellement, ou ignorer les conclusions de l'expert. Le juge utilise « l'art de la pioche », c'est à dire qu'il choisit les éléments à prendre en compte dans la poursuite de l'information judiciaire. Il pourra notamment rejeter les conclusions de l'expertise lorsque les résultats sont incertains ou sont sujets à controverses ou encore parce que le juge s'est déjà formé une intime conviction grâce à d'autres preuves. Le juge reste donc le chef d'orchestre de la procédure de l'expertise depuis la décision de recourir à l'homme de l'art jusqu'à celle de la place à accorder au rapport de l'expert.

La libre appréciation du rapport par le juge suppose que celui-ci comprenne les conclusions de l'expert. L'expert doit ainsi être clair, précis et surtout, utiliser un langage commun permettant d'intégrer les spécificités du domaine dans lequel exerce l'expert tout en rendant accessible le rapport au juge. Or, il peut exister des malentendus entre juge et expert. Les résultats d'expertise peuvent même conduire à des erreurs judiciaires en raison de la mauvaise appréciation du rapport par le juge.

D'abord, une lecture formelle s'impose au juge, une lecture du rapport entier et non pas des seules conclusions. En effet, le cœur du rapport permet d'apprécier le raisonnement retenu par l'expert. Le juge procède alors à une exploitation intrinsèque du rapport lui permettant de vérifier que le rapport n'est affecté d'aucun vice pouvant justifier sa nullité et que l'expert a rempli toute sa mission, et uniquement sa mission. Le juge procédera ensuite à une exploitation extrinsèque du rapport en le mettant en perspective avec le reste de la procédure et les preuves déjà récoltées. L'expertise contredit-elle les témoignages recueillis ou les aveux du mis en examen ?

Ensuite, le juge se doit d'être prudent face aux conclusions de l'expert. Le juge doit détecter certaines erreurs. Il peut cependant exister un paradoxe. Le juge est-il apte à détecter des erreurs de fond alors même qu'il a eu recours à l'expert parce qu'il était incompetent dans le domaine considéré ? Le juge doit garder à l'esprit la relativité des résultats d'expertise, même s'il s'agit d'expertise ADN.

Enfin, il convient que l'expert rende un rapport accessible pour le juge. Il faut ainsi trouver un langage commun entre expert et juge. Il faut bannir les termes trop techniques, ambigus ou empreints de subjectivité⁹⁹. Les termes trace, indice ou preuve ne sont pas toujours utilisés dans le même sens par les experts et les juges. Les conclusions trop confuses altèrent la compréhension du rapport entier et peut ainsi évincer les conclusions de l'expert alors même qu'elles auraient pu être d'une aide fondamentale. On a pu voir dans certains rapports, des formules qui laissent perplexes, telles que « avec un degré suffisant de certitude, j'affirme que les dissemblances examinées sont inconsistantes et s'expliquent facilement » ou encore « aucune dissimilitude irréductible n'a été observée, des éléments significatifs sont mis en évidence mais sont insuffisants pour permettre l'authentification »¹⁰⁰.

Le rapport d'expertise ne sera alors d'aucune aide et le juge se trouvera dans sa situation initiale, c'est à dire avant d'avoir diligenter une expertise. L'ignorance est alors entretenue, ignorance facteur d'erreurs judiciaires. L'expert doit donc combiner simplicité du langage et technicité des termes, gage de professionnalisme. Le juge pourra alors déterminer quels sont les éléments à prendre en considération dans sa décision.

Le recours à l'homme de l'art est fréquent, le juge ayant pour objectif de recueillir des preuves lui permettant de se déterminer sur la suite à donner à l'information judiciaire. La place de l'expert au sein de la procédure pénale française a subi de sérieuses transformations au regard de son impact sur l'acte décisionnel du juge. La procédure d'expertise bénéficia de l'application des exigences du procès équitable durant l'instruction. Le législateur, suite à une condamnation au niveau européen et au mécontentement d'un certains nombres de praticiens, a modifié les dispositions applicables à l'expertise, en apportant quelques touches de contradiction. On remarque cependant que l'expertise reste encore fortement soumise à la souveraineté du juge. En revanche, le rapport d'expertise est soumis à discussion, permettant ainsi au juge et aux parties d'apprécier sa valeur probante.

Section II : La valeur probante du rapport d'expertise.

Le rapport d'expertise est le support exclusif permettant au juge de prendre connaissance de l'opinion de l'expert sur la question qui lui a été posée. Avant son dépôt, le rapport est déjà soumis à un contradictoire, certes limité sur certains aspects, mais qui renforce le caractère équitable de la procédure d'expertise, et plus généralement de l'instruction. Une fois déposé, le rapport peut toujours être contesté. En tant qu'élément de preuve, il est soumis à la discussion des parties ainsi qu'au débat contradictoire qui a progressivement investi la phase préalable à l'audience (paragraphe 1). Pourtant, bien que discutée, la parole de l'expert est souvent déterminante sur la décision du juge, certains critiquant la trop grande fiabilité accordée à l'expert (paragraphe 2).

⁹⁹ V. à ce sujet C. SAULEAU, Améliorer la communication entre experts et magistrats, un standard de communication contre les abus de langage et les raisonnements fallacieux, AJ Pénal 2011, p.568.

¹⁰⁰ Ibid.

Paragraphe 1 : La procédure d'expertise, soumise à la discussion des parties et au débat contradictoire.

Les parties peuvent remettre en cause les conclusions même de l'expert car elles peuvent toujours faire des observations sur le rapport lui-même (a). Le rapport prend alors la forme d'une preuve que le juge pourra ou non homologuer. En tant qu'outil à la disposition du juge, les décisions concernant l'expertise peuvent être l'objet d'une requête en annulation ou d'un appel de la décision du juge d'instruction, qui pourra éventuellement remettre en cause toute la procédure d'expertise et donc le rapport (b). Enfin, le rapport, en tant que preuve, peut être discuté par les parties à l'audience (c).

a. Un rapport susceptible d'être contesté par les parties.

Le juge d'instruction prend connaissance du rapport d'expertise. Cependant, il n'est pas le seul à pouvoir connaître les conclusions de l'expert. En effet, le Code de procédure pénale prévoit une procédure de communication du rapport aux parties¹⁰¹. Cependant, les parties¹⁰² se voient, en principe, communiquer les seules conclusions de l'expert. Les parties sont alors privées de la partie la plus significative du rapport, c'est à dire le raisonnement suivi par l'expert, lui permettant d'arriver à ses conclusions. C'est pourquoi, les parties peuvent demander, par l'intermédiaire de leur avocat, la communication de l'intégralité du rapport. On en conclut que si la partie n'est pas assistée d'un avocat, elle se voit refuser le droit de communication du rapport. On peut espérer que le Conseil constitutionnel soit saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité visant à l'abrogation des termes concernés, la personne seule étant désavantagée par rapport à la personne assistée d'un avocat.

Il est alors prévu par le juge d'instruction un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours ou un mois en cas d'expertise comptable ou financière, pour présenter des observations ou demander une contre expertise ou un complément d'expertise¹⁰³. Le délai est fonction de la complexité de l'expertise. Si les parties estiment que l'expert n'a pas rempli toute sa mission, elles peuvent ainsi demander un complément d'expertise. Elles peuvent également demander une contre expertise si elles estiment que le rapport n'est pas probant ou si le rapport n'embrasse pas leurs prétentions.

Durant ce délai, le dossier de la procédure est laissé à la disposition des parties qui peuvent ainsi formuler leur demande en mettant en perspective le rapport avec les autres éléments du dossier, ce qui donnera plus de force à leur demande. La demande doit ainsi être motivée par les parties pour espérer la voir aboutir. En effet, tout comme la demande d'expertise, la demande de contre expertise ou de complément d'expertise est soumise à la souveraineté du juge qui décidera ou non de l'opportunité de diligenter une contre expertise ou un complément d'expertise.

¹⁰¹ L'article 167 n'est pas applicable aux juridictions de jugement (les articles 283, 434 et 536 excluent explicitement l'article 167). L'article 279 prévoit cependant la communication du rapport d'expertise aux parties devant la cour d'assises.

¹⁰² Le ministère public n'est pas visé mais l'article 82 lui accorde les mêmes droits.

¹⁰³ Ibid.

Il existe cependant une exception à l'article 167-1 du Code de procédure pénale. Cet article prévoit que la contre expertise demandée par la partie civile uniquement est de droit lorsque les conclusions de l'expertise sont de nature à conduire à l'application des dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 prévoyant l'irresponsabilité pénale de la personne en raison d'un trouble mental.

Dans tous les cas, passé le délai fixé par le juge d'instruction, aucune demande de contre expertise, de complément d'expertise ou de nouvelle expertise portant sur le même sujet ne peut être demandée par les parties, sous réserve de la survenance d'un « élément nouveau »¹⁰⁴, y compris sur le fondement de l'article 82-1, permettant aux parties de demander tout acte utile à la manifestation de la vérité. Il convient alors aux parties au procès de saisir cette possibilité pour faire entendre leurs prétentions et demander au juge une contre expertise, un complément d'expertise ou même une nouvelle d'expertise.

On remarque que le Code de procédure pénale demande au juge de fixer un délai pour que les parties puissent s'exprimer sur le rapport. Cependant, aucun délai n'est fixé quant à la communication par le juge du rapport aux parties. L'alinéa 1 de l'article 167 précise uniquement que « *Le juge d'instruction donne connaissance des conclusions des experts aux parties et à leurs avocats après les avoir convoqués conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Il leur donne également connaissance, s'il y a lieu, des conclusions des rapports des personnes requises en application des articles 60 et 77-1, lorsqu'il n'a pas été fait application des dispositions du quatrième alinéa de l'article 60. Une copie de l'intégralité du rapport est alors remise, à leur demande, aux avocats des parties* ». Il est simplement fait obligation au juge d'instruction de convoquer les parties afin de leur donner connaissance des conclusions de l'expert.

Ce vide juridique peut être exploité par certains juges qui notifieront les résultats d'expertise simplement lors de la clôture d'information. Les parties pourront alors toujours demander une contre expertise ou un complément d'expertise mais c'est tout un système de défense qui pourrait être détruit par cette notification tardive. Pourtant, il semble que la notification tardive ou même l'absence de notification des conclusions de l'expert n'emporte pas l'annulation du rapport.

En effet, la chambre criminelle a précisé dans un arrêt du 15 février 2006¹⁰⁵ que l'absence de notification du rapport d'expertise ne fait pas grief au mis en examen car l'avis de fin d'information prévu à l'article 175 du Code de procédure pénale lui accorde un délai d'un mois pour formuler toute demande d'expertise, de contre expertise, ou d'expertise complémentaire qu'elle jugerait utile à la manifestation de la vérité.

Le juge, par la notification tardive, espère ainsi que les parties ne demanderont aucune contre expertise ou complément d'expertise. Si les parties le demandent, le juge sera tenu de répondre mais sa décision restera souveraine. En revanche, si le juge n'a pas notifié les conclusions aux parties par maladresse ou inadvertance, on peut espérer qu'il pourra accepter une contre expertise ou un complément d'expertise.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Crim. 15 février 2006. Bull. n° 46.

L'erreur du juge aura alors des conséquences sur la durée de l'instruction qui peut parfois prendre plusieurs années. L'expertise elle-même peut également être très longue. Le juge ne peut alors se décharger de sa responsabilité sur la lenteur de l'expertise. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « *les autorités judiciaires doivent contrôler les expertises et leur responsabilité ne se trouve pas déchargée par la lenteur regrettable de celles-ci* »¹⁰⁶. Il s'agissait en l'espèce d'une expertise ayant duré deux ans.

Il revient alors au juge de veiller à ne pas rendre l'instruction interminable et à respecter le délai raisonnable imposé par l'article 5.3 de la convention européenne des droits de l'homme en s'assurant que l'expert respecte bien le délai imparti pour réaliser sa mission mais également en permettant le contradictoire le plus tôt possible, en notifiant les résultats rapidement, une contre expertise ou un complément d'expertise ne pouvant qu'allonger le délai d'instruction.

Une notification tardive des conclusions du rapport d'expertise n'est donc pas considérée comme une violation du contradictoire ou même une violation des droits de la défense puisque les parties pourront toujours prendre appui sur l'avis de fin d'information pour le contester, avant même de pouvoir en discuter à l'audience. Le juge a donc toute latitude pour décider de la meilleure date de notification aux parties. Si le juge veut rapidement terminer son information, il notifiera tardivement ou ne notifiera pas les conclusions du rapport d'expertise. Pourtant, doit-on sacrifier les exigences du contradictoire au profit du respect du délai raisonnable ? La réponse n'est pas évidente, le délai raisonnable et les exigences du contradictoire devant être complémentaires et non alternatifs. La chambre criminelle a fait le choix de laisser souveraine la décision du juge d'instruction de notifier, même tardivement, les conclusions de l'expert aux parties.

Les parties peuvent malgré tout faire valoir leurs prétentions s'agissant du rapport d'expertise qui leur est notifié. Si elles veulent formuler une nouvelle demande (contre expertise ou complément d'expertise), elles peuvent être amenées à apprécier la valeur du rapport en lui-même, en faisant appel à un tiers hors procédure. En effet, l'article 114 alinéa 6 prévoit que « *Seules les copies des rapports d'expertise peuvent être communiquées par les parties ou leurs avocats à des tiers pour les besoins de la défense* ». Le rapport d'expertise est donc communicable à des tiers. Il est évident que la communication à un tiers du rapport d'expertise par une partie sert les droits de la défense si cette communication a pour but d'apprécier la pertinence du rapport.

Les parties ont donc de larges possibilités pour mettre en œuvre le contradictoire avant même l'audience pénale en elle-même, notamment en discutant du rapport. La valeur probante du rapport d'expertise s'apprécie également au regard de la validité des actes du juge qui ont accompagné l'expertise.

b. La valeur probante du rapport subordonnée à la validité de la procédure.

Les décisions prises par le juge d'instruction sont susceptibles de contestation devant la chambre de l'instruction. En effet, les décisions prises par le juge d'instruction peuvent faire l'objet d'un contrôle par la juridiction du second degré.

¹⁰⁶ CEDH, 23 janvier 2007, Cretello c/ France, requête n° 2078/04, paragraphe 36.

Cependant, avant de préciser comment les parties peuvent agir contre les actes d'instruction, il convient de distinguer les recours possibles. Les parties peuvent agir par voie d'appel ou par requête en nullité. Comment savoir si les parties peuvent faire appel ou faire une requête en nullité ? La solution se fonde sur le caractère juridictionnel de la décision prise par le juge d'instruction. Les parties peuvent faire appel d'une ordonnance du juge d'instruction chaque fois que celle-ci tranche une question de fond, l'ordonnance est alors dite juridictionnelle. En revanche, lorsque l'ordonnance ne tranche aucune question de fond, elle ne peut faire l'objet que d'une requête en annulation, il s'agit alors d'un acte d'instruction.

Le contrôle des décisions du juge d'instruction, de façon générale, est justifié par le droit des parties au procès de bénéficier d'un double regard. S'agissant de l'expertise, le double degré de juridiction dont peuvent bénéficier les parties au procès permet de sanctionner les violations de toutes les règles de procédure générale mais également les règles spécifiques à la procédure d'expertise. Le rapport d'expertise étant une preuve, le juge d'instruction est tenu par le principe de légalité des preuves. En effet, les autorités ne bénéficient pas du principe de liberté des preuves dont les parties privées peuvent jouir mais doivent respecter certaines règles visant à organiser le recueil des preuves.

Ainsi, les parties peuvent faire appel d'un certain nombre d'ordonnances du juge d'instruction, leur permettant ainsi de faire sanctionner la violation des règles de l'expertise. Cependant, le droit d'appel des parties est circonscrit à ce que la loi prévoit, et c'est uniquement si un texte prévoit ce droit d'appel pour les parties, que ces dernières peuvent l'exercer. A l'inverse, le ministère public dispose d'un droit d'appel général de toutes les ordonnances du juge d'instruction¹⁰⁷.

Devant le Président de la chambre de l'instruction, les parties peuvent faire appel de l'ordonnance motivée du juge d'instruction par laquelle il refuse de diligenter une expertise¹⁰⁸. Les parties peuvent s'appuyer sur la motivation du juge, sur le dépassement du délai (le juge d'instruction est soumis à un délai d'un mois pour répondre aux demandes des parties selon l'article 156) ou tout simplement sur l'absence d'ordonnance du juge d'instruction. Devant la chambre de l'instruction, le mis en examen peut faire appel de l'ordonnance du juge d'instruction refusant une contre expertise ou un complément d'expertise après la notification du rapport¹⁰⁹. La partie civile peut interjeter appel de toutes les ordonnances faisant griefs à ses intérêts civils. Le droit d'appel repose donc sur décision tranchant sur le fond.

Le pouvoir d'annulation de la chambre de l'instruction, à l'inverse, vise à contrôler la régularité des actes pris par le juge d'instruction. Le juge d'instruction se doit de respecter les prescriptions édictées par le Code de procédure pénale et qui accompagnent toute la procédure de l'expertise. La possibilité d'une requête en annulation est notamment prévue par l'article 173 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁷ Art 185 C. pr. pén.

¹⁰⁸ Art. 186-1 C. pr. pén.

¹⁰⁹ Art 186 C. pr. pén.

Sans revenir sur la théorie générale de la nullité, il convient de faire une distinction importante entre nullité textuelle et nullité substantielle¹¹⁰. La première est directement prévue par le texte alors que la seconde tient au contenu et à l'importance de la prescription violée. Pourtant, la jurisprudence opère une autre distinction entre nullité d'ordre public et nullité d'ordre privé. En matière d'expertise, aucun texte ne prévoit la sanction de la nullité. Il ne s'agit alors que de nullité substantielle. C'est à cette étape qu'intervient la distinction entre nullité d'ordre public et la nullité d'ordre privé.

La première peut être prononcée sans que la partie l'invoquant fasse preuve d'un grief, la violation ne pouvant être régularisée puisque ces règles tiennent à la compétence, à l'organisation des juridictions ou encore à la bonne administration de la justice. Tel est le cas de l'absence de signature du juge d'instruction sur l'ordonnance prescrivant l'expertise, de l'absence de prestation de serment d'un expert hors liste, du défaut de motivation de l'ordonnance du juge d'instruction qui désigne un expert hors liste ou encore de l'audition par l'expert de la partie civile alors que le juge d'instruction lui avait interdit dans sa décision de désignation.

La seconde, en revanche, est prononcée si la partie qui l'invoque apporte la preuve que la violation lui fait grief. C'est notamment le cas du non respect, par l'expert, du délai imparti par le juge pour le dépôt de son rapport, de la méconnaissance des règles s'appliquant à la notification des conclusions de l'expert aux parties ou encore de l'exécution de la mission par l'un seulement des deux experts désignés.

La chambre de l'instruction, devant la requête, doit statuer. Elle doit relever les nullités d'ordre public puisqu'elles affectent directement la bonne administration de la justice, sans que les parties puissent y renoncer. Dans tous les cas, la chambre de l'instruction peut décider d'annuler tout l'acte ou seulement une partie de l'acte ainsi que les actes subséquents ayant pour support l'acte frappé d'une nullité. Un pourvoi est par la suite possible contre la décision de la chambre d'instruction.

La requête en nullité est la dernière chance, pour les parties, de sanctionner la violation des prescriptions édictées par les articles 156 et suivants du Code de procédure pénale puisque l'ordonnance de renvoi ou l'ordonnance d'accusation purge la procédure de ses vices. Par conséquent, elles ne pourront plus invoquer de nullités devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises (sauf les nullités tenant à l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation elle-même).

La possibilité d'interjeter appel des ordonnances juridictionnelles et la possibilité de faire une requête en nullité des actes d'instruction permettent aux parties de voir la procédure d'expertise ainsi soumise aux règles générales gouvernant l'instruction. L'expertise se voit ainsi renforcée par la possibilité de discuter de l'expertise, tant sur la forme que sur le fond. L'expertise se verra ainsi accordée une plus grande valeur si elle peut être discutée en amont du procès. En conséquence, à l'audience, les parties pourront débattre de la place à accorder au rapport d'expertise. Celui-ci pourra être explicité par l'expert lui-même qui pourra être convoqué à l'audience.

¹¹⁰ Selon les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale.

c. L'audition de l'expert à l'audience.

La mission de l'expert ne s'arrête pas lors du dépôt du rapport. En effet, pour expliciter son rapport, l'expert peut être amené à témoigner à l'audience. Le rapport sera alors doté d'une force probante plus grande. Les règles régissant l'audition de l'expert à l'audience sont cependant très succinctes. L'article 168 alinéa 1 prévoit précisément que « *Les experts exposent à l'audience, s'il y a lieu, le résultat des opérations techniques auxquelles ils ont procédé, après avoir prêté serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience. Au cours de leur audition, ils peuvent consulter leur rapport et ses annexes* ».

D'abord, l'audition de l'expert par la juridiction n'est qu'une simple possibilité. Les experts exposent à l'audience « s'il y a lieu ». Ensuite, l'expert qui dépose doit prêter le serment « d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et leur conscience ». Ce serment est strictement identique à celui prévu pour les personnes qualifiées appelées en enquête préliminaire selon l'article 60 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Il est d'ailleurs prévu que l'article 168 est applicable aux personnes appelées à procéder à des constatations¹¹¹. Ce serment doit être prêté par tous les experts, inscrits sur une liste officielle ou non. Enfin, durant l'audience, le président, d'office ou à la demande du ministère public ou des parties, peut poser toutes questions rentrant dans le cadre de la mission confiée à l'expert¹¹².

La particularité du régime de l'audition de l'expert à l'audience tient à la distinction avec le régime de l'audition du témoin. En effet, la jurisprudence fait une différence entre témoin et expert. Un expert n'est pas assimilable à un témoin bien qu'un expert puisse également être un témoin. Ainsi, l'expert n'est jamais entendu à titre de simples renseignements¹¹³, le président de la cour d'assises pouvant, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, appeler des témoins dont les déclarations ne sont que de simples renseignements¹¹⁴. Cette distinction emporte d'autres conséquences. D'abord, les experts sont interchangeables à l'audience. Ensuite, si plusieurs experts ont été nommés, ils peuvent se mettre d'accord pour qu'un seul expose à l'audience. Enfin, l'expert peut s'aider de ses notes durant l'audience.

En revanche, la distinction entre expert et témoin peut avoir des conséquences plus lourdes, notamment sur les droits de la défense et plus largement, sur le respect de la Convention européenne des droits de l'homme. Aucun texte n'oblige le juge à entendre l'expert à l'audience, le juge peut alors se servir uniquement du rapport. L'audition de l'expert peut ne pas être considéré comme opportune alors que la défense en fait la demande. Le prévenu ne peut pas imposer l'audition contradictoire de l'expert alors qu'il dispose de ce droit pour les témoins en vertu de l'article 6.3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui précise que l'accusé a droit d'« *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ».

¹¹¹ Art. 169-1 al. 1 C. pr. pén.

¹¹² Art. 169-1 al. 2 C. pr. pén.

¹¹³ Crim. 25 septembre 2002. Pourvoi n° 01-87.647.

¹¹⁴ Art. 310 C. pr. pén.

La jurisprudence interne a notamment posé le principe de la comparution des témoins à charge qui n'ont pas été confrontés avec la personne en cause sauf impossibilité¹¹⁵. Par conséquent, le prévenu n'a pas la possibilité de contraindre l'expert à comparaître à l'audience si le juge en a décidé autrement. Il ne pourra alors l'interroger et discuter, directement avec lui, des éléments contenus dans le rapport. Le contradictoire semble ici réduit.

Les experts étaient d'abord considérés comme des témoins et ne pouvaient donc s'aider de leurs notes durant l'audition. Les avocats de la défense en profitaient alors pour faire comparaître d'autres experts, de leur choix, pour contredire l'expert officiel. Le tribunal devenait alors le lieu privilégié de débats scientifiques. Le Code de procédure pénale a alors distingué expert et témoin pour éviter ces débordements.

La distinction entre expert et témoin semble peu heureuse au regard de l'impact du rapport d'expertise sur la décision du juge. En effet, toute preuve devrait pouvoir être discutée à l'audience. La comparution des témoins à l'audience peut avoir un impact moindre par rapport à celui du simple rapport d'expertise. Pourquoi alors réduire l'obligation de comparaître au témoin ? Le législateur français a estimé que la discussion du rapport d'expertise à l'audience permettait une contradiction. Pourquoi alors ne pas renforcer celui-ci par l'obligation de comparaître de l'expert ?

Cette distinction paraît également peu opportune puisqu'elle est en contradiction avec la jurisprudence européenne. Celle-ci semble assimiler expert et témoin. En effet, dans un arrêt du 6 mai 1985, *Bönisch contre Autriche*, la Cour européenne a considéré que l'expert officiel avait eu la possibilité, refusée à l'expert-témoin appelé par la défense, d'« *assister à toute l'audience, poser avec l'autorisation du juge des questions à l'accusé et aux témoins, commenter le moment venu leurs déclarations* ». ¹¹⁶ Cette différence de traitement était constitutive d'une atteinte au procès équitable selon l'article 6.1 de la convention.

L'expert officiel aurait dû être entendu dans les mêmes conditions que l'expert-témoin de la défense, donc en qualité de témoin. La Cour précise d'ailleurs qu'« *en soi, son audition pendant les débats ne se heurtait pas à la Convention, mais le principe de l'égalité des armes découlant de la notion de procès équitable [...] et illustré par le paragraphe 3 d) de l'article 6 (art. 6-3-d) [...] exigeait un équilibre entre cette audition et celle des personnes qui, à un titre quelconque, étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense* »¹¹⁷. La Cour ne voit pas d'obstacle à l'assimilation entre expert et témoin, ce qui permettrait, en droit français, de pouvoir contraindre l'expert à comparaître à l'audience.

¹¹⁵ Crim. 12 janvier 1989, bull. n° 13 : « *sauf impossibilité, dont il leur appartient de préciser les causes, les juges d'appel sont tenus, lorsqu'ils en sont légalement requis, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins à charge qui n'ont, à aucun stade de la procédure, été confrontés avec le prévenu* ».

¹¹⁶ CEDH. *Bönisch c/ Autriche*, 6 mai 1985, requête n° 8658/796, paragraphe 33.

¹¹⁷ *Ibid*, paragraphe 32.

La jurisprudence interne n'est cependant pas hostile à tout rapprochement entre le régime juridique de l'expert et celui du témoin. En effet, elle considère que l'expert appelé à l'audience doit impérativement prêter le serment prévu à l'article 168 et non celui du témoin prévu à l'article 331¹¹⁸. Cependant, elle admet que le fait par l'expert d'avoir prêté le serment des témoins n'est pas une cause de nullité¹¹⁹. Pourquoi prévoir deux serments distincts si le fait de prêter l'un au lieu de l'autre est sans conséquences ?

Le législateur reste réservé sur l'assimilation du témoin et de l'expert, ce dernier bénéficiant d'un régime particulier alors même qu'il peut avoir une influence considérable sur le déroulement de l'audience et l'issue du débat. Le Code de procédure pénale prévoit cependant une contrepartie. L'article 169 prévoit ainsi que si une personne entendue comme témoin ou à titre de renseignements contredit les conclusions d'une expertise ou apporte au point de vue technique des indications nouvelles, le président demande aux experts, au ministère public, à la défense et s'il y a lieu, à la partie civile de présenter leurs observations. La juridiction décide, par décision motivée, s'il sera passer outre aux débats ou que l'affaire sera renvoyée à une date ultérieure. La juridiction pourra prescrire toute mesure utile.

Ce texte implique implicitement la présence de l'expert à l'audience puisqu'il lui est demandé de présenter ses observations. Cependant, si le cas se présente alors même que l'expert n'a pas été appelé à l'audience, le président fera sans doute application de ce texte tant il est porteur d'une exigence de contradictoire renforcée.

On le voit, le rapport d'expertise, en tant que preuve, est soumis au débat contradictoire. A travers la possibilité de formuler des observations à la suite de la lecture du rapport d'expertise, de faire appel des ordonnances juridictionnelles du juge d'instruction et des requêtes en nullité des actes d'instruction du juge, les parties ont le pouvoir de participer à la procédure préalable au procès. Pourtant, les règles régissant l'audition de l'expert à l'audience sont souples et n'assure pas réellement un procès équitable aux parties alors même que la parole de l'expert est aujourd'hui considérée comme une vérité absolue.

Paragraphe 2 : La parole de l'expert, parole inébranlable ?

L'expert n'est qu'un auxiliaire de justice, un simple collaborateur occasionnel de la justice. Pourtant, les réponses apportées par l'expert sont très souvent associées à une présomption de véracité. Les dires de l'expert peuvent avoir un impact considérable sur la décision finale du juge. Celui ci peut fonder sa décision sur le seul rapport de l'expert, en présence d'autres preuves ou non. La réponse de l'expert peut ainsi faire vaciller toute la procédure. La place grandissante de l'expertise s'explique d'abord par le désaveu des preuves traditionnelles (a), donnant à l'expertise une influence déterminante sur l'intime conviction du juge (b) alors même que celui ci ne peut véritablement réfuter les conclusions de l'expert (c).

¹¹⁸ Art 331 al. 3 : « Avant de commencer leur déposition, les témoins prêtent le serment « de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité » ».

¹¹⁹ Crim. 9 novembre 1978. Bull n°308.

a. Le désaveu des preuves traditionnelles.

Le juge a recours à l'homme de l'art pour l'éclairer dans un domaine particulier. Il a donc recours à un professionnel, ce qui le rassure puisque le juge est en quête de certitudes. Par l'expertise, le juge attend des réponses précises, exemptes d'ambiguïté. L'application de règles scientifiques rassure le juge qui pense y trouver une preuve irréfutable. A l'inverse, le juge va délaisser les preuves traditionnelles telles que l'aveu ou les témoignages pour favoriser l'expertise.

Le témoignage est « la déclaration tendant de la part de son auteur à communiquer à autrui la connaissance personnelle qu'il a d'un événement passé dont il affirme la véracité »¹²⁰. On aperçoit immédiatement l'inconstance inhérente au témoignage, celui-ci étant tributaire du témoin même. Une erreur de perception ou de mémorisation peut fausser la réalité du témoignage. Ces risques sont nettement réduits par le recours à l'expert puisque celui-ci travaille dans des conditions stables (lieu clos, contrôle des objets examinés, absence de situation d'urgence). De même, l'aveu peut être empreint de fausseté. La déclaration, par laquelle une personne confesse avoir commis un fait répréhensible, peut être erronée en raison de circonstances propres à son auteur (maladie mentale poussant l'individu à s'auto-accuser) ou de circonstances extérieures à son auteur (aveux extorqués).

Le juge perçoit rapidement la faiblesse de ces preuves. Celles-ci, étant tributaires de la perception d'un individu, peuvent qu'être inconstantes. En revanche, l'expert peut apporter des réponses objectives basées sur des connaissances scientifiques qui ne varient pas selon l'expert en cause. Le spécialiste contribue alors à conférer à la décision du juge l'autorité de la science. La décision du juge se voit alors investie d'une prétention de vérité.

Le juge y voyant le moyen le plus facile d'obtenir une vérité absolue, il a recours à l'expertise de plus en plus régulièrement. Parfois même, alors que l'expertise doit d'abord être utilisée sur la base d'une ignorance présumée du juge, l'homme de l'art est appelé pour confirmer une intuition ou une conviction. Le juge sera alors d'autant plus conforté dans son instruction que l'expert confirmera sa thèse. Ainsi, lorsque l'expert développe les mêmes arguments que le juge, celui-ci aura tendance à reprendre le raisonnement de l'expert directement dans sa décision. En revanche, lorsque l'expert contredira l'argumentation du juge, celui-ci utilisera des guillemets qui seront la preuve d'une distance exigée par le juge¹²¹.

Le rapport d'expertise est donc la pièce maîtresse des preuves. Ainsi, si le rapport ne concorde pas avec les autres preuves, les témoignages discordants sont repris, les constatations initiales sont abandonnées et les autres pistes sont délaissées. La parole de l'expert bénéficie d'une présomption de vérité qui oriente véritablement le reste de la procédure et la décision finale du juge.

¹²⁰ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 8^{ème} édition, 2009, p.914

¹²¹ V. à ce sujet, D. BOURSIER et M. DE BONIS, Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger, Edition Institut d'édition Sanofi-Synthélabo, 1999.

Le juge accorde une telle confiance à l'expert qu'il a tendance à compléter la mission, telle qu'elle est comprise juridiquement parlant, par la demande de faire « toute remarque utile à la manifestation de la vérité ». Cette requête peut paraître déplacée lorsqu'on connaît le poids de l'expertise sur la prise de décision du juge.

Le juge se trouve parfois confronté à des querelles d'experts, le mettant alors dans une situation inconfortable quant à l'expertise à prendre en compte. Les désaccords entre experts nous rappellent l'élément essentiel de l'expertise, à savoir l'interprétation de l'expert. C'est pourquoi, alors que le juge est à la recherche d'une certitude, les conclusions de l'expert ne sont que l'expression d'un avis. Or, tout avis est empreint de subjectivité. Les conclusions de l'expert ne sont pas l'expression d'une vérité absolue qu'il faudrait accepter comme une fatalité. Il convient donc de prendre les conclusions d'expertise comme de simples éléments concourant à la vérité et non pas comme le signe d'une vérité inaltérable.

Face à des conclusions différentes de deux experts, le juge se verra alors contraints de désigner un troisième expert sur le même sujet pour trancher la querelle. Ce troisième expert, ultime recours pour enfin obtenir quelques informations jugées fiables par le juge, aura la lourde tâche de départager ses deux confrères. Le juge pourra alors s'appuyer sur l'avis majoritaire des trois experts ou sur le seul avis du troisième expert. Parfois, l'avis du troisième expert ne sera d'aucune aide puisqu'il émettra une troisième hypothèse, ce qui ne favorisera pas la prise de décision du juge.

Le rôle prépondérant de l'expertise au détriment des autres preuves peut parfois être justifié par la disparition de ces dernières. La résolution d'une affaire ne dépendra alors que des conclusions de l'expertise. L'expertise est parfois la seule porte de secours pour découvrir le véritable coupable des faits. L'affaire Grégory en est l'illustration. Après la découverte du corps du petit Gregory Villemin, le 16 octobre 1984, dans la Vologne, une enquête fut ouverte pour découvrir l'auteur des faits. Le juge d'instruction essaya d'abord de découvrir l'auteur des lettres anonymes envoyées au père de la victime, sans succès. Plusieurs personnes furent accusées de l'assassinat dont la mère de la victime et le cousin du père de la victime¹²².

Aujourd'hui encore, l'énigme n'est pas résolue. La famille de la victime ne cesse de faire des demandes d'expertise. Plusieurs ont déjà été diligentées notamment pour retrouver l'ADN sur l'enveloppe qui contenait les lettres anonymes envoyées au père de la victime ou sur les cordelettes avec lesquelles a été retrouvée la victime. Pourtant, aucune de ces expertises n'a été concluante, ne permettant pas d'isoler l'ADN d'une seule personne ou ne permettant pas d'identifier le propriétaire de l'ADN retrouvée. L'expertise reste ici la seule piste valable pour résoudre cette affaire, le juge d'instruction ne pouvant s'appuyer sur d'éventuelles auditions de témoins, les faits datant de bientôt trois décennies.

Finalement, le recours quasi systématique à l'expertise est justifié par la faiblesse relative des autres modes de preuve, le juge étant à la recherche de certitudes. Le recours à l'homme de l'art a aujourd'hui pris une proportion considérable, la parole de l'expert étant, presque toujours, avalisée par le juge.

¹²² Le père du petit Grégory tua son cousin, le pensant responsable de la mort de son fils.

b. L'influence déterminante du rapport d'expertise sur l'intime conviction du juge.

La confiance accordée à l'expert est sans doute disproportionnée au regard du caractère incertain de sa parole. Pourtant, nul doute que l'expertise est aujourd'hui une assise confortable sur laquelle le juge peut s'appuyer. Celui-ci obtient le soutien de l'expert qui donnera un caractère scientifique à sa décision. Le rôle de l'expert s'amenuise à mesure que le droit investit la parole de l'expert. Et que dire de l'impact du discours expertal sur des jurés en cour d'assises ? L'homme de l'art voit son travail assorti d'un tel prestige qu'il se doit de prendre des précautions à l'audience. Ainsi, dire que les empreintes de l'accusé ont été retrouvées sur l'arme du crime ou assortir cette affirmation de la constatation que ce ne sont pas les seules n'a pas le même impact alors même que ce sont les mêmes résultats qui sont commentés.

La validation quasi systématique des conclusions de l'expert peut pourtant conduire à des désastres judiciaires. L'affaire Druaux témoigne de cet excès de confiance accordée à l'expert. En 1888, la veuve Druaux est condamnée aux travaux forcés à la perpétuité après avoir été déclarée coupable d'empoisonnement à la cantharide sur son mari et son frère. Les juges, se fondant sur les rapports de deux experts qui retrouvèrent des traces de ce poison dans le corps des victimes et sur les témoignages très défavorables à l'accusé, estimèrent que la veuve Druaux était responsable de la mort des deux victimes. Quelques années plus tard, les locataires de la maison de la veuve moururent en présentant les mêmes symptômes que les victimes. Les experts nommés constatèrent que la maison se trouvait à proximité d'un four à chaux qui était responsable d'une infiltration d'oxyde de carbone chez les Druaux. Ce qui a été considéré comme un empoisonnement par les experts n'était qu'une intoxication accidentelle. Les juges se virent alors dans l'obligation d'innocenter la veuve Druaux des crimes dont on l'avait accusé. Cette affaire illustre parfaitement les dangers de l'expertise ou du moins l'utilisation des conclusions de l'expert.

Plus récemment, l'affaire Outreau a permis de remettre en cause la parole de l'expert et son influence sur l'intime conviction du juge. Fin 2000, les enfants de Thierry et Myriam Delay, placés en famille d'accueil, racontent à leurs assistances sociales certaines scènes qu'ils auraient vécues. Après l'ouverture d'une instruction en février 2001 pour viols, agressions sexuelles, corruption de mineurs et proxénétisme, le juge d'instruction fait appel à des experts pour évaluer la personnalité des 18 mis en examen dont les parents des enfants victimes. Pour chacun d'entre eux, les experts devaient répondre à la question « *Présente-t-il des traits de caractère ou de personnalité caractéristiques des « abuseurs sexuels » ?* »¹²³. Les experts psychiatres ont répondu négativement pour tous les mis en examen. En revanche, les experts psychologues ont répondu positivement pour 14 des 18 mis en examen en se fondant sur la présence de deux traits de caractères pour avoir les caractéristiques d'un abuseur sexuel.

¹²³ Rapp. fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, n° 3125, juin 2006, p. 159 et s.

L'expertise qui a cristallisé les tensions est l'expertise de crédibilité visant à déterminer si les victimes présumées sont sincères et si les faits rapportés, tels que racontés par les victimes, sont probables. Le juge avait demandé aux experts de « préciser, compte tenu des constatations faites, le degré de crédibilité que l'on peut attacher à ses déclarations telles qu'elles figurent dans la procédure ». Aux termes des expertises, tous les enfants ont été déclarés crédibles. Or, il est aujourd'hui admis que aussi élevé que soit le degré de crédibilité, nul ne peut en déduire une vérité. Certains experts ont parfois utilisé les termes « entière crédibilité » donnant ainsi l'illusion de la véracité des propos rapportés.

Le juge d'instruction renvoya 17 des 18 accusés devant la Cour d'assises¹²⁴. Durant le procès, ouvert le 4 mai 2004, Myriam Badaoui, la mère des enfants présumés victimes, reconnaît avoir menti et innocente 13 des 17 accusés. Pourtant, le 2 juillet 2004, la cour d'assises de Saint-Omer condamna 10 personnes. 4 des 10 accusés reconnurent leur participation aux faits reprochés. Les 6 autres, clamant toujours leur innocence, firent appel de leur condamnation et furent acquittés par la cour d'assises de Paris le 1^{er} décembre 2005 après le désaveu des expertises diligentées durant la procédure.

Au total, 84 expertises furent diligentées durant l'affaire, un seul expert étant parfois appelé pour procéder aux expertises de toutes les victimes, limitant ainsi tout risque de contrariété de l'expert nommé. L'affaire a mis en lumière « la valorisation excessive du rôle des experts »¹²⁵. Les querelles d'experts furent ignorées par le juge qui tint compte uniquement des expertises défavorables aux accusés. Des extraits d'expertise ont été sortis de leur contexte pour ne retenir que quelques phrases. L'expertise de crédibilité fut ensuite abandonnée¹²⁶ compte tenu de l'amalgame regrettable des juges entre crédibilité et véracité.

Face à cette erreur judiciaire, le législateur a su réagir et a édicté la loi du 5 mars 2007¹²⁷ qui a permis aux parties d'intervenir directement dans la phase d'exécution de l'expertise. Le rapport de l'expertise aura déjà fait l'objet d'une certaine contradiction, ce qui permettra au juge d'avoir une vision plus globale de l'expertise. La relation juge/expert se voit obliger d'accueillir un troisième protagoniste : les parties.

Lorsque ces dernières se voient refuser par le juge de contribuer à la formation du rapport par l'adjonction d'un expert ou de la conviction du juge par une contre expertise, les parties se voient parfois obligées d'avoir recours à l'expertise privée. Lorsque le juge se base uniquement sur le rapport de l'expert qui n'a fait l'objet que d'observations des parties, ces dernières voient dans l'expertise privée la seule solution pour contredire les dires de l'expert. Néanmoins, ni les observations des parties ni les conclusions de l'expert privé ne bénéficieront de l'attrait de la parole de l'expert.

¹²⁴ Un des accusés mourut en détention provisoire.

¹²⁵ Rapp. fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, n° 3125, juin 2006, p. 159

¹²⁶ Une circulaire du 2 mai 2005 a proscrit les expertises de crédibilité.

¹²⁷ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

Malgré les modifications apportées par le législateur, l'expert est toujours considéré comme un homme de savoir, ce qui est vrai, mais qui ne peut se tromper, alors même que le propre d'une expertise est d'émettre un avis. Le juge est alors véritablement guidé par les conclusions de l'expert. Le juge ne peut que donner une forme juridique à la parole de l'expert.

L'influence des conclusions de l'expert sur la formation de l'intime conviction du juge n'est plus à prouver aujourd'hui. Le prestige dont bénéficient les experts rend leur intervention indispensable mais également irréprochable. L'expertise devient « *parole d'évangile* »¹²⁸. Or, les erreurs du passé devraient amener l'institution judiciaire à s'interroger sur la place que l'on doit accorder à la parole de l'expert, sous peine d'aboutir à une « *expertocratie* »¹²⁹. Cette prise de conscience semble aujourd'hui compromise par le constat de l'impossibilité pour le juge d'évaluer véritablement le rapport d'expertise.

c. L'impossibilité de réfuter les conclusions de l'expert.

L'incapacité du juge à relever les erreurs d'appréciation de l'expert résulte du fondement même du recours à l'expertise. En effet, le juge fait appel à l'homme de l'art précisément parce qu'il n'a pas les connaissances nécessaires dans un domaine précis. Le juge reconnaît son ignorance présumée lorsqu'il a recours à l'expert. Lors de la lecture du rapport, le juge n'a toujours pas les connaissances permettant d'apprécier un élément technique du dossier. Comment peut-il alors détecter les erreurs d'appréciation commises par l'expert ? « *Comment le juge peut-il faire confiance à ce qu'il ne maîtrise pas, sinon aveuglement ? Le juge choisit un expert en qui il a confiance. Le temps et les connaissances techniques lui manquent pour critiquer un rapport. L'analyse s'impose au juge en raison de sa clarté* »¹³⁰. Cette réalité s'accroît encore plus à mesure que les domaines se spécialisent.

Prenons un exemple¹³¹. Un homme est accusé d'un meurtre. On a retrouvé sur le cou de la victime, un sillon laissé par l'étranglement et dans lequel les experts ont retrouvé le sang de la victime et le sperme de l'agresseur. L'expert conclut que l'empreinte génétique de l'accusé a été retrouvée dans le mélange ADN identifié sur le sperme retrouvé dans le sillon. Après un interrogatoire interminable, le suspect finit par avouer qu'il était sur les lieux, la nuit des faits. Il est ensuite mis en examen mais clame son innocence, ne pouvant cependant s'expliquer sur la présence de son empreinte génétique sur la victime.

¹²⁸ L. LETURMY, De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise, AJ Pénal 2006, page 56.

¹²⁹ A. RIMBAUD, Le juge pénal et l'expertise numérique, Révolutions au Palais, Dalloz, 2007

¹³⁰ H. CHARLIAC, L'expertise en matière criminelle, Paris, Dalloz, 1937, cité par Y. SCHULLAR, La coordination scientifique des investigations criminelles. Une aide pour les magistrats. AJ Pénal 2011, p. 555,

¹³¹ Exemple emprunté de l'article de E. DAOUD et C. GHRENASSIA, L'expertise à l'épreuve de la contradiction : errare expertum est, AJ Pénal 2011, p.560.

Après la notification des conclusions du rapport, l'accusé a déposé une demande de contre-expertise qui a conclu que l'analyse des prélèvements met en évidence non pas un mélange d'ADN mais une empreinte inconnue différente de celle du mis en examen. Le premier expert envoie alors ses réponses aux questions posées par la défense suite à cette seconde expertise. Il conclut à l'impossibilité de dater la présence du sperme sur la victime et ne s'expliquait pas sur l'absence de profil de l'accusé sur le mélange ADN alors que ce même profil a été retrouvé sur le chromosome Y.

Quel est alors le rôle du juge dans un tel cas de figure ? Le juge est bien incapable d'apprécier véritablement le résultat de la première expertise concluant à la présence de l'ADN du suspect dans l'ADN retrouvé sur la victime. Le juge a-t-il les connaissances pour établir qu'il ne s'agissait pas d'un mélange ADN mais d'une empreinte inconnue à celui du mis en examen ? Le juge est alors tenu des conclusions de l'expert, ne pouvant, par nature, vérifier que l'expert a adopté un raisonnement valide.

Cette incapacité est encore plus prononcée lorsque le domaine concerné répond à des exigences propres de qualité. C'est ainsi qu'en matière d'expertise scientifique, les laboratoires sont soumis à des normes de qualité. Ces laboratoires sont soumis à la norme ISO 17025¹³² qui garantit la compétence du personnel et le respect de certaines prescriptions techniques. Lorsque les experts violent ces normes, notamment lors du traitement des scellés, le juge n'a pas connaissance de ces difficultés, sauf si l'expert en fait mention dans son rapport, ce qui est grandement souhaitable pour éviter toute erreur d'appréciation.

La compétence de l'expert n'est donc ni évaluée ni évaluable par le juge. La seule garantie de compétence de l'expert est le fait que celui-ci soit inscrit sur une liste officielle. Or, la procédure d'inscription sur les listes officielles ne s'attarde pas sur les compétences de l'expert. L'article 3 du décret du 23 décembre 2004¹³³ précise seulement que l'expert doit justifier « *exercer ou avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité* » et « *exercer ou avoir exercé cette profession ou cette activité dans des conditions conférant une qualification suffisante* ». Seules des exigences d'expérience professionnelle et de « *conditions conférant une qualification suffisante* » sont attendues lors de la procédure d'inscription sur les listes officielles.

En revanche, aucun contrôle continu et permanent des experts n'est prévu. L'expert est donc confronté à lui-même. Une erreur d'appréciation de sa part ne pourra être relevée et pourra avoir des conséquences néfastes sur l'issue du procès. Le crédit accordé à l'expert par le juge est donc le signe d'une incapacité par ce dernier d'apprécier le rapport d'expertise, juge et expert intervenant dans deux domaines distincts, l'un relevant du droit, l'autre de la science.

La parole de l'expert devrait donc être traitée comme ce qu'elle est, c'est à dire une interprétation, un avis. L'institution judiciaire devrait refondre les rôles de chacun et replacer l'expert dans son contexte, pour ne pas qu'il continue à empiéter sur le discours décisionnel.

¹³² M. SAVART, L'expertise scientifique en matière pénale, AJ Pénal 2006 p. 72

¹³³ Décr. n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

En conclusion, l'utilisation de l'expertise durant l'instruction est bénéfique tant pour le juge qui l'utilise pour orienter son information judiciaire que pour les parties qui peuvent ainsi participer au recueil des preuves qui seront par la suite examinées à l'audience. S'inscrivant pleinement dans l'information judiciaire, l'expertise s'est vue imposée des règles supranationales issues de la Convention européenne des droits de l'homme. Le respect des principes du procès équitable est donc aujourd'hui élémentaire. Tant dans la décision de recourir à l'expertise que dans le déroulement des opérations, le législateur a accordé aux parties la possibilité d'intervenir de concert avec le juge. Cependant, ce dernier garde la mainmise sur l'expertise.

Les exigences du contradictoire permettent au juge d'avoir une vision plus globale de l'expertise et des éventuels avis dissidents au sein du rapport d'expertise. La valeur du rapport dépend ainsi de la discussion des parties et du débat contradictoire durant l'audience. En revanche, l'apparition du contradictoire ne semble pas évincer le prestige dont bénéficient les experts. Par conséquent, très souvent, les juges, par excès de confiance et par manque de connaissances, se fient au rapport pour la suite de l'instruction. La parole de l'expert est investie d'une présomption d'exactitude alors qu'il ne s'agit que d'un avis, un point de vue. Le désastre judiciaire de l'affaire Outreau a permis aux parties d'intervenir dès l'instruction afin d'apporter un autre regard sur la procédure d'expertise. Le législateur espère ainsi que le juge fera preuve de raison et ne prendra pas la parole de l'expert comme seul support à la construction de son intime conviction.

Les désastres judiciaires liés à la trop grande confiance accordée à l'expert n'ont pas entamés l'enthousiasme du législateur pour l'expertise. Au contraire, le législateur tend aujourd'hui à multiplier les hypothèses de recours à l'expertise. Il instaure régulièrement de nouveaux cas de recours à l'homme de l'art, l'expertise devenant même parfois obligatoire dans la prise de décision du juge. L'expertise n'est plus aujourd'hui diligentée qu'en instruction, c'est à dire dans la phase préalable au procès. Le législateur a étendu le champ d'action de l'expert qui prend aujourd'hui place également durant la phase de l'application des peines et au delà, pour l'application des mesures de sûreté. Cependant, les finalités respectives de ces expertises sont totalement différentes, la première tendant à récolter des preuves de l'existence d'une infraction et des auteurs de celle-ci, la seconde tendant principalement à évaluer la dangerosité de l'individu afin d'évaluer sa capacité de sortie de prison.

Chapitre II : L'expertise post-sentencielle, un outil au service de la prévention de la récidive.

L'expertise n'est pas seulement sollicitée lors de la phase préalable au procès, le législateur a entendu également y avoir recours après que la juridiction de jugement s'est prononcée sur la culpabilité de la personne poursuivie ainsi que sur la peine qui lui est infligée. L'apparition de l'expertise post-jugement ou post-sentencielle est récente. Pourtant, les nombreux cas de recours à l'expertise, recours obligatoire dans la plupart des cas, ne reflètent pas cette jeunesse, tant le législateur a diffusé l'expertise dans tout le processus judiciaire après le prononcé du jugement de culpabilité.

En effet, nous le verrons, le recours à l'expertise est prévu lors de l'application des peines mais également à l'issue de la peine. Depuis une dizaine d'années, l'expertise a fait son entrée dans la phase post-carcérale. En ce sens, le législateur a récemment conçu une nouvelle sorte de mesure qui se distingue de la peine : la mesure de sûreté. Depuis leur apparition, le législateur a constamment assorti le prononcé d'une mesure de sûreté à une expertise préalable, ce qui tend à augmenter les recours à l'expertise à proportion de la création de nouvelles mesures de sûreté.

Le législateur a donc entendu profiter des retombées bénéfiques de l'expertise, déjà prévue lors de l'instruction, durant la phase de l'application des peines et lors de la phase post-carcérale. Pourtant, les finalités inhérentes à ces deux types d'expertise ne sont pas les mêmes. L'expertise diligentée durant l'instruction ou durant la phase d'instruction à l'audience tend directement à recueillir des preuves de la culpabilité ou de l'innocence de la personne poursuivie. En revanche, l'expertise diligentée après le jugement est directement tournée vers la peine. Elle est utilisée afin d'apprécier l'opportunité d'une mesure d'aménagement de peine ou d'une sortie de prison.

De même, alors que l'expertise diligentée en instruction peut aussi bien porter sur des éléments matériels que sur un individu, l'expertise diligentée lors de la phase post-jugement porte principalement sur la personne dont on envisage la sortie de prison ou à l'encontre de laquelle on envisage le prononcé d'une mesure de sûreté. L'objectif est alors de déterminer si un individu est apte à sortir de prison ou si son état justifie le prononcé d'une mesure de sûreté.

L'objectif unique est donc de déterminer la dangerosité de la personne incarcérée afin d'adapter sa peine à sa personnalité mais également de prononcer une éventuelle mesure de sûreté à l'issue de sa peine. Cependant, l'expertise de dangerosité n'est pas l'apanage de l'application des peines et des mesures de sûreté. Elle peut être diligentée avant le prononcé du jugement pour déterminer la nature et le quantum de la peine. La période de sûreté et le suivi socio judiciaire pourront ainsi être prononcés par la juridiction de jugement au regard de la dangerosité plus ou moins prononcée de la personne déclarée coupable. Il s'agit cependant ici d'apporter un regard sur l'expertise de dangerosité diligentée durant la phase post-jugement afin de constater la place grandissante qu'elle tend à occuper aujourd'hui dans ce processus (section I) et de discuter de sa pertinence au regard de sa nature et ses enjeux (section II).

Section I : L'apparition progressive de l'expertise postérieure au jugement de condamnation.

A la différence de l'expertise utilisée durant l'instruction, l'expertise postérieure au jugement de condamnation ne fait pas l'objet d'un régime juridique unifié. En effet, aucun équivalent aux articles 156 et suivants du Code de procédure pénale n'existe concernant l'expertise post-sentencielle. Le législateur n'a pas eu de réflexion d'ensemble et n'a introduit cette expertise que par touches ponctuelles dans le même code. Par conséquent, il peut exister quelques différences entre les textes y faisant référence mais la volonté initiale du législateur semble être la même : prévenir la récidive.

Nonobstant cette prétention, les textes sont très diversifiés, reflétant l'enthousiasme du législateur pour l'expertise post-sentencielle. Le législateur entend ainsi associé l'homme de l'art au juge pour l'aider à prendre sa décision ou même pour renforcer sa prise de position. Le législateur a ainsi multiplié ses interventions en procédure pénale pour multiplier les cas de recours à l'expert (paragraphe 1) en s'appuyant principalement sur l'expertise de dangerosité (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les cas de recours à l'expert, la marque d'une frénésie législative.

Après la condamnation de la personne poursuivie, le processus judiciaire entre dans une nouvelle phase : la phase de l'application de la peine. Le condamné pourra ainsi bénéficier d'aménagements de peine tels que la semi liberté ou le placement sous surveillance électronique, sous conditions¹³⁴ permettant au condamné de ne pas passer toute sa peine derrière les barreaux. Le Code de procédure pénale permet également certains aménagements de fin de peine, qui nécessitent le plus souvent une expertise (a). Lorsque le condamné a terminé sa peine, il peut encore se voir soumis à certaines mesures de sûreté restrictives ou privatives de liberté. L'expertise est alors sollicitée pour servir de base à la décision ordonnant la mesure de sûreté (b).

a. L'utilisation de l'expertise lors de l'exécution des peines.

De manière générale, le juge de l'application des peines ainsi que le tribunal de l'application des peines qui sont les juridictions de l'application des peines du premier degré peuvent procéder ou faire procéder à toute expertise « permettant de rendre une décision d'individualisation de la peine ou de s'assurer qu'un condamné respecte les obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision »¹³⁵. L'unique but du recours à l'expertise par les juridictions de l'application des peines est donc l'individualisation des peines. Par le recours à l'expertise, le législateur entend aider le juge à prendre la meilleure des décisions quant à l'adaptabilité du condamné à sa peine.

¹³⁴ Arts. 132-25 et s. du Code de procédure pénale.

¹³⁵ Art. 712-16 C. pr. pén.

Le recours à l'homme de l'art n'est alors qu'une possibilité, le juge pouvant y avoir recours lorsqu'il entend avoir une précision sur un point particulier. Pourtant, le législateur a rendu obligatoire de plus en plus d'expertise, à l'origine facultative, ou à étendu le domaine des expertises obligatoires. Peut-on alors y voir une défiance envers le juge ou alors simplement un guide proposé par le législateur à la bonne conduite de la mission des juridictions de l'application des peines ? Ainsi, de plus en plus d'expertises sont obligatoires et le juge est tenu d'y avoir recours même s'il y trouve aucune utilité.

Le recours obligatoire à l'homme de l'art s'est notamment imposé dans le cadre de mesures particulières prononcées par les juridictions de l'application des peines. Ainsi, l'article 712-21 prévoit dans son alinéa 1 que « *Les mesures mentionnées aux articles 712-5, 712-6 et 712-7, à l'exception des réductions de peines n'entraînant pas de libération immédiate et des autorisations de sortie sous escortes, ne peuvent être accordées sans une expertise psychiatrique préalable à une personne condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru. Cette expertise est réalisée par deux experts lorsque la personne a été condamnée pour le meurtre, l'assassinat ou le viol d'un mineur de quinze ans* ». Le renvoi aux articles cités correspond aux réductions de peines, aux autorisations de sorties sous escortes, aux permissions de sortir¹³⁶, au placement à l'extérieur, à la semi liberté, au fractionnement et à la suspension de la peine, au placement sous surveillance électronique, à la libération conditionnelle¹³⁷ et au relèvement de la période de sûreté¹³⁸. On le voit, le recours à l'homme de l'art est devenu indispensable dans bon nombre d'hypothèses¹³⁹.

Néanmoins, le recours à l'expert est prévu pour quelques infractions seulement. L'article D49-23 du Code de procédure pénale prévoit expressément les infractions pour lesquelles l'expert est obligatoirement sollicité. Parmi ces hypothèses, on compte les atteintes volontaires à la vie, les crimes de tortures et d'actes de barbarie, les crimes de viols ou encore les délits d'agressions sexuelles¹⁴⁰. Les infractions les plus graves sont donc prévues par cet article.

Il suffit alors de combiner les deux articles concernant les infractions concernées et les mesures envisagées pour savoir si le recours à l'expert est obligatoire. Par cette combinaison, on constate que l'expert est devenu un outil indispensable aux juridictions de l'application des peines, outil indispensable mais imposé par le législateur. Pourtant, l'évolution de l'article 712-21 du Code de procédure pénale est l'illustration de la montée en puissance de l'expert.

¹³⁶ Art. 712-5 C. pr. pén.

¹³⁷ Art. 712-6 C. pr. pén.

¹³⁸ Art. 712-7 C. pr. pén.

¹³⁹ L'article D49-23 du Code de procédure pénale prévoit une exception par le renvoi à l'article D147-15 du même code qui prévoit que l'expertise n'est cependant pas obligatoire dans le cadre de l'article 723-15, c'est à dire des aménagements de peines de personnes condamnés libres (semi liberté, placement à l'extérieur, placement sous surveillance électronique, fractionnement ou suspension de peine, libération conditionnelle, ou la conversion prévue à l'article 132-37 du code pénal) sauf si le procureur de la République le requiert.

¹⁴⁰ L'article prévoit 10 infractions pour lesquelles l'expertise est obligatoire.

A sa création, lors de la loi du 9 mars 2004¹⁴¹, l'article 712-21 prévoyait le recours obligatoire à l'expert uniquement pour les infractions prévues à l'article 706-47¹⁴², c'est à dire aux infractions de nature sexuelle sur un mineur. Le champ d'application de l'article 712-21 était donc réduit. La loi du 10 août 2007¹⁴³ a ensuite étendu le recours à l'expert aux infractions pour lesquelles le suivi-socio judiciaire est encouru. Un décret du 16 novembre 2007¹⁴⁴ a par la suite précisé à l'article D49-23 du Code de procédure pénale les infractions pour lesquelles une expertise est obligatoire.

Ce qui était auparavant réservé aux infractions sexuelles sur les mineurs s'est progressivement étendu à toutes les infractions d'une certaine gravité. Le législateur a donc étendu le champ d'application de l'expertise obligatoire pour aujourd'hui couvrir une très grande partie des cas que les juridictions de l'application des peines ont à traiter. Le législateur voit ainsi dans l'expert un auxiliaire indispensable à la prise de décision. On pourrait y avoir une méfiance du législateur envers le juge, tant l'expert devient un interlocuteur privilégié des juridictions de l'application des peines.

Il n'y a pas que le champ d'application de l'expertise obligatoire qui a été étendu, la mission confiée à l'expert a également été modifiée au fil des interventions du législateur dans la procédure pénale. L'alinéa 2 de l'article 712-21 prévoit que « *Cette expertise détermine si le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement* », alinéa ajouté par la loi du 10 août 2007. En effet, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines peut assortir la mesure d'aménagement de la peine d'une ou de plusieurs obligations. Lorsque la juridiction de l'application des peines prévoit que le condamné bénéficiera d'une mesure de semi liberté, d'un placement à l'extérieur ou encore d'un placement sous surveillance électronique, il faut conditionner cette mesure au respect par le condamné de certaines obligations.

Ainsi, la juridiction de l'application des peines peut prévoir que le condamné sera soumis aux obligations du sursis avec mise à l'épreuve¹⁴⁵. L'une de ces obligations est de se soumettre à un traitement ou à des soins selon l'article 132-45 3° du Code pénal.

¹⁴¹ L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁴² Art 706-47C. pr. pén. : « *Les dispositions du présent titre sont applicables aux 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, de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-4-1 à 225-4-4, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du code pénal. Ces dispositions sont également applicables aux procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale* ».

¹⁴³ L. n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

¹⁴⁴ Décr. n°2007-1627 du 16 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et renforçant le recours aux aménagements de peines et la lutte contre la récidive.

¹⁴⁵ Art. 132-26 dernier alinéa et 132-26-3 C. pén.

L'expertise vise donc à déterminer si le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement qui pourra lui être imposé dans le cadre de la mesure d'aménagement de sa peine. L'objet de l'expertise est donc purement médical. Le Code de procédure pénale reste muet sur les modalités de l'expertise¹⁴⁶ et sur l'objet du traitement (avant de déterminer si la personne condamnée peut faire l'objet d'un traitement, il faut d'abord déterminer si elle souffre d'une maladie et si oui, laquelle).

Il faut se reporter aux textes particuliers des mesures d'aménagement pour connaître le régime de l'expertise diligentée. Ainsi, en cas de suspension de peine, deux expertises médicales distinctes doivent être effectuées¹⁴⁷. Pour le relèvement d'une période de sûreté, l'expertise est réalisée par un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés près la Cour de cassation qui se prononcent sur l'état de dangerosité du condamné¹⁴⁸.

Le recours à l'expert pour le prononcé d'une libération conditionnelle a été récemment modifié. La loi du 10 août 2011¹⁴⁹ a supprimé l'avant dernier alinéa de l'article 729 qui prévoyait le recours à une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité et d'une expertise médicale pour les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité. Désormais, cette obligation est seulement réservée à la personne qui « *a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ou lorsqu'elle a été condamnée soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à quinze ans pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à dix ans pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13* »¹⁵⁰. S'il s'agit d'un crime mentionné à l'article 706-53-13, « *cette expertise est réalisée soit par deux experts médecins psychiatres, soit par un expert médecin psychiatre et par un expert psychologue titulaire d'un diplôme, certificat ou titre sanctionnant une formation universitaire fondamentale et appliquée en psychopathologie* ». L'expertise se prononce sur l'opportunité d'un traitement inhibiteur de libido dans le cadre d'une injonction de soins.

Les interventions récentes du législateur dans la procédure pénale et spécialement dans l'application des peines ont modifié la mission de l'expert. La loi du 24 novembre 2009¹⁵¹ a ajouté un troisième alinéa à l'article 712-21 qui prévoit que « *Lorsqu'elles concernent les infractions violentes ou de nature sexuelle mentionnées à l'article 706-47, les expertises psychiatriques ordonnées préalablement aux mesures d'aménagement des peines conformément au présent article doivent se prononcer spécialement sur le risque de récidive du condamné* ».

¹⁴⁶ L'article 721-21 prévoit seulement que l'expertise doit être faite par deux experts lorsque la personne a été condamnée pour le meurtre, l'assassinat ou le viol d'un mineur de quinze ans.

¹⁴⁷ Art. 720-1-1 al. 2 C. pr. pén.

¹⁴⁸ Art. 720-4 al. 4 C. pr. pén.

¹⁴⁹ L. n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

¹⁵⁰ Art. 730-2 C. pr. pén.

¹⁵¹ L. pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.

L'expertise ne vise plus seulement à déterminer si un traitement est possible mais elle vise également à évaluer le risque de récidive du condamné. Cette expertise particulière vise uniquement les infractions violentes ou de nature sexuelle mentionnées à l'article 706-47. L'évolution est donc marquante : ce qui était prévu comme l'unique hypothèse où une expertise était obligatoire est devenu l'hypothèse où l'expert doit non seulement se prononcer sur la possibilité d'un traitement mais également sur le risque de récidive du condamné.

Les exigences se renforcent à mesure des interventions législatives. Le législateur voit dans les infractions sexuelles ou violences sur les mineurs des infractions particulièrement graves. Par conséquent, il a pris initialement le parti de rendre le recours à l'expert obligatoire pour déterminer si le condamné était susceptible de faire l'objet d'un traitement. Le législateur a ensuite introduit cette obligation pour d'autres infractions. Or, puisqu'il considèrait les infractions de l'article 706-47 comme particulièrement graves, le législateur devait élever le niveau d'exigence par rapport aux autres infractions, sous peine de supprimer la spécificité de ces infractions. La loi du 10 août 2007 a donc ajouté une exigence qui suppose que l'expert se prononce sur le risque de récidive du condamné. Nous le verrons, cette expertise est particulièrement délicate, ce qui a fait naître des doutes sur sa pertinence.

On le voit donc, les juridictions de l'application des peines se voient de plus en plus contraintes de faire appel à l'expertise pour une meilleure individualisation de la peine. L'expertise est aujourd'hui obligatoire dans de très nombreuses hypothèses. La mission de l'expert a évolué vers la détermination du risque de récidive. L'introduction de l'expertise de dangerosité visant à établir le risque de récidive a été le fait de la loi du 12 décembre 2005¹⁵² qui a créé la surveillance judiciaire.

La surveillance judiciaire est très souvent présentée comme mesure de sûreté. Pourtant, il apparaît qu'elle s'apparente à une mesure d'aménagement de la peine. En effet, la surveillance judiciaire consiste à soumettre le condamné à certaines obligations durant la durée des crédits de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires¹⁵³. La Cour de cassation a estimé que « *cette mesure de sûreté, limitée à la durée des réductions de la peine, constitue une modalité d'exécution de celle-ci* »¹⁵⁴. La surveillance judiciaire n'est donc qu'une modalité d'exécution de la peine. Pourtant, la Cour parle également de « mesure de sûreté ». Or, celle-ci doit s'exécuter après la peine. Il apparaît donc que la surveillance judiciaire est une mesure hybride : modalité d'exécution de la peine car s'exécutant dans la limite des réductions de peine et mesure de sûreté car tournée vers l'avenir, se fondant sur la dangerosité de la personne et visant à prévenir la récidive.

La surveillance judiciaire bénéficie cependant du régime juridique de la mesure de sûreté notamment par sa rétroactivité et la possibilité de passer d'une surveillance judiciaire à d'autres mesures qui, elles, sont sans aucun doute des mesures de sûreté.

¹⁵² L. n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

¹⁵³ Art. 723-39 C. pr. pén.

¹⁵⁴ Crim. 1^{er} avril 2009. N° de pourvoi 08-84367.

L'article 723-39 prévoit ainsi que « *Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire [...]* ». Le condamné sera alors soumis aux obligations issues du sursis avec mise à l'épreuve prévues aux articles 132-44 et 132-45, le PSEM, et accessoirement pour les condamnés à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'un des crimes mentionnés à l'article 706-53-13, une obligation d'assignation à domicile, ainsi qu'une injonction de soins. Le juge de l'application des peines peut décider de cumuler ces mesures puisqu'elles ne sont pas exclusives l'une de l'autre.

Afin de constater le « risque avéré » de récidive, une expertise médicale doit être ordonnée par le juge de l'application des peines dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné et détermine si celui-ci peut faire l'objet d'un traitement¹⁵⁵. Le juge de l'application des peines ou le procureur de la République peut demander le placement du condamné dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité et saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Ils peuvent également décider que l'expertise sera réalisée par deux experts.

Le prononcé de la surveillance judiciaire, basée sur l'expertise médicale, doit être précédé d'un débat contradictoire¹⁵⁶ durant lequel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du ministère public, les observations du condamné et de son avocat, le cas échéant. Le juge de l'application des peines, avec l'accord du procureur de la République, celui du condamné et de son avocat peut renoncer à ce débat contradictoire. L'article D147-36 prévoit que le condamné peut demander une contre-expertise avant les réquisitions du ministère public, qui sera alors de droit.

Le législateur voit ainsi dans l'expertise un relais nécessaire entre la situation du condamné et la prise de décision des juridictions de l'application des peines. Visant à établir si un traitement est accessible ou si le condamné présente un risque de récidive, l'expertise médicale tend à guider le juge dans sa mission. L'expertise devient alors un support à la prise de décision du juge qui devra ou non en tenir compte, l'expertise même obligatoire ne s'impose néanmoins pas au juge. Cette incursion de l'expertise dans le processus judiciaire post-sentenciel est encore plus flagrante dans le cadre des mesures de sûreté.

b. L'irruption de l'expertise dans les mesures de sûreté.

La mesure de sûreté doit se distinguer de la peine. En effet, cette dernière est basée sur la commission d'une infraction alors que la première est basée sur la constatation d'un état dangereux s'analysant en la probabilité de commettre une nouvelle infraction, après la commission d'une première infraction.

¹⁵⁵ Art. 723-31 C. pr. pén.

¹⁵⁶ Art. 723-32 C. pr. pén. renvoyant à l'article 712-6 du même code.

La mesure de sûreté est alors définie comme « une mesure de précaution destinée à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant qui, relevant en principe, comme la peine, de l'autorité judiciaire ne constitue pas un châtement, mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futures qu'il pourrait commettre et que son état rend probables, l'aider ou le soumettre à un traitement »¹⁵⁷.

Le législateur a progressivement introduit les mesures de sûreté au sein du système répressif français alors même que le code pénal issu de la réforme les avait exclu pour ne retenir que les peines. La loi du 9 mars 2004¹⁵⁸ a créé le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (les infractions violentes ont été introduites dans ce fichier par la loi du 12 décembre 2005). Celui-ci permet de collecter l'identité et l'adresse de personnes s'étant rendues coupables des infractions mentionnées à l'article 706-47 (infractions de nature sexuelle à l'encontre des mineurs) ou étant impliqués (mais non encore jugés) pour de tels faits¹⁵⁹. La personne fichée est alors tenue de justifier son adresse à intervalles réguliers au commissariat de police ou à la gendarmerie. Cette obligation a précisément pour but de « *prévenir le renouvellement des infractions mentionnées à l'article 706-47 et de faciliter l'identification de leurs auteurs* »¹⁶⁰.

L'expertise n'est pas ici diligentée avant le prononcé de la mesure puisque la personne est fichée automatiquement si elle correspond aux conditions d'entrée dans le fichier. A l'inverse, c'est à la sortie du fichier qu'une expertise est nécessaire. Lorsque la personne fichée demande une rectification ou un effacement, le procureur de la République, le juge des libertés et de la détention ainsi que le président de la chambre de l'instruction peuvent diligenter une expertise médicale pour s'assurer que la personne n'est plus dangereuse et qu'ainsi l'effacement peut être ordonné. Si la mention dans le fichier concerne un crime ou un crime puni de dix ans d'emprisonnement et commis contre un mineur, une telle expertise est obligatoire¹⁶¹. Pour autant, cette mesure de sûreté n'est pas la plus contraignante et la place de l'expertise y est réduite bien qu'elle soit nécessaire dans certains cas. D'autres mesures de sûreté sont restrictives de liberté et s'appuient véritablement sur l'expertise pour ordonner une telle mesure.

La première mesure de sûreté ayant une nature restrictive de liberté et à être introduite dans le code pénal, après la surveillance judiciaire qui a une nature hybride, est le placement sous surveillance électronique mobile (aussi appelé PSEM). Instauré par la loi du 12 décembre 2005, le PSEM est une modalité du suivi socio-judiciaire qui est une peine complémentaire et une modalité de la surveillance judiciaire¹⁶². Le suivi socio-judiciaire peut être exécuté durant le temps d'incarcération mais il peut également être exécuté après la sortie de prison. Le juge de l'application des peines peut prévoir que le suivi socio-judiciaire comprendra un PSEM.

¹⁵⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, 2009, p. 587

¹⁵⁸ L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁵⁹ Art. 706-53-2 C. pr. pén.

¹⁶⁰ Art. 706-53-1 C. pr. pén.

¹⁶¹ Art. 706-53-10 C. pr. pén.

¹⁶² Art. 723-30 C. pr. pén.

Celui ci consiste pour le condamné à porter un bracelet électronique qui le suivra dans tous ses déplacements (à l'inverse du placement sous surveillance électronique qui est un aménagement de peine et qui consiste à placer un émetteur chez le domicile du condamné pour vérifier qu'il respecte les horaires que le juge lui a imposé).

Pour déterminer si un PSEM est pertinent, l'article 763-10 précise que « *un an au moins avant la date prévue de sa libération, la personne condamnée au placement sous surveillance électronique mobile en application des articles 131-36-9 à 131-36-12 du code pénal fait l'objet d'un examen destiné à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction* ».

Cet examen est réalisé par un psychiatre et un psychologue titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisés ou d'un mastère de psychologie¹⁶³. Les textes ne précisent pas formellement qu'il s'agit d'experts mais il est évident que l'évaluation de la dangerosité d'un individu est confiée à un expert ou plutôt deux experts puisque un psychiatre et un psychologue sont sollicités. Le juge de l'application des peines peut également solliciter l'avis de la commission pluridisciplinaire de sûreté qui, nous le verrons, joue un rôle important dans le prononcé de mesures de sûreté.

Enfin, la loi du 25 février 2008¹⁶⁴ est venue compléter le dispositif des mesures de sûreté en instaurant la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté. La surveillance de sûreté est une mesure autonome mais elle suit généralement une autre mesure telle que le suivi socio-judiciaire¹⁶⁵, la surveillance judiciaire¹⁶⁶ ou encore une rétention de sûreté¹⁶⁷. La surveillance de sûreté est prévue pour les personnes condamnées à une réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions prévues à l'article 706-53-13¹⁶⁸. Lorsque la surveillance de sûreté suit un suivi socio-judiciaire ou une surveillance judiciaire, le juge doit s'assurer, avant de la prononcer, que les obligations résultant de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes sont insuffisantes pour prévenir la récidive et que cette mesure est l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions¹⁶⁹.

¹⁶³ Art. R61-10 C. pr. pén.

¹⁶⁴ L. n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

¹⁶⁵ Art. 763-8 C. pr. pén.

¹⁶⁶ Art. 723-37 C. pr. pén.

¹⁶⁷ Art. 706-53-19 C. pr. pén.

¹⁶⁸ Les infractions concernées sont les suivantes : les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration. Il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, prévus par les articles 221-2, 221-3, 221-4, 222-2, 222-3, 222-4, 222-5, 222-6, 222-24, 222-25, 222-26, 224-2, 224-3 et 224-5-2 du code pénal ou, lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration.

¹⁶⁹ L'article 763-8 (suivi socio-judiciaire) renvoie à l'article 723-37 du Code de procédure pénale.

La surveillance de sûreté soumet le condamné aux mêmes obligations que celles prévues pour la surveillance judiciaire c'est à dire les obligations issues du sursis avec mises à l'épreuve prévues aux articles 132-44 et 132-45, le PSEM, et accessoirement pour les condamnés à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'un des crimes mentionnés à l'article 706-53-13, une obligation d'assignation à domicile, ainsi qu'une injonction de soins. Ces obligations peuvent être cumulées si le juge de l'application des peines le souhaite.

Avant de prononcer une surveillance de sûreté, l'article 723-37 prévoit que la juridiction régionale de la rétention de sûreté est saisie par le juge de l'application des peines ou le procureur de la République. La surveillance de sûreté ne peut être ordonnée qu'après « *expertise médicale constatant la persistance de la dangerosité* ». Une nouvelle fois, le législateur a prévu l'intervention de l'expert pour constater la dangerosité du condamné, dangerosité qui fonde la mesure de sûreté. En revanche, à la différence des textes relatifs au PSEM, les textes concernant la surveillance de sûreté ne prévoient pas les modalités précises de l'expertise et notamment les compétences spécifiques des experts qui doivent intervenir.

Enfin, la rétention de sûreté est la mesure de sûreté la plus attentatoire aux libertés puisqu'elle prévoit une véritable privation de liberté, le condamné étant placé dans un « *centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel il lui est proposé, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* »¹⁷⁰. Elle est prononcée à l'encontre de personnes condamnées aux mêmes infractions prévues pour la surveillance de sûreté et dont il est constaté « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave à la personnalité* ». Cette mesure ne doit être prononcée que si les obligations résultant de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes sont insuffisantes pour prévenir la récidive et que cette mesure est l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions.

La commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté est saisie et demande le placement de la personne dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts¹⁷¹. A la suite de l'expertise médicale et de l'évaluation pluridisciplinaire de dangerosité, la juridiction régionale de la rétention de sûreté se prononce sur l'opportunité d'une rétention de sûreté, seulement si la juridiction de jugement l'a envisagé lors du prononcé de la peine.

L'expertise s'est donc infiltrée dans l'application des peines et fonde véritablement les mesures de sûreté. Le législateur a vu dans l'expertise un soutien essentiel à la prise de décision des juridictions de l'application des peines ainsi qu'aux juridictions des mesures de sûreté (commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté et juridiction régionale de la rétention de sûreté). L'expertise est systématiquement associée aux mesures de sûreté, puisque celles ci sont prononcées sur la base d'une dangerosité qui ne peut être constatée par le juge lui même.

¹⁷⁰ Art. 706-53-13 C. pr. pén.

¹⁷¹ Art. 706-53-14 C. pr. pén.

Le législateur, de manière prépondérante dans l'application des peines et systématiquement dans les mesures de sûreté, instaure donc un recours obligatoire à l'expertise. Certains y voient une confiance aveugle accordée à l'expert alors même qu'il ne s'agit, par nature, que d'une interprétation de résultats obtenus par l'expert lui-même. On constate une unité de dessein, la prévention de la récidive, et une unité de moyens, le recours à l'expertise. Il semble que l'organisation de l'expertise ne soit pas la même que ce soit dans les organes qui doivent diligenter l'expertise ou que ce soit dans l'objet même de l'expertise qui analyse la « dangerosité » du condamné.

Paragraphe 2 : L'expertise de dangerosité au cœur de l'expertise pénale.

Nous l'avons vu, l'expertise diligentée avant le prononcé d'une mesure d'aménagement de la peine ou avant le prononcé d'une mesure de sûreté permet d'analyser la situation du condamné afin d'apprécier la compatibilité d'une mesure avec sa personnalité. En effet, le prononcé d'une de ces mesures est subordonné à la preuve de la dangerosité du condamné. L'expertise de dangerosité se retrouve alors au centre des attentions tant son résultat conditionne le prononcé de telles mesures. Il apparaît cependant que les organes chargés de diligenter cette expertise ou d'effectuer celle-ci sont diverses selon les mesures envisagées (a). En revanche, l'expertise de dangerosité reste la même quant à son contenu (b).

a. La diversité des instances en charge de l'expertise.

La diversité des organes devant faire procéder à une expertise tient à la différence entre peine et mesure de sûreté. Le juge de l'application des peines¹⁷² est compétent concernant les mesures d'aménagement de peines. L'article 712-21 prévoit que les mesures mentionnées aux articles 712-5, 712-6 et 712-7 ne peuvent être accordées sans expertise psychiatrique préalable à une personne condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru. Or, c'est le juge de l'application des peines qui est compétent pour prononcer ces mesures. Par conséquent, c'est à lui de faire procéder à une expertise psychiatrique. On peut imaginer que le juge pourra s'aider des listes officielles des cours d'appel et de la Cour de cassation qui sont initialement mises à la disposition du juge d'instruction. En effet, peu importe le stade où l'expert est appelé, il possède toujours les mêmes compétences. Le juge de l'application des peines sera ainsi chargé de faire procéder à l'expertise, de suivre l'évolution des opérations d'expertise et enfin d'apprécier les résultats.

Pour autant, le juge de l'application des peines n'est pas compétent dans le cadre des mesures de sûreté. En effet, les mesures de sûreté ne s'apparentent pas à des peines puisqu'elles s'exécutent à la suite de ces dernières. Par conséquent, le juge de l'application des peines ne peut être compétent. Le législateur a donc prévu une procédure différente pour les mesures de sûreté. Dans tous les cas, ce sont les mêmes organes qui interviennent. Cependant, leurs modalités d'intervention peuvent différer d'une mesure de sûreté à une autre.

¹⁷² Ou, selon les cas, la juridiction de l'application des peines.

La décision de placer un condamné sous surveillance judiciaire revient au tribunal de l'application des peines comme le précise l'article 723-30 du CPP. Pourtant, les modalités précédant cette décision reviennent au juge de l'application des peines. En effet, la surveillance judiciaire est une modalité particulière d'exécution de la peine mais également une mesure de sûreté. Le juge de l'application des peines peut donc organiser les modalités du prononcé de la surveillance judiciaire. A cet effet, le juge de l'application des peines ordonne l'expertise médicale visant à faire apparaître la dangerosité du condamné¹⁷³. Il lui reviendra alors, comme dans le cadre de l'application des peines, d'apprécier les résultats de l'expertise.

Pourtant, le législateur a prévu une autre procédure parallèle à cette expertise. L'article 723-31-1 du Code de procédure pénale prévoit que le juge de l'application des peines, ou le procureur de la République peut demander le placement du condamné, pour une durée comprise entre deux et six semaines dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une « *évaluation pluridisciplinaire de dangerosité* » et saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Il est évident que cette évaluation s'apparente à une expertise. Le législateur a fait le choix de ne pas parler expressément d'expertise car une expertise médicale doit déjà être ordonnée. Pourtant, il semble que cette évaluation est une expertise mais une expertise qui rassemble plusieurs domaines d'évaluation pour apprécier l'ensemble de la situation du condamné.

En tant que modalité de la surveillance judiciaire et du suivi socio-judiciaire, le placement sous surveillance électronique mobile est ordonné par le juge de l'application des peines. La personne condamnée fera l'objet d'un « *examen destiné à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction* ». Le juge peut solliciter l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. On le voit, en cas de surveillance judiciaire et de placement sous surveillance électronique mobile, c'est le juge de l'application des peines qui est chargé de diligenter l'expertise médicale et l'évaluation pluridisciplinaire de sûreté (surveillance judiciaire) et l'examen destiné à évaluer la dangerosité du condamné et le risque de commission d'une infraction (PSEM).

Pourtant, dans les deux cas, il est proposé au juge de l'application des peines d'avoir recours à l'avis de la commission pluridisciplinaire de sûreté. Celle-ci est composée d'un président de chambre à la cour d'appel, du préfet de région, d'un directeur interrégional des services pénitentiaires compétent dans le ressort de la cour d'appel où siège la commission, d'un expert psychiatre, d'un expert psychologue, d'un représentant d'une association d'aide aux victimes, et d'un avocat¹⁷⁴.

Le condamné, dans le cadre de la surveillance judiciaire, fait donc l'objet d'une expertise médicale dont les conclusions doivent faire apparaître la dangerosité de celui-ci. Le juge de l'application des peines peut éventuellement demander une « *évaluation pluridisciplinaire des mesures de sûreté* » qui n'est rien d'autre qu'une expertise pluridisciplinaire. Enfin, le juge peut demander l'avis de la commission pluridisciplinaire de sûreté qui donnera son avis sur la dangerosité du condamné. Cette commission est composée de sept personnes dont deux experts.

¹⁷³ Art. 723-31 C. pr. pén.

¹⁷⁴ Art. R61-8 C. pr. pén.

Or, nous le verrons, les experts ont déjà des difficultés à établir la dangerosité du condamné. On peut alors douter de l'avis des autres membres de la commission sur l'éventuel récidive du condamné. A toutes les étapes, les experts sont tenus d'intervenir dans le processus judiciaire.

Dans le cadre du placement sous surveillance électronique mobile, aucune expertise médicale n'est prévue mais seulement un examen destiné à évaluer la dangerosité du condamné et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction, en d'autres termes, une expertise de dangerosité. Le code de procédure pénale ne précise pas les modalités de cet « examen » mais il semble très probable que le juge fera appel à un expert psychiatre ou à un expert psychologue ou les deux. Le juge de l'application des peines peut également demander l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, composé des mêmes membres. Une nouvelle fois, le juge est tenu de faire appel à l'expert qui devra se prononcer sur la dangerosité du condamné, même si les textes ne prévoient pas toujours le même examen.

Cette procédure incluant le juge de l'application des peines ainsi que la commission pluridisciplinaire de sûreté n'est pas exclusive. En effet, dans le cadre de la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté qui s'exécutent véritablement après la peine, le législateur a fait le choix d'avoir recours à une autre procédure.

Dans le cadre de la surveillance de sûreté qui peut suivre un suivi-socio judiciaire, une surveillance judiciaire ou encore une rétention de sûreté, le Code de procédure pénale a recours à une autre instance que le juge de l'application des peines. Les articles 723-37¹⁷⁵, 763-8¹⁷⁶ et 706-53-19¹⁷⁷ du Code de procédure pénale prévoient le même processus. La surveillance de sûreté ne peut être ordonnée sans « *expertise médicale constatant la persistance de la dangerosité* »¹⁷⁸. A cet effet, le juge de l'application des peines ou à défaut le procureur de la République, fait procéder à cette expertise et saisit la commission pluridisciplinaire de sûreté. Si l'expertise constate la persistance de la dangerosité de la personne condamnée et si la commission propose le placement sous surveillance de sûreté, le juge de l'application des peines ou à défaut le procureur de la République saisit la juridiction régionale de la rétention de sûreté¹⁷⁹ qui est composé d'un président de la chambre et de deux conseillers à la cour d'appel. Cette instance est donc composée de magistrats professionnels¹⁸⁰.

L'instance ordonnant la surveillance de sûreté est donc exclusivement composée de magistrats professionnels mais elle se prononce au vu d'une expertise médicale constatant la persistance de la dangerosité du condamné et de l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté composé de sept membres dont deux experts. L'appréciation de la dangerosité du condamné est du seul fait des experts, elle ne pourra que difficilement être remise en cause car, comme nous le verrons, très délicate, elle soulève des difficultés de compétences.

¹⁷⁵ Surveillance de sûreté suivant une surveillance judiciaire.

¹⁷⁶ Surveillance de sûreté suivant un suivi socio-judiciaire.

¹⁷⁷ Surveillance de sûreté suivant une rétention de sûreté.

¹⁷⁸ Art. 723-37 C. pr. pén.

¹⁷⁹ Art. R53-8-46 C. pr. pén.

¹⁸⁰ Art. R53-8-40 C. pr. pén.

Enfin, la rétention de sûreté constitue la mesure de sûreté la plus attentatoire aux libertés individuelles puisqu'elle prévoit le placement de la personne condamnée dans un centre socio-médico-judiciaire. A cette fin, seules les personnes présentant une « *particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* » peuvent faire l'objet de cette mesure et uniquement si elles ont été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour certains crimes¹⁸¹.

A cette fin, le juge de l'application des peines ou à défaut le procureur de la République saisit la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté qui doit évaluer la dangerosité du condamné. La commission demande le placement du condamné dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une « *évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts* ». Autrement dit, la personne condamnée est soumise à une expertise traditionnelle et à une seconde évaluation qui est en réalité une expertise pluridisciplinaire qui combine expertise psychiatrique ou psychologique ou les deux pour apprécier tous les facteurs de dangerosité possibles du condamné. Si la commission est favorable à la rétention de sûreté, le procureur général saisit la juridiction régionale de la rétention de sûreté qui prononcera ou non la mesure.

Quelque soit la procédure adoptée par le législateur pour le prononcé des mesures d'aménagement des peines et plus spécifiquement des mesures de sûreté, l'expertise se trouve au centre de la procédure que ce soit par l'obligation directe d'y avoir recours par le biais d'une expertise médicale ou plus implicitement par le biais d'examen destinée à évaluer la dangerosité du condamné et le risque de commission d'une nouvelle infraction ou encore par une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité.

De même, toutes les procédures visant au prononcé des mesures de sûreté font intervenir les experts que ce soit directement par le biais d'expertise médicale, ou par le biais de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté ou encore par le biais de l'évaluation pluridisciplinaire de dangerosité au sein d'un « *service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues* ». Ce dernier est en réalité un service au sein du centre national d'évaluation qui se trouve à Fresnes. Le gouvernement veut actuellement multiplier ces centres pour faciliter ces examens. Un nouveau centre a ainsi ouvert à Réau (Seine et Marne).

Le recours à l'expertise devient un véritable préalable nécessaire voire légitime dans le cadre des mesures de sûreté. Sous des termes explicites ou plus tacites, l'expertise est devenue omniprésente dans le processus judiciaire post-sentencielle même si la décision finale revient toujours à des magistrats professionnels que ce soit le juge de l'application des peines, ou la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Cette réalité vient au soutien des défenseurs des mesures de sûreté qui affirment que la décision finale ne reviendra jamais aux experts. Pourtant, comme nous le verrons, les magistrats peuvent très difficilement émettre un avis sur la dangerosité du condamné. Celui-ci est donc examiné par l'expert qui doit affirmer s'il est dangereux ou non. L'expertise de dangerosité est par conséquent au centre des attentions, malgré les difficultés inhérentes à sa réalisation.

¹⁸¹ Art. 706-53-13 C. pr. pén.

b. L'expertise de dangerosité, une expertise marquée par les disparités d'approches.

L'expertise se trouve au cœur des mesures de l'application des peines et au delà, au cœur des mesures de sûreté. Le but de telles expertises n'est pas la manifestation de la vérité comme c'est le cas durant l'instruction mais bien la prévention de la récidive en détectant une éventuelle dangerosité du condamné. Les textes sont d'ailleurs très clairs. La surveillance judiciaire est basée sur « *une récidive dont le risque paraît avéré* »¹⁸². Le placement sous surveillance électronique mobile est précédé d'un examen destiné à évaluer la dangerosité du condamné et à « *mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction* »¹⁸³, c'est à dire la récidive.

De même, lorsque la surveillance de sûreté est prononcée à la suite d'une rétention de sûreté, l'expertise doit établir que la personne « *présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13* »¹⁸⁴. Si la surveillance de sûreté suit un suivi socio-judiciaire ou une surveillance judiciaire, les textes¹⁸⁵ précisent simplement que doit être constatée « *la persistance de la dangerosité du condamné* ». Enfin, la rétention de sûreté ne doit être prononcée que si la personne condamnée présente « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive* » parce qu'elle souffre d'un « *trouble grave de la personnalité* »¹⁸⁶.

On s'aperçoit que les termes diffèrent et que le degré de récidive ne semble pas uniforme selon les mesures. On parle de « *risque avéré* », de « *risque de commission d'une nouvelle infraction* » ou encore de « *probabilité très élevée de récidive* ». Comment distinguer ces types de récidives ? Le législateur n'a pas fait correspondre le risque de récidive avec les conditions de prononcé d'une mesure de sûreté. Ainsi, la surveillance judiciaire ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne condamnée à une peine privative de liberté égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale alors que la surveillance de sûreté ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne condamnée à une réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13. Il semble donc que la surveillance de sûreté soit une mesure plus grave puisque les conditions pour la prononcer sont plus restrictives quant au quantum de la peine.

Pourtant, il suffit d'un simple « *risque de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13* » pour prononcer une surveillance de sûreté alors que la surveillance judiciaire ne peut être prononcée qu'aux fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré. Doit-on et peut-on distinguer un « *risque* » d'un « *risque avéré* » ? Le législateur ne semble pas avoir pris conscience de l'impact des mots utilisés. L'expert doit ainsi faire la différence entre un risque et un risque avéré. Est-ce opportun ou tout simplement est-ce possible ? Toute la difficulté réside dans la difficulté d'approche de la dangerosité qui caractérise ce risque de récidive.

¹⁸² Art. 723-30 C. pr. pén.

¹⁸³ Art. 763-10 C. pr. pén.

¹⁸⁴ Art. 706-53-19 C. pr. pén.

¹⁸⁵ Art. 723-37 et 763-8 C. pr. pén.

¹⁸⁶ Art. 706-53-13 C. pr. pén.

La plus grande difficulté tient donc à la difficulté de définition de la dangerosité. Il existe cependant quelques éléments permettant de délimiter le concept de dangerosité au sein des mesures de sûreté. La dangerosité est criminologique, c'est un « *phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens* »¹⁸⁷. La dangerosité criminologique s'oppose à la dangerosité psychiatrique qui est « *un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante* »¹⁸⁸. La dangerosité psychiatrique doit être détectée dès l'instruction puisque si l'individu est atteint d'un trouble mental ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, il bénéficiera d'une irresponsabilité pénale du fait d'un trouble psychique ou neuropsychique. A l'inverse, la dangerosité criminologique se base sur le risque de commettre une nouvelle infraction.

Pourtant, les frontières entre les deux types de dangerosité semblent aujourd'hui fragiles depuis l'introduction dans le Code de procédure pénale de la rétention de sûreté. Celle-ci n'est prononcée qu'à l'encontre de personnes présentant une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive « *parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* ». Un trouble grave de la personnalité s'apparente-t-il à une maladie mentale ? Selon les experts, un trouble, même grave, de la personnalité n'est pas une maladie mentale. En effet, le trouble de la personnalité est une « *catégorie bâtarde* » qui se rapproche de la catégorie de « *caractère déviant* »¹⁸⁹. La psychopathie est le trouble de la personnalité le plus retrouvé chez les auteurs de violence. Ainsi, alors que les troubles mentaux font l'objet d'un accord global des spécialistes, les troubles de la personnalité n'emportent pas de consensus dans le milieu médical. Les troubles graves de la personnalité ne sont donc pas des troubles mentaux.

La dangerosité criminologique se distingue également de la dangerosité carcérale. Celle-ci est caractérisée par la dangerosité d'un condamné au sein d'un établissement pénitentiaire, caractérisée par des violences, des risques d'évasion ou encore des tentatives de corruption. Pourtant, ce n'est pas parce qu'un condamné est dangereux dans un établissement pénitentiaire qu'il récidivera à l'extérieur. De même, ce n'est pas parce qu'un condamné a un comportement sans risques en prison qu'il ne risquera pas de récidiver.

Par conséquent, les experts doivent être attentifs à ces différences de terminologie quant au risque de récidive mais également aux différences de notions qui doivent être utilisées dans le cadre d'une expertise de dangerosité. Une erreur de terminologie peut avoir de graves conséquences, pouvant aller jusqu'à la privation de liberté dans le cadre de la rétention de sûreté. Les experts sont ainsi appelés à déterminer si le condamné présente une dangerosité criminologique. Malgré les distinctions opérées par le législateur pour caractériser le risque de récidive, l'expert est toujours amené à mettre en œuvre une méthode d'évaluation, qui tend aujourd'hui à se transformer, malgré de nombreuses réticences de la part des experts.

¹⁸⁷ Rapp. Garraud, « Réponses à la dangerosité, 2006, p. 18.

¹⁸⁸ Ibid, p. 15.

¹⁸⁹ S. CHICHE, Rencontre avec Anne Andronikov : peut-on prédire la récidive ? Article de la rubrique « affaires criminelles », Grands dossiers n° 25, déc 2011/janv-fev 2012,

La méthode privilégiée en France est la méthode clinique. Celle ci repose sur « *un entretien, tendant au recueil de fait et de témoignages, focalisé sur la manière dont les événements ont été vécus et interprétés par le sujet* »¹⁹⁰. La méthode clinique privilégie donc les entretiens, les anamnèses (récit du passé de l'individu) et les tests psychologiques¹⁹¹. La relation humaine est privilégiée, sous forme d'entretiens avec le condamné pour détecter d'éventuels facteurs de dangerosité et tenter de les comprendre pour ensuite les atténuer ou les supprimer.

L'évaluation clinique peut se décliner sous différentes formes d'entretiens. Ainsi, l'évaluation intuitive se base sur un entretien libre, l'évaluation anamnésique se fonde sur les antécédents historiques de la personne examinée, et l'analyse du contexte des violences antérieures, et l'évaluation semi-structurée se base sur des outils regroupant les connaissances du moment dans le domaine du risque de violence¹⁹² (le test HCR-20 se fonde sur l'historique : la violence antérieure, les problèmes d'emploi, les troubles de la personnalité, sur une analyse clinique : une introspection difficile, des attitudes négatives, de l'impulsivité, et sur la gestion du risque : des plans irréalisables, le manque de soutien personnel, le stress¹⁹³). Cependant, en France, l'entretien libre reste la règle.

Une autre méthode d'évaluation tend aujourd'hui à s'implanter en France. En effet, la méthode actuarielle, en provenance des Etats Unis semble avoir les faveurs du législateur qui voit dans cette méthode un moyen plus fiable dans l'évaluation de la dangerosité. « *L'appréciation finale du risque de violence d'un individu est rendu de façon algorithmique sur la base de règles fixes, explicites, préexistantes et d'un rapport démontré entre une série de variables et le risque de violence* »¹⁹⁴. La méthode actuarielle se fonde ainsi sur des échelles ou tables de prédiction de récurrence. Les méthodes actuarielles amoindrissent le rôle de l'expert, celui ci n'étant plus résolu qu'à constater « le score obtenu » par la personne condamnée. Ce qui fonde véritablement l'expertise, c'est à dire l'interprétation, n'existe plus dans la méthode actuarielle.

Pourtant, cette méthode est favorisée par le législateur. Le rapport annexé à la loi du 27 mars 2012¹⁹⁵ précise que « *pour que l'évaluation de la dangerosité criminologique puisse progresser, il convient également d'engager une réflexion sur les outils et les méthodes à la disposition des praticiens. Si la méthode clinique, qui repose sur des entretiens avec la personne et son observation dans le cadre d'expertises psychiatriques, est aujourd'hui bien établie dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité psychiatrique, la méthode actuarielle fondée sur des échelles de risques est, pour sa part, insuffisamment utilisée par l'institution judiciaire dans son ensemble* ».

¹⁹⁰ Rapp. Garraud, « Réponses à la dangerosité », 2006, p. 44.

¹⁹¹ A. COCHE, Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? RSC 2011, p. 21

¹⁹² L'évaluation semi-structurée rassemble les deux autres techniques.

¹⁹³ P. CONTE, S. TZITZIS, G. BERNARD, Peine, dangerosité, quelles certitudes ? Essais de philosophie pénale et de criminologie, volume 9, Dalloz, 2010, p. 120.

¹⁹⁴ Rapp. Garraud, « Réponses à la dangerosité », 2006, p. 44.

¹⁹⁵ L. n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines

De même, est privilégiée l'approche pluridisciplinaire de la dangerosité criminologique. Le rapport précise que *« l'évaluation de la dangerosité criminologique des personnes placées sous main de justice doit s'inscrire dans une approche résolument pluridisciplinaire, afin d'appréhender l'ensemble des facteurs, psychologiques, environnementaux et contextuels, susceptibles de favoriser le passage à l'acte »*.

Pourtant, la majorité des expertises de dangerosité sont confiées à des psychiatres et/ou des psychologues. Le législateur regrette que la dangerosité ne soit approchée que d'une manière médicale. Ainsi, *« si l'ensemble des acteurs judiciaires s'est aujourd'hui approprié l'évaluation de la dangerosité psychiatrique, il n'en va pas encore complètement de même pour l'évaluation de la dangerosité criminologique, qui reste trop peu prise en compte. Le fait que la France souffre d'une offre de formation insuffisante en criminologie est, à cet égard, révélateur »*. Il est alors proposé de développer les formations en criminologie au sein des universités et de favoriser la création de parcours offrant une formation solide en criminologie. D'ailleurs, une proposition de loi fut déjà déposée à cet effet le 21 septembre 2011, tendant à créer une Ecole nationale de psycho-criminologie et portant diverses mesures relatives à l'évaluation de la dangerosité. La proposition suggère la création d'une formation diplômante de psycho-criminologie, le développement de la recherche en criminologie et en profilage et l'élaboration d'outils actuariels d'évaluation de la dangerosité criminologique.

En conclusion, nous pouvons observer que l'expertise est devenue omniprésente dans le processus judiciaire post-sentenciel. L'expert est appelé dans différentes phases, du prononcé d'une libération conditionnelle au prononcé d'une rétention de sûreté. Quelque soit les instances appelées à se prononcer sur la dangerosité du condamné, l'expert est constamment sollicité pour se prononcer. De même, nonobstant les termes utilisés par le législateur, l'expertise de dangerosité reste l'expertise au cœur de l'application des peines et des mesures de sûreté. Pourtant, les assises de l'expertise de dangerosité restent soumis à de multiples approches, ce qui favorise les critiques à son égard. Ainsi, l'expertise de dangerosité a été remise en cause dès son entrée dans le Code de procédure pénale et a soulevé de multiples controverses.

Section II : La remise en cause de l'expertise de dangerosité.

Malgré sa récente introduction dans le processus judiciaire post-sentenciel, l'expertise de dangerosité fait l'objet de nombreuses controverses tant de la part des magistrats que des experts eux mêmes. Pourtant, alors que l'expertise de dangerosité ne jouie pas d'un consensus unanime à son sujet, le législateur y a constamment recours, notamment lorsqu'il crée de nouvelles mesures de sûreté. La surveillance judiciaire, le placement sous surveillance électronique, la surveillance de sûreté ou encore la rétention de sûreté sont subordonnés à l'existence d'une expertise dont les résultats font apparaître la dangerosité criminologique du condamné. Cependant, l'expertise de dangerosité est aujourd'hui attaquée de toute part. Celle ci semble désormais décrédibilisée compte tenu de sa très faible fiabilité (paragraphe 1). Par l'absence de consensus sur sa crédibilité, l'expertise de dangerosité fragilise l'entière philosophie des mesures de sûreté, telles qu'elles existent actuellement en France (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les vicissitudes inhérentes à l'expertise de dangerosité.

L'expertise de dangerosité semble aujourd'hui bien compromise lorsque l'on s'interroge sur sa pertinence. Au regard des moyens actuellement mis à la disposition des experts, l'expertise de dangerosité n'apparaît pas comme un critère fiable d'évaluation de la dangerosité d'un individu. En effet, celle-ci reste une notion fuyante dont il apparaît qu'elle ne pourra jamais être saisie entièrement par les experts (a). Les instruments d'évaluation de la dangerosité criminologique apparaissent aujourd'hui comme des outils erronés qu'il conviendrait de remodeler ou de supprimer (b).

a. La dangerosité, « un concept flou aux conséquences bien visibles »¹⁹⁶.

La notion de dangerosité est au cœur des préoccupations expertales dans le processus post-sentenciel. L'expert doit distinguer la dangerosité psychiatrique de la dangerosité criminologique. Cette dernière est la seule à pouvoir être étudiée par l'expert après une condamnation pénale. Pourtant, les difficultés ne s'arrêtent pas là. En effet, la dangerosité est un concept fuyant dont les spécialistes n'arrivent guère à en tracer tous les caractéristiques. Il apparaît également que la dangerosité est une notion relative dans l'espace mais également dans l'appréciation de l'expert.

En France, les mesures de sûreté ont été créées à la suite de faits divers tragiques. Nous le verrons, ces derniers ont mobilisé l'opinion publique et ont poussé le législateur à intervenir avant même de savoir si une expertise était nécessaire et même opportune dans ce cadre. Ces faits divers étaient relatifs à des faits d'atteintes sexuelles, de viol et d'agressions sexuelles de récidivistes. En réaction, le législateur a pris des mesures pour lutter contre la récidive des délinquants sexuels. Il en est résulté que le pédophile est devenu le symbole du délinquant qui fait peur et contre lequel il faut prioritairement lutter car particulièrement dangereux. C'est ainsi que la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté ne peuvent être prononcées qu'à l'encontre de personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineur, d'assassinat ou de meurtre, de tortures ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration. Il en est de même pour les crimes commis sur une victime majeure lorsque les crimes sont aggravés ou commis en état de récidive légale. Sont prioritairement visés les crimes commis sur des mineurs. Le pédophile est devenu celui à isoler de la société, et spécialement les pédophiles récidivistes.

La dangerosité criminologique a donc été conçue dans les mesures de sûreté à travers le prisme du délinquant sexuel récidiviste. Pourtant, la notion de dangerosité criminologique correspond simplement au risque de récidive ou de réitération d'une nouvelle infraction emprunte d'une certaine gravité. Pourquoi se focaliser sur les délinquants sexuels ? Il est d'autres faits criminels ou délictueux qui sont tout aussi dangereux mais qui ne sont pas pris en compte par le législateur.

¹⁹⁶ P. MBANZOULOU, La dangerosité des détenus, un concept flou aux conséquences bien visibles, le PSEM et la rétention de sûreté, AJ Pénal 2008, p. 171.

Ainsi, certains agissements environnementaux ou boursiers peuvent être dangereux pour l'environnement ou l'économie. Pourtant, ces actes qui peuvent être des délits ou des crimes ne font pas l'objet d'une attention particulière de la part du législateur. La récidive ou la réitération des délits environnementaux ou boursiers sont traitées d'une manière générale sans spécificité aucune. L'approche de la dangerosité criminologique par le législateur est donc sélective, elle se focalise non pas sur tous les condamnés mais sur certains condamnés qui sont spécialement visés à travers l'édiction de mesures de sûreté.

Le législateur fait donc appel à l'expert afin de déterminer s'il existe un risque de récidive des délinquants sexuels. La détermination de cette dangerosité paraît nécessaire à ce type particulier de criminels. En effet, la récidive des délinquants sexuels, et plus largement de la délinquance sexuelle déroute par son irrationalité. Autant la délinquance économique ou environnementale peut être motivée par le profit, autant la délinquance sexuelle ne peut s'expliquer dans l'esprit de l'opinion publique. La dangerosité des délinquants sexuels paraît alors difficile à cerner, l'expert est alors appelé pour déterminer quelle est l'origine de cette dangerosité et quelle est son degré. L'expert semble être le seul à même d'évaluer ce risque de récidive ou le quantifier.

La place prédominante du délinquant sexuel, notamment dans les dernières mesures de sûreté que sont la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté n'est pas universellement acceptée. Dans d'autres pays, les mesures de sûreté nécessitant le recours à un expert évaluant la dangerosité d'un condamné ne sont pas tournées vers les délinquants sexuels mais vers d'autres formes de dangerosité. Ainsi, en Italie, l'appartenance aux mouvements terroristes ou aux réseaux de crime organisé retiendra d'avantage l'attention du législateur, tout comme aux Etats unis où le terroriste reste la menace ultime, suivi par le délinquant sexuel. En revanche, en Angleterre, l'auteur d'incivilités sera au centre des attentions.

L'appréciation de la notion de dangerosité semble irréversiblement variable en fonction de ce que le législateur perçoit comme un danger pour la société. Le législateur procède ainsi à une sélection de dangerosités des comportements. Ce n'est pas « *le risque objectif qui est pris en compte mais seulement le risque que font courir certains pour ce qu'ils sont ou pour ce que la société présume qu'ils sont* »¹⁹⁷. Les délinquants sexuels semblent la préoccupation première des politiques, au lendemain de faits divers tragiques mais occasionnels. L'expert est alors appelé à expliquer l'inexplicable.

Cette diversité de dangerosités que l'expert doit appréhender se double d'une diversité des composantes de la dangerosité. L'appréciation de la dangerosité relève d'un pronostic plus que d'un diagnostic. En effet, le premier est une prévision sur l'avenir alors que le second est un état des lieux du présent. Comme tout pronostic, l'expertise de dangerosité est soumise à des aléas. Tous les experts s'accordent pour dire que la dangerosité est la combinaison de multiples facteurs. Elle est traditionnellement appréhendée sous deux facettes qui se combinent : la situation individuelle et la situation environnementale. La combinaison des deux peut aboutir à une certaine dangerosité que l'expert devra évaluer.

¹⁹⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi, RSC 2010, p.69.

La dangerosité doit ainsi tenir compte des fluctuations individuelles du condamné mais également des conditions environnementales. L'expert peut être en mesure d'évaluer les comportements à risques en relation avec la personnalité du condamné et avec ses agissements ainsi que des indices pouvant laisser penser qu'il récidivera dès sa sortie. Cette phase de l'expertise ressort plus d'un diagnostic visant à recenser les signes ou les indices d'une récidive éventuelle.

En revanche, l'expert ne pourra cependant pas prévoir les situations à risques à même de déclencher l'acte infractionnel. Puisque le crime est le résultat de la rencontre entre un comportement à risque et une situation favorisant le passage à l'acte, il est impossible de prédire la survenance d'un crime si l'expert n'est pas capable de déterminer quelle situation favorisera la survenance du crime ou si elle est susceptible de se présenter, d'autant plus que l'association des deux n'est pas toujours systématique. Un individu présentant des indices de récidive ne passera pas forcément à l'acte dans une situation qui favorise pourtant le passage à l'acte. A l'inverse, une personne présentant des indices de récidive pourra passer à l'acte dans une situation anodine. Certains auteurs estiment même que la dangerosité possède trois composantes : l'auteur, la situation criminogène et la victime. La capacité à prédire la récidive devient alors périlleuse et devient un « *exercice d'équilibriste* »¹⁹⁸.

L'appréciation de la dangerosité dépend, en plus, des critères sélectionnés par l'expert. Cette sélection suppose une simplification qui pourrait aboutir à une déformation du réel. C'est pourquoi le législateur tend aujourd'hui à privilégier l'approche pluridisciplinaire de la dangerosité pour prendre en compte tous les facteurs pouvant être à l'origine d'un passage à l'acte. Pourtant, l'existence de facteurs de récidive n'est pas toujours évidente et il convient de faire la part des choses entre facteurs et conséquences. Ainsi, un échec scolaire peut être un facteur de passage à l'acte tout autant qu'une conséquence de l'entrée dans la délinquance. Certains facteurs peuvent eux mêmes être la conséquences d'autres facteurs que l'expert doit identifier. Certains ont alors proposé de développer la recherche sur les facteurs du crime, qui serait notamment favorisé dans l'Ecole nationale de la criminologie, objet de la proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale.

La difficulté d'appréhension du concept de dangerosité est issue de longues incertitudes quant à la notion de dangerosité. Certains ont d'abord remis en doute l'existence de tout état dangereux. La criminologie critique estime que la dangerosité n'est pas une donnée réelle mais une construction de l'homme dépendant de la législation de chaque pays à divers moments de son histoire. La dangerosité est caractérisée par la probabilité de commettre à nouveau un acte infractionnel. Or, l'acte infractionnel est le fait du législateur qui édicte des règles pour le bon fonctionnement de la société. On peut donc estimer que si le législateur n'érigeait pas en infraction certains comportements, il n'existerait pas d'infractions et donc pas de récidive ni d'état dangereux. Or, c'est oublier la délinquance naturelle qui existe indépendamment de l'intervention de l'homme dans un processus juridique et qui peut être appréhendée en dehors de toute infraction au sens juridique du terme.

¹⁹⁸ M. AGRAPART, La dangerosité criminologique, un concept à la mode, in P. CONTE, S. TZITZIS, G. BERNARD, Peine, dangerosité, quelles certitudes ? Essais de philosophie pénale et de criminologie, volume 9, Dalloz, 2009, p. 306.

Ensuite, la notion de dangerosité n'a pas toujours été dénommée de la sorte. Les positivistes ont été les premiers à tenter d'introduire la notion de dangerosité dans le système juridique pénal. Le terme nocuité a d'abord été utilisé pour désigner ce qui est dangereux pour la santé intellectuelle ou morale de l'individu. Ensuite, le terme périculosité a été employé par Garofalo¹⁹⁹ pour désigner la dangerosité. La caractéristique de la théorie positiviste est qu'elle ne s'appuie pas sur la notion de libre arbitre et de discernement, assise essentielle à la responsabilité mais sur le déterminisme. Celui-ci permettrait l'édiction de mesure de sûreté à même de neutraliser le criminel dangereux. Dans ce système, le juge serait remplacé par l'expert qui seul pourrait déterminer si l'individu est dangereux. L'état dangereux, pour les positivistes, reste immuable puisque l'homme subit un déterminisme quant à ses actes. La notion de dangerosité est donc issue d'un lourd héritage dont il convient d'éclipser les aspects les plus controversés.

Le concept de dangerosité reste donc encore très flou pour pouvoir être exploité. Divergente selon les pays dans lesquels elle voit le jour, la dangerosité ne se réduit pas à l'unité mais peut se décliner sous différentes coutures. Il n'existe pas une dangerosité mais plusieurs dangerosités. Il existe cependant certains dénominateurs communs à ces déclinaisons. La dangerosité est toujours la conjonction d'une situation individuelle et d'une situation pré-criminelle. Alors que la première peut être diagnostiquée, la seconde ne peut faire l'objet que d'un pronostic. L'expertise de dangerosité devient alors un simple pari sur l'avenir, l'homme étant incapable de prédire le comportement humain, par nature imprévisible. Le législateur y a cependant recours, y voyant un véritable moyen bénéfique d'éviter la récidive des criminels les plus « dangereux ». Pourtant, à l'absence de certitudes quant à la notion de dangerosité, s'ajoute également des moyens inappropriés quant à l'évaluation de cette dangerosité.

b. L'inappropriation des moyens d'évaluation de la dangerosité.

Nous l'avons vu, les experts français utilisent principalement la méthode clinique pour évaluer la dangerosité des condamnés. La méthode actuarielle tend pourtant à se développer sous l'impulsion du législateur qui y voit une certaine rationalité. Ni l'une ni l'autre ne permet cependant d'avoir des résultats fiables quant à la dangerosité du condamné. Deux types d'erreurs peuvent être soulevées. Le « faux négatif » consiste pour l'expert à affirmer que l'individu n'est pas dangereux pour constater plus tard qu'il a récidivé. Beaucoup plus dommageable, le « faux positif » consiste pour l'expert à affirmer que le délinquant est dangereux et donc qu'il récidivera alors que finalement, il respectera la loi. Certains experts estiment que 50 à 75 % des expertises de dangerosité sont des « faux positifs »²⁰⁰. De même, les expertises concernant les délinquants considérés comme comportant les risques les plus élevés de récidive ne seraient fiables qu'à 30 %. L'expertise de dangerosité est donc loin d'avoir une approche scientifique qui garantirait un taux élevé de résultats fiables.

¹⁹⁹ Garofalo (1851-1934) était un magistrat et criminologue positiviste italien, disciple de Lombroso. Il fut à l'origine de l'ouvrage *Criminologie*, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité en 1885.

²⁰⁰ A. COCHE, Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? RSC 2010, p. 21

Cela n'empêche pas certains experts de croire à cette expertise alors que d'autres pensent qu'une personne poursuivie ou condamnée aurait 20 % moins de risques d'être considérée comme dangereuse si l'on déterminait ce point en jouant à « pile ou face ». L'approche méthodologique de la dangerosité reste en suspension lorsque l'on observe ces chiffres qui peuvent avoir des conséquences très dommageables, notamment concernant les faux positifs qui peuvent entraîner une mesure de sûreté, donc une privation de liberté alors que la personne ne serait pas dangereuse. De plus, les experts sont tentés par la technique du parapluie qui consiste à ne plus exclure un risque à propos duquel on n'a d'autant moins de certitude que l'on n'est pas compétent pour l'apprécier et que l'on ne dispose d'aucun moyen scientifique pour le prévoir²⁰¹. Doit-on prendre ce risque ? Doit-on sacrifier les libertés individuelles au profit d'une éventuelle dangerosité que personne, même les experts, n'arrivent à quantifier ou à identifier ?

Cette réalité est accentuée depuis l'apparition de la méthode actuarielle. Celle-ci se base sur des tables de prédiction qui donnent un « taux de dangerosité » qu'il faudrait ensuite adapter à la terminologie des textes pour savoir si le risque est avéré ou non, si la personne examinée souffre de troubles de la personnalité ou non, si la probabilité de récidiver est élevée ou non. La méthode actuarielle semble bien loin des considérations humaines qui sont à la base de notre droit pénal. L'expert n'aurait plus qu'à constater les résultats et les transmettre au juge qui prendra ensuite sa décision au regard du taux de dangerosité. Le rôle de l'expert en serait considérablement réduit, sa fonction principale étant d'interpréter les résultats qu'il a trouvés serait réduite à néant si l'appréciation de la dangerosité se limitait à un simple calcul. Les résultats pourraient être interprétés comme des résultats scientifiques alors qu'ils ne le sont pas.

La méthode actuarielle est importée des Etats unis où les tables de prédiction sont largement répandues puisqu'en 2008, 28 Etats l'utilisaient²⁰². Ainsi, la dangerosité permet d'orienter les discussions sur la peine. En Virginie, les juges, dans les affaires de viol, n'ont qu'à remplir un document (le « Sex offender rape sentencing sheet ») pour déterminer un score traduisant un degré de risque. Les « guidelines » dont les juges disposent reposent sur les comportements infractionnels et le passé infractionnel de l'individu. Ils serviront ainsi à déterminer la peine mais également à examiner les demandes de libération conditionnelle.

La combinaison de la méthode clinique et de la méthode actuarielle ne permet pas non plus d'obtenir des résultats fiables. Pourtant, certains experts font confiance à la science et prédisent de progrès futurs permettant un jour de déterminer très précisément si un individu récidivera ou non. Il a ainsi été proposé que les experts soient mieux formés et que leur expérience « hors expertise » soit plus développée pour ne pas aboutir à des experts professionnels qui s'éloigneraient trop des bases dites « scientifiques » d'évaluation de la dangerosité. Il apparaît cependant qu'une meilleure formation des experts ne comblerait pas les limites inhérentes à l'expertise qui se base sur un objet qui ne peut faire l'objet d'un pronostic : le comportement humain.

²⁰¹ M. HERZOG-HEVANS, Mesures de sûreté : les risques pour les libertés publiques d'expertises craintives, AJ Pénal 2009, p. 321.

²⁰² N. JEANNE et V. MAQUET, Jacob, Megan, Adam, les nouvelles figures juridiques de la dangerosité aux Etats Unis, in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et C. LAZERGÉS, La dangerosité saisie par le droit pénal, PUF, 2011, p 220 et s.

Les méthodes d'évaluation de la dangerosité ne pourront jamais aboutir à de résultats fiables car les experts sont confrontés à des obstacles infranchissables²⁰³. D'abord, l'expert ne pourra jamais savoir s'il a émis un « faux positif ». En effet, s'il estime que la personne examinée est dangereuse, elle pourra être placée en rétention de sûreté. Ainsi, il ne pourra jamais savoir si la personne récidivera ou non puisqu'elle est placée dans un centre socio-médico-judiciaire qui la prive de liberté. L'expert prend ainsi moins de risques à déclarer un individu dangereux que l'inverse. Ensuite, le législateur favorise la formation criminologique pour effectuer des expertises de dangerosité. La criminologie n'est cependant pas une « science ». Les incertitudes liées aux facteurs de criminalité ne peuvent être résolues, tout comme les discussions sur l'existence même de tout état dangereux. Enfin, l'expertise de dangerosité se heurte inévitablement aux aléas inhérents aux pronostics. Il s'agit d'un pari sur l'avenir, pas d'une certitude. Tout jugement par anticipation comporte une part d'arbitraire.

Il a d'ailleurs été prouvé par certains experts que deux expertises de dangerosité effectuée par deux experts différentes peuvent considérablement varier. Les experts se prononceraient au vu de leurs expériences cliniques et sur leurs intuitions personnelles. De même, les informations contenues dans le casier judiciaire fausseraient la vision de l'expert car une personne qui a commis un délit est potentiellement plus dangereuse qu'une personne n'ayant pas de casier judiciaire. L'expertise de dangerosité ne serait pas plus fiable que de simples prédictions astrologiques.

Que faut-il alors faire ? Plusieurs pistes ont été avancées. Le législateur privilégie l'approche pluridisciplinaire de la dangerosité croyant ainsi que la multitude d'approches permettra de combler les erreurs d'appréciation d'un seul expert. Il est certain qu'une expertise effectuée par plusieurs experts dans plusieurs domaines ne peut que réduire les risques d'erreur. Néanmoins, cette approche n'offrira jamais de certitudes à même de justifier une mesure de sûreté. Cependant, certains auteurs croient à cette méthode et affirment que « *sans qu'elle puisse offrir une quelconque garantir de résultat, l'approche pluridisciplinaire paraît donc être la mieux à même de fournir un diagnostic complet de l'état d'une personne ainsi que l'évaluation la plus fine possible de sa dangerosité éventuelle* »²⁰⁴. Une privation de liberté ne mérite-t-elle pas une obligation de résultats ? Il apparaît qu'un simple « diagnostic » permet de se prononcer sur la dangerosité d'un individu.

D'autres solutions ont pu être proposées. A défaut de certitudes, les experts pourraient ainsi se prononcer au mieux de leurs connaissances pour mettre en lumière les difficultés qu'ils ont pu éprouver durant le déroulement de l'expertise. Les juges ayant la compétence de prononcer une mesure de sûreté pourront ainsi relativiser les résultats de l'expertise de dangerosité. Cette solution paraît bien faible eu égard au prestige des experts et leur place dans le processus décisionnel. De même, des précisions quant à la définition de la dangerosité pourraient permettre aux experts de mieux cerner ce qu'ils ont à examiner. Pourtant, les incertitudes quant à l'évaluation de la dangerosité ne disparaîtront pas et les résultats seront toujours aussi peu fiables.

²⁰³ A. COCHE, Faut-il supprimer les expertises de dangerosité, RSC 2011, p.21.

²⁰⁴ Rapp. Garraud, « Réponses à la dangerosité, p. 79.

Enfin, le législateur a proposé de développer l'expertise criminologique, notamment en créant une Ecole nationale de la criminologie. Les experts psychiatres seront délestés de la charge de procéder à cette expertise. Cette réforme paraît nécessaire mais sans conséquences. Elle paraît nécessaire car l'attribution de l'expertise de dangerosité aux psychiatres est aujourd'hui contestée. En effet, le rôle des experts psychiatres est d'abord médical. Les psychiatres ont pour mission de soigner les malades mentaux et les personnes atteintes de troubles psychiatriques. Leur rôle est donc d'abord de déterminer la dangerosité psychiatrique. Si l'expertise de dangerosité est d'abord confiée à des psychiatres c'est que l'existence d'une potentielle récidive est perçue comme un signe d'une maladie mentale alors qu'en aucun cas la probabilité de récidiver n'est un indice de maladie mentale.

Il a ainsi été dénoncé l'exploitation trop massive des experts psychiatres, ce qui explique la désaffection des psychiatres pour les expertises. L'augmentation du nombre d'expertises psychiatriques réalisées sur les auteurs d'infractions pénales entre 2002 et 2009 est évaluée à 149 % pour un nombre constant d'experts psychiatres de 537 inscrits sur les listes des cours d'appel. Alors qu'en 2002, le ratio était de 61 expertises par expert psychiatre par an, ce ratio a été porté en 2009 à 151²⁰⁵. Les expertises médico-psychologiques alliant psychiatrie et psychologie ont ensuite été utilisées mais les expertises de dangerosité restent très largement attribuées à des psychiatres.

Il apparaît donc que les moyens existants permettant d'évaluer le risque de récidive sont inefficaces et inopérants malgré l'apparition des méthodes actuarielles qui donnent simplement l'illusion de résultats scientifiques. La notion de dangerosité reste encore très floue et finalement inaccessible tant ses composantes sont fluctuantes et imprévisibles. Il est aujourd'hui impossible de prédire un comportement humain malgré la présence de signes avant coureurs permettant aux experts de faire un diagnostic, c'est à dire un état des lieux de l'état de la personne examinée. Néanmoins, une projection dans le futur reste hypothétique et le pronostic que doivent faire les experts n'est pas plus empreint de certitudes.

Les méthodes employées afin d'évaluer concrètement la dangerosité d'un individu sont inadaptées à l'objet étudié. La méthode clinique, la méthode actuarielle ou la combinaison des deux sont impropres pour évaluer le risque de récidive. Les quelques solutions proposées tant par le législateur que par la doctrine ne sont pas moins inefficaces car l'expertise de dangerosité elle-même n'est pas fiable car elle se base sur le comportement humain, par nature imprévisible.

Les doutes concernant la pertinence de l'expertise de dangerosité n'ont pas empêché le législateur d'y avoir constamment recours dans le cadre des mesures de sûreté, favorisant actuellement les méthodes actuarielles en les combinant avec les méthodes cliniques. Le législateur n'entend pas supprimer cette expertise qui fonde véritablement les mesures de sûreté. Il apparaît alors que l'expertise de dangerosité sert d'assise au prononcé des mesures de sûreté. Au regard du peu de fiabilité que présentent ces expertises, leur utilisation semble être un instrument de légitimation d'une politique de plus en plus répressive.

²⁰⁵ Rapp. annexé à la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines.

Paragraphe 2 : Une recherche de certitudes au service de la répression.

L'expertise est au cœur des mesures de sûreté, elle en est l'assise fondamentale pour ainsi légitimer le besoin de plus en plus pressant de contrôle de l'individu. Le législateur, dans le mouvement européen de reconnaissance des mesures de sûreté, a progressivement entériné ces mesures. Pourtant, elles se distinguent des peines. Autant la peine a pour support une infraction, autant les mesures de sûreté n'ont pas ce soutien et doivent s'appuyer sur une autre donnée. C'est ainsi que le concept de dangerosité a trouvé sa place comme soutien au prononcé des mesures de sûreté. La dangerosité n'est cependant pas un concept juridique et relève d'une approche pluridisciplinaire qui ne saurait avoir un degré de certitude très élevé. Le législateur a pourtant choisi la dangerosité comme fondement des mesures de sûreté. Il semble alors que la dangerosité soit la clé de voûte des nouvelles lois sécuritaires (a). Au regard des incertitudes liées à l'expertise de dangerosité, il pourrait paraître plus raisonnable d'abandonner les mesures de sûreté et de revenir à une conception plus traditionnelle du droit pénal (b).

a. L'expertise, clé de voûte des lois sécuritaires.

Les mesures de sûreté ont été progressivement introduites dans notre droit pénal à la faveur de lois successives, parfois votées grâce à la procédure d'urgence²⁰⁶. La loi du 12 décembre 2005 fut la première remarquée puisqu'elle a créé la surveillance judiciaire et le placement sous surveillance électronique²⁰⁷. Le condamné est alors tenu à des mesures de contrôle qui permet à la société de s'assurer qu'il met tout en œuvre pour assurer sa réinsertion, permettant ainsi d'éviter une possible récidive. La loi du 25 février 2008 fut ensuite à l'origine de vives critiques puisqu'avec la création de la surveillance de sûreté mais également de la rétention de sûreté, une personne considérée comme dangereuse pour la société peut désormais faire l'objet d'une privation de liberté qui peut être illimitée.

Le législateur a créé une véritable toile d'araignée permettant à la société d'avoir un contrôle perpétuel sur les personnes jugées dangereuses. En effet, toutes les mesures de sûreté forment un ensemble, ce qui permet de passer d'une mesure à une autre. Ainsi, après avoir exécuté une surveillance judiciaire, une personne condamnée peut ensuite faire l'objet d'une surveillance de sûreté qui peut se transformer en rétention de sûreté. Le condamné peut ensuite être de nouveau soumis à une surveillance de sûreté et repasser par une rétention de sûreté. Ce mouvement peut être perpétuel puisque la rétention de sûreté peut être renouvelée indéfiniment et peut se transformer en surveillance de sûreté autant de fois que la juridiction régionale de la rétention de sûreté l'estime nécessaire. Toutes ces mesures sont prononcées à la suite d'une expertise visant à établir le risque de récidive du condamné. Ainsi, si l'expertise conclut que le condamné est dangereux, il peut passer sa vie sous contrôle.

²⁰⁶ La procédure d'urgence permet de voter une loi après qu'une seule lecture par assemblée.

²⁰⁷ La loi du 9 mars 2004 a créé le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes. L'obligation qui pèse sur les personnes fichées se limitent à l'obligation de déclarer au commissariat son adresse durant une durée et une périodicité déterminée.

Alors que les mesures de sûreté engagent véritablement les libertés individuelles, le système aujourd'hui mis en place n'a pas été bâti à la faveur de discussions sur la nécessité de ces mesures ou sur leur fondement. En effet, c'est à la suite de faits divers que ces lois successives ont été adoptées, pour répondre à un besoin de justice des victimes plus qu'à un véritable besoin de législation. La loi du 12 décembre 2005 fut votée à la suite du meurtre de Nelly Cremel en juin 2005 par deux individus dont un était sorti de prison deux ans plus tôt sous le régime de la libération conditionnelle pour un premier meurtre. La loi du 25 février 2008 fut adoptée à la suite de l'affaire Francis Evrard. Ayant enlevé, séquestré et violé un garçon de cinq ans, il avait été libéré un mois plus tôt après 18 ans de prison pour viol aggravé. La loi du 10 mars 2010 qui apporta des modifications aux différentes mesures de sûreté, fit suite à l'enlèvement, à la séquestration, au viol et à l'assassinat de Marie Christine Hodeau par Manuel Da Cruz en septembre 2009 après être sorti de prison deux ans plus tôt sous le régime de la libération conditionnelle après le viol d'une adolescente.

Ces drames ont cristallisé les tensions au sein de la société sur la question de la récidive. L'opinion publique n'a pas compris pourquoi des récidivistes avaient été relâché et bénéficiaient parfois de libération conditionnelle alors même qu'elle y voyait de dangereux individus prêt à recommencer dès leur sortie. Le discours sur la récidive des délinquants sexuels a été repris par les politiques qui y ont vu une défaillance du système judiciaire et un besoin de législation.

Pour éviter la récidive, et spécialement la récidive des délinquants sexuels, le législateur a dû s'appuyer sur une autre philosophie que celle des peines qui s'appuie sur la reconnaissance de la culpabilité de l'individu à la suite de la preuve de la matérialité de l'infraction ainsi que sur la preuve de l'élément moral de celle-ci. La peine s'appuie donc sur un acte passé, un acte infractionnel défini par la loi. La peine est une réponse au désordre social causé par l'infraction. Comment faire lorsque la société veut se protéger d'individus considérés comme dangereux ? La mesure de sûreté a été considérée comme la meilleure solution. L'exposé des motifs du projet de loi du 25 février 2008 notait à cet égard que *« il n'est pas admissible que les auteurs des infractions les plus graves, commises sur les victimes les plus vulnérables que sont les enfants, ne fassent pas l'objet, lorsque cela est strictement nécessaire, de mesures de police ou de sûreté qui, tout en ne constituant ni une peine ni une sanction, sont indispensables au regard de leur dangerosité »*.

Nous l'avons vu, la mesure de sûreté s'appuie sur la commission d'une infraction passée puisqu'elle ne peut être prononcée qu'à la suite d'une condamnation pour un crime ou un délit. Cependant, la mesure de sûreté ne remplace la peine. Celle-ci est la rétribution sociale de la perturbation de l'ordre public par l'infraction alors que la mesure de sûreté n'est qu'une mesure de prévention qui joue pour l'avenir.

Ainsi, au traditionnel couple culpabilité-peine, est venu se greffer un couple dangerosité-mesure de sûreté. Les deux coexistent, n'intervenant pas au même moment durant le processus judiciaire. Culpabilité et dangerosité, deux fondements au cœur du droit pénal. Alors que la culpabilité s'appuie sur une matérialité bien établie, c'est à dire sur la commission d'une infraction, la dangerosité s'appuie sur la probabilité de la commission d'une infraction. La dangerosité comme fondement des mesures de sûreté a donc soulevé de multiples interrogations dès son entrée en droit pénal.

D'abord, l'utilisation de l'expertise pour évaluer le risque de récidive donne l'illusion que la société est capable d'assurer le risque zéro, c'est à dire la capacité d'éviter toute récidive. Par l'instauration de l'expertise de dangerosité, le législateur entend baser les mesures de sûreté sur une donnée sûre. Pourtant, de l'avis même des experts, l'appréciation complète de la dangerosité est impossible et leurs résultats ne peuvent être considérés comme le signe d'une réalité bien établie. Il apparaît alors que l'expertise de dangerosité qui fonde les mesures de sûreté ne pourra jamais éradiquer toute récidive. D'ailleurs, certains l'admettent. Le rapport Burgelin remis en 2005 précise que « *il est nécessaire de ne pas laisser l'opinion publique dans l'illusion qu'il est possible de déterminer avec certitude si un individu est ou non un récidiviste en puissance. Compte tenu des multiples paramètres à prendre en compte et ainsi que des événements récents l'ont démontré, il ne peut être mis à la charge des magistrats ou des professionnels de santé une obligation de résultat. Ceux ci ne sauraient être soumis qu'à une obligation de moyens, sous-entendant prudence, diligence et compétence. Rien de plus. Mais rien de moins non plus* »²⁰⁸.

Un paradoxe apparaît alors. Si l'expertise de dangerosité ne permet pas d'avoir des certitudes quant au risque de récidive du condamné, elle peut seulement mettre à la charge des experts une obligation de moyens. Cette affirmation semble aujourd'hui inappropriée aux enjeux actuels de la dangerosité. Avec l'entrée en vigueur de la rétention de sûreté, un condamné peut être privé de liberté sur le fondement de cette dangerosité et pendant une durée indéterminée. Peut-on alors se satisfaire d'une simple obligation de moyens lorsque les libertés individuelles sont en jeu ? Alors qu'une obligation de résultat est techniquement impossible, une obligation de moyens est inappropriée. Il semble alors que l'expertise de dangerosité soit en elle même un fondement inadéquat compte tenu des enjeux considérables de l'utilisation de la notion de dangerosité. En donnant l'apparence d'une certitude quant à la dangerosité du condamné, le législateur se voit ainsi légitime à proposer des mesures de sûreté.

L'expertise est alors dotée d'une fonction légitimante. En ayant recours à l'expertise, le législateur entend justifier les mesures de sûreté qui ne peuvent que s'appuyer sur la dangerosité constatée du condamné. Pourtant, le résultat n'est pas à la hauteur de ce qu'attendait le législateur. Au regard des difficultés d'appréhension de la notion de dangerosité et des multiples obstacles quant à son évaluation, l'expertise de dangerosité est aujourd'hui très contestée notamment pour son manque de fiabilité.

Ensuite, l'instauration des mesures de sûreté dans notre droit pénal a fait l'objet de contestations. Certains auteurs y ont vu un « *droit pénal de l'ennemi* »²⁰⁹. Les mesures de sûreté, en ciblant une catégorie d'individus jugés dangereux, justifieraient le sacrifice des libertés individuelles au profit de la recherche de protection de la société. Le législateur applique ainsi le principe de précaution pour anticiper les éventuels conséquences de comportements jugés dangereux par les experts. Or, le droit pénal ne devrait pas sanctionner les individus au regard de leur état mais seulement au regard de la violation de la loi.

²⁰⁸ Rapp. Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive, rapport de la Commission santé-justice présidée par Jean-François Burgelin, p. 14.

²⁰⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi, RSC 2010, p.69.

Enfin, l'apparition des mesures de sûreté a provoqué des réticences en raison de leur filiation avec la philosophie positiviste. A l'origine de la théorie positiviste, Cesare Lombroso ²¹⁰ développa sa thèse du criminel né dans son ouvrage intitulé *L'homme criminel* publié en 1876. A partir d'une expérience sur des crânes humains, il affirma que le criminel possédait des caractéristiques physiques différentes de celles des non criminels. Il existerait donc un type criminel. Il proposa une classification des criminels en distinguant le criminel né (dont l'atavisme est la caractéristique principale, c'est à dire la résurgence chez l'individu des traits de l'homme primitif), le criminel par passion et le criminel fou.

A travers cette conception du criminel né, c'est toute la philosophie du positivisme qui s'illustre. L'homme serait prédéterminé par des facteurs exogènes et endogènes. Ainsi, il ne serait pas responsable car non imputable, faute de liberté d'action. Il faut alors bâtir le droit pénal sur un autre fondement : la défense sociale. La société serait donc en droit de se protéger face à des individus dangereux qui seraient responsables socialement mais pas moralement. Ainsi, la mesure pénale ne doit pas être proportionnée à la gravité de la faute mais à la dangerosité. A cette fin, le prononcé de la mesure pénale devait revenir à des experts et non pas à des magistrats. En effet, seul l'expert serait capable d'apprécier la dangerosité de l'individu et seul compétent pour prononcer la mesure pénale la mieux appropriée à la dangerosité de l'individu. La justice serait rendue sur une base scientifique lui permettant ainsi d'être plus efficiente.

On s'aperçoit alors que la thèse positiviste contrevient largement à la philosophie actuelle du droit pénal. En effet, le droit pénal intervient lorsque la preuve de l'imputabilité est faite, c'est à dire que l'individu est doté d'un discernement et d'une liberté d'action. L'homme n'est responsable que s'il est imputable. Or, dans la théorie positiviste, il n'est pas question d'imputabilité mais seulement de défense sociale. Pourtant, les mesures de sûreté peuvent largement renvoyer à la théorie positiviste. En effet, sur la base de la preuve de la dangerosité de l'individu, un individu peut faire l'objet de mesure de contrôle et de privation de liberté visant à protéger la société d'une éventuelle récidive. Les deux systèmes coexistent au sein de notre droit pénal, celui ci ne pouvant se départir de la responsabilité.

Bien que les critères d'évaluation de la dangerosité ont évolué, passant d'une évaluation physique à une évaluation pluridisciplinaire passant par la psychologie, la psychiatrie, la sociologie, la criminologie, l'idée sous-jacente reste la même : identifier les individus dangereux et mettre en place un système de contrôle ou d'isolement pour protéger la société. A la faveur d'expertises douteuses, le législateur renoue avec une philosophie bien éloignée de la responsabilité pénale assise sur l'imputabilité. Le principe de précaution tend alors dangereusement vers une philosophie dont beaucoup conteste les fondements.

Le rôle des experts apparaît alors comme simple caution morale d'une politique criminelle de plus en plus sécuritaire, tendant vers la reconnaissance sans complexe d'une défense sociale dénuée de responsabilité morale. L'expertise semble un simple instrument au service d'un législateur de plus en plus tourné vers la protection de la société en passant par des mesures dont le fondement est aujourd'hui contestable.

²¹⁰ Cesare Lombroso (1835-1909) était un professeur italien de médecine légale.

« Le principe de précaution appliqué à l'humain, pourtant par définition imprévisible, conduit à concevoir une prévention absolue du risque. Les experts médecins sont désormais sollicités pour participer à une utopie du risque zéro »²¹¹. Le législateur participe directement à cette utopie puisqu'en ayant recours aux experts pour légitimer ces mesures de sûreté, il entretient l'illusion que la société peut se protéger contre tout risque de récurrence alors même que celle-ci est inévitable et ne pourra jamais être éradiquée.

L'instrumentalisation de l'expertise par le législateur a été dénoncée par les experts eux-mêmes. En effet, une pétition diffusée sur internet et intitulée « non à la perpétuité sur ordonnance » a permis aux experts de faire connaître leur désaccord. Certains contestent l'utilisation abusive de l'expertise à des fins de prévention de la récurrence en précisant notamment que « la privation de liberté est ainsi parée des habits de la science, comme si le savoir des experts permettait de prédire les actes criminels d'une personne » et que « c'est une mystification et une confusion organisée des registres. Une mystification car il est faux que l'on puisse prédire, pour un individu donné, les actes à venir. L'usage que l'on en fait à cet égard des statistiques concernant la récurrence est une duperie, car les chiffres concernent des populations, non des individus. Or, c'est bien de la liberté d'un individu qu'il s'agit ». Est contesté le principe même du recours à l'expert dans le cadre des mesures de sûreté mais également les méthodes d'évaluation de la dangerosité, les experts faisant ici référence aux outils actuariels, portés par des tables de prédiction.

L'expertise a donc les faveurs du législateur, qui la place ainsi au centre des mesures de sûreté. Pourtant, l'expertise de dangerosité se finit pas de révéler ses limites tant par son objet étudié que par ses méthodes d'évaluation. De manière plus générale, c'est l'entière philosophie des mesures de sûreté qui est remise en cause par la croyance qu'elle entretient du risque zéro, sa fonction légitimante et par sa relation étroite avec la thèse positiviste. Ne serait-il pas plus raisonnable de supprimer ces expertises ? C'est une piste qui a été envisagée par certains auteurs²¹². Cette suppression remettrait en cause l'existence même des mesures de sûreté qui a d'ailleurs été contestées.

b. Une possible remise en cause des mesures de sûreté ?

La remise en cause de l'expertise de dangerosité a inévitablement conduit à se poser la question de la suppression des mesures de sûreté. En effet, en tant qu'appui unique et nécessaire au prononcé de telles mesures, l'expertise de dangerosité ne peut qu'en affaiblir la portée si elle-même n'est pas fiable. Pourtant, plusieurs pistes avaient été exploitées pour remédier à cette absence de certitudes qui fonde les mesures de sûreté. Le remplacement du concept de dangerosité a été étudié sans suites puisqu'il n'aurait aucun effet sur le cœur du problème, à savoir l'impossibilité de prédire le comportement humain.

²¹¹ Académie nationale de médecine et conseil national des compagnies d'experts de justice, Evaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologique, 2012.

²¹² A. COCHE, La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2005.

A défaut de supprimer la notion de dangerosité, il serait raisonnable d'élaborer une théorie générale de la preuve de la dangerosité. Le législateur, lors de la création des mesures de sûreté, s'est contenté d'imposer le recours à l'expert pour évaluer le risque de récidive des individus condamnés. Pourtant, aucun critère n'est donné quant à l'évaluation de ce risque, laissant aux experts le soin de s'adapter aux nouvelles demandes du législateur. Cette théorie aurait pour but d'asseoir les mesures de sûreté sur une expertise empreint de plus de certitudes. La solution reste lettre morte puisque s'il est établi, par cette théorie, les modalités de preuve de la dangerosité, celui qui aura la charge de la preuve se heurtera aux problèmes actuels, c'est à dire ce que recouvre la notion de dangerosité ou les moyens d'évaluation qui devraient être crédibles²¹³.

A l'absence de certitude quant à la notion de dangerosité, certains ont répondu en envisageant de ne plus avoir recours aux experts pour évaluer la dangerosité. Seul le juge aurait alors compétence pour déterminer si un individu est dangereux²¹⁴. Il a été avancé que les experts psychiatres, pour évaluer le risque de récidive, s'appuient sur des données non psychiatriques tels que le passé pénal de l'individu. Le recours à un expert serait alors inutile puisque le juge possède déjà toutes les connaissances pour apprécier la dangerosité de l'individu, même si cette appréciation resterait peu fiable. Ainsi, l'évaluation de la dangerosité serait de la compétence du juge, malgré les difficultés inhérentes à cette évaluation.

Les critiques s'appuyant sur le manque de crédibilité des expertises de dangerosité s'ajoutent à celles qui doutent de l'efficacité des mesures de sûreté. En effet, à cause de la fragilité des expertises de dangerosité qui fondent les mesures de sûreté, ces dernières seraient inefficaces en ce qu'elles ne permettent pas de protéger la société. Or, le but premier des mesures de sûreté est d'assurer une meilleure protection de la société par des mesures intervenant ante-délictum. Les mesures de sûreté semblent alors une solution vaine, leurs fondements étant trop fragiles.

Les mesures de sûreté engagent aujourd'hui les libertés individuelles, aux fins de protection de la société. Les enjeux pénaux de la dangerosité semblent aujourd'hui trop importants pour se délester d'une assise sûre et certaine. Or, c'est ce qu'a construit le législateur en ayant recours à l'expertise de dangerosité sans mesurer les difficultés rédhibitoires de celles-ci, ainsi que ses conséquences. L'enjeu pénal de la dangerosité est d'autant plus considérable que la rétention de sûreté, manifestation la plus flagrante du caractère contraignant des mesures de sûreté, a suscité des interrogations quant à sa qualification tant au niveau interne qu'au niveau international.

La loi du 25 février 2008 créant la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté, fut, en effet, transmise au Conseil constitutionnel pour un examen de constitutionnalité. Il avait été avancé, par les requérants, que la surveillance de sûreté constituait un complément de peine revêtant le caractère d'une sanction punitive, car prononcée à la suite d'une procédure pénale afin de prolonger, au delà de l'exécution de la peine, la privation de liberté des personnes ayant commis des actes particulièrement graves²¹⁵.

²¹³ F. FIECHTER-BOULVARD, La dangerosité : encore et toujours ... AJ Pénal 2012, p. 67

²¹⁴ A. COCHE, Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? RSC 2011, p.21

²¹⁵ CC, 21 février 2008, n° 2008-562 DC, paragraphe 6.

En tant que sanction ayant le caractère d'une punition, la rétention de sûreté devrait donc, selon les requérants, respecter les grands principes qui s'appliquent aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Or, la rétention de sûreté ne respecterait pas le principe de légalité des peines et des délits, ne faisant référence à aucune infraction déterminée et étant illimitée dans le temps. Elle violerait également le principe de nécessité des peines puisque pour lutter contre la récidive, existent déjà le suivi socio-judiciaire et la surveillance judiciaire.

Enfin, « *la privation de liberté imposée à une personne qui a déjà exécuté sa peine, à raison de faits de récidive qu'elle pourrait éventuellement commettre, violerait à la fois le droit à la présomption d'innocence, l'autorité de la chose jugée et le principe non bis in idem. Cet enfermement « sans aucun terme prévisible », qui peut être renouvelé indéfiniment en fonction d'une probabilité de récidive, serait manifestement disproportionné ; que l'évaluation de la dangerosité présenterait trop d'incertitudes et d'imprécisions pour justifier une grave privation de liberté ; que la rétention constituerait en définitive une détention arbitraire prohibée par l'article 66 de la Constitution et une atteinte à la protection de la dignité de la personne humaine ; qu'enfin, son application aux personnes condamnées pour des faits commis antérieurement à la promulgation de la loi porterait atteinte au principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère* ».

Alors que les requérants s'appuient sur des arguments précis et clairs, la réponse du Conseil constitutionnel ne fait pas de même. En effet, il affirme d'emblée que le prononcé de la rétention de sûreté n'appartient pas à la cour d'assises mais bien à la juridiction régionale de sûreté, la cour d'assises n'envisageant que la simple possibilité d'une rétention de sûreté à l'issue de la peine. De plus, « *elle repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision ; qu'elle n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné ; qu'elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité ; qu'ainsi, la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage ; que, dès lors, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants* »²¹⁶.

La rétention de sûreté n'est pas une peine ni une sanction ayant les caractères d'une punition. Par conséquent, les principes qui s'appliquent à ces dernières ne s'appliquent pas à la rétention de sûreté. Tel est le cas du principe de légalité des délits et des peines²¹⁷ ou de la présomption d'innocence²¹⁸. Pourtant, le Conseil constitutionnel affirme par la suite que « *la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement* »²¹⁹.

²¹⁶ Ibid, paragraphe 9.

²¹⁷ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

²¹⁸ Article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

²¹⁹ Ibid, paragraphe 10.

La rétention de sûreté est donc une mesure de sûreté non rétroactive. Pourtant, en tant que mesure de sûreté, elle aurait du être rétroactive, c'est précisément ce que recherche le législateur à travers cette mesure. En effet, seules les peines ou les mesures ayant le caractère d'une punition ne doivent pas être rétroactives. Pour contourner cet obstacle, le législateur avait donc envisagé la rétention de sûreté qui est une mesure de sûreté et qui pouvait donc être rétroactive. Or, le Conseil constitutionnel, au regard de ses enjeux, a censuré cette rétroactivité. La rétention de sûreté est donc une mesure de sûreté à laquelle est appliquée le régime de la peine quant à la rétroactivité. C'est dire si le Conseil est mal à l'aise quant à la qualification de la rétention de sûreté. Celle ci serait alors d'une nature hybride ou intermédiaire, entre la peine et la mesure de sûreté.

En revanche, le Conseil constitutionnel examine si la rétention de sûreté répond à une nécessité puisque toute privation de liberté ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire²²⁰. Le Conseil admet que le champ d'application de la rétention de sûreté est en adéquation avec l'existence d'un trouble de la personnalité, est adaptée à sa finalité, c'est à dire la prévention de la récidive, au regard de la gravité des crimes visés et l'importance de la peine prononcée par la cour d'assises, et propose des garanties adaptées pour réserver la rétention de sûreté aux personnes les plus dangereuses qui souffrent d'un trouble grave de la personnalité. De même, le principe de nécessité est respecté puisque la rétention de sûreté ne pourra être prononcée qu'en cas de strictes nécessités, c'est à dire si les autres mesures sont insuffisantes et s'il a été proposé au condamné, durant son incarcération, des soins pour traiter ses troubles de la personnalité. Enfin, le principe de proportionnalité n'est pas remise en cause puisque l'autorité judiciaire conserve le pouvoir d'interrompre cette mesure à tout moment et qu'en cas de renouvellement de la mesure, la situation de l'individu est réexaminée.

Le Conseil constitutionnel a donc avalisé la rétention de sûreté en tant que tel en censurant cependant sa rétroactivité, caractère essentiel des mesures de sûreté. L'enjeu de la dangerosité prend alors tout son sens. L'expertise de dangerosité servirait alors de fondement à une mesure qui n'est pas une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition mais qui serait alors une mesure de sûreté, ce que n'affirme pas le Conseil constitutionnel, qui n'est pas rétroactive. La rétention de sûreté serait d'une nature hybride, se rapprochant plus de la peine que de la mesure de sûreté. L'expertise de dangerosité servirait de fondement à une mesure s'apparentant grandement à une peine. La faiblesse de ces expertises serait alors d'autant plus contestable puisque justifiant une mesure qui aurait pour conséquence une privation de liberté s'apparentant à une peine. Le Conseil constitutionnel ne va pas jusque là mais au niveau international, le pas a été franchi.

Une affaire s'est présentée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Un individu de nationalité allemande avait été condamné le 17 novembre 1986 à cinq ans d'emprisonnement. Le tribunal prononça également une détention de sûreté à son égard. A la suite de l'exécution de sa peine le 18 août 1991, l'individu fut alors placé sous détention de sûreté.

²²⁰ Article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et article 66 de la Constitution.

Le 10 avril 2001, le tribunal régional de Marburg rejeta les demandes du requérant tendant à obtenir le sursis avec mise à l'épreuve de son placement en détention de sûreté. Il prononça également une nouvelle détention de sûreté. Or, lors du prononcé de la détention de sûreté, la durée maximale de celle-ci était de dix ans. Une loi postérieure supprima ensuite ce maximum. Le tribunal prononça donc une nouvelle mesure de détention de sûreté, au-delà du 18 septembre 2001, date à laquelle le requérant avait passé dix ans en détention de sûreté. La cour d'appel ainsi que la cour constitutionnelle fédérale allemande confirmèrent la décision.

Le requérant invoquait d'abord la violation de l'article 5 paragraphe 1 de la CEDH s'agissant de droit à la liberté. La Cour confirma que la détention de sûreté jusqu'au délai de 10 ans répondait à l'article 5.1 a) qui prévoit qu'une personne peut être privée de sa liberté « *s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* » car une « *décision de placement en détention de sûreté est toujours subordonnée au constat d'un tribunal selon lequel la personne est coupable d'une infraction, et ordonnée en même temps que ce constat* »²²¹.

En revanche, la prolongation de la détention de sûreté ne saurait répondre à l'article 5.1 a) car elle n'est pas liée à un constat de culpabilité liée à une infraction car sans la modification de la loi en 1998 prolongeant le délai de la détention de sûreté, le tribunal de l'exécution des peines n'aurait pas été compétent pour prononcer une prolongation de la détention de sûreté. De même, la prolongation de la détention de sûreté ne saurait répondre à l'article 5.1 c) autorisant une privation de liberté « *lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction* » car ces infractions potentielles ne sont pas aussi concrètes et précises que l'exige la Cour. La détention ne se justifie pas non plus au regard de l'article 5.1 e) autorisant la privation de liberté d'un « *aliéné* » car l'individu ne souffrait plus de troubles mentaux au moment de la prolongation de la détention. La Cour conclut donc à la violation de l'article 5 paragraphe 1 en ce que la prolongation de la détention de sûreté n'était pas justifiée.

Le requérant invoquait ensuite la violation de l'article 7 de la CEDH s'agissant de la légalité des peines et des délits et le principe de non-rétroactivité. En effet, la loi ayant modifié la durée de la détention de sûreté a été appliquée au requérant alors même qu'au moment des faits, la durée maximale était de 10 ans. La Cour, pour savoir si le principe de rétroactivité était applicable, détermine si la détention de sûreté est une peine au sens de l'article 7 de la convention. En droit allemand, la détention de sûreté est considérée comme une « *mesure d'amendement et de prévention* » et non comme une peine. Pourtant, la notion de peine au sens européen du terme a une portée autonome et la Cour s'efforce d'avoir une appréciation qui ne soit pas influencée par les qualifications internes. La Cour remarque que la détention de sûreté est une privation de liberté qui s'exécute dans des prisons ordinaires. La détention de sûreté a donc un aspect préventif mais également punitif. La Cour examine la gravité de la détention de sûreté et constate qu'elle peut être prononcée pour une durée illimitée. En l'espèce, la durée de la détention de sûreté était trois fois plus élevée que l'emprisonnement lui-même.

²²¹ CEDH, M c/ Allemagne, 17 décembre 2009, requête n° 19359/04, paragraphe 96.

La Cour conclut alors que la détention de sûreté allemande est une peine au sens de l'article 7 paragraphe 1 de la convention. La Cour affirme enfin que « *la prolongation de la détention de sûreté du requérant par les tribunaux de l'exécution des peines à la suite de l'amendement de l'article 67d du code pénal ne concerne donc pas seulement l'exécution de la peine (détention de sûreté de dix ans au maximum) infligée au requérant conformément à la loi applicable au moment de la commission de l'infraction. Il s'agit au contraire d'une peine supplémentaire qui a été prononcée contre lui rétroactivement, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis une infraction* »²²². Par conséquent, la Cour conclut à la violation de l'article 7 paragraphe 1 de la CEDH.

Cet arrêt est révélateur des difficultés de qualification des mesures de sûreté privatives de liberté. Il apparaît que la détention de sûreté allemande ressemble grandement à la rétention de sûreté française tant dans son prononcé (envisagé par le tribunal prononçant la peine, puis prononcée par une autre instance) que dans ses modalités (privation de liberté dans un centre fermé, bien qu'en France, la rétention de sûreté s'exécute dans des centres socio-médico-judiciaires et non dans des prisons au sens strict du terme).

La détention de sûreté est qualifiée de peine au sens européen du terme. On peut alors douter que si la Cour a à examiner une affaire concernant la France, elle ne fasse de même. En l'espèce, la prolongation de la détention de sûreté au delà du délai de 10 ans qui était prévu initialement était en cause. La Cour a sanctionné la rétroactivité de la loi allongeant le délai de la détention de sûreté. En revanche, en France, la rétention de sûreté n'est pas rétroactive en elle-même, sauf si elle vient sanctionner la violation des obligations découlant de la surveillance de sûreté. La Cour pourrait conclure à la violation de l'article 7 paragraphe 1 car les infractions ouvrant la possibilité de la rétention de sûreté ont été commises avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008²²³. La rétention de sûreté pourrait également être qualifiée de peine au sens européen du terme.

L'expertise de dangerosité pourrait alors soutenir une peine. La question peut alors se poser de la pertinence d'une telle mesure sur une base aussi incertaine. Une peine doit reposer sur un constat de culpabilité d'un individu à la suite de la commission d'une infraction et non pas sur le constat d'une dangerosité éventuelle sur la base d'infractions potentielles. L'expertise de dangerosité ne saurait alors servir de fondement à une telle mesure. L'enjeu de la dangerosité et de son évaluation prend alors un tournant inquiétant si la rétention de sûreté devait être qualifiée de peine.

Il serait plus raisonnable de revenir à une conception plus classique du droit pénal, reposant sur une responsabilité bien établie d'un individu à la suite de la commission d'une infraction. Les mesures de sûreté, telles qu'envisagées actuellement par le droit français, reposent en revanche sur le constat d'une potentielle dangerosité de récidive, dont il est maintenant acquis qu'elle ne peut être anticipée.

²²² CEDH, M c/ Allemagne, 17 décembre 2009, requête n° 19359/04, paragraphe 135.

²²³ R. PARIZOT, CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme, in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES, La dangerosité saisie par le droit pénal, PUF, 2011, p 97 et s.

Au regard des enjeux actuels de l'expertise de dangerosité, il conviendrait alors de la supprimer lors de la phase post-sentencielle, car facteur d'incertitudes inacceptables au regard de ses conséquences. Tant au niveau de son objet étudié, la dangerosité, « *notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique* »²²⁴, que de ses méthodes d'évaluation, l'expertise de dangerosité ne saurait être un relais pertinent pour évaluer la récidive d'un individu conduisant au prononcé d'une mesure de sûreté. On ne saurait fonder de telles mesures à l'origine d'une privation de liberté sur une expertise dont il est établi qu'elle n'atteindra jamais un degré de fiabilité convenable. Il faudrait à l'inverse renforcer les mesures de suivi des condamnés jugés dangereux telles que le suivi socio-judiciaire qu'il conviendrait d'abord d'assurer l'effectivité avant d'envisager de nouvelles mesures encore plus contraignantes.

Il est raisonnable d'exiger, pour prononcer une privation de liberté ou une restriction de liberté, une base solide, certaine, exempte d'incertitudes et de contradictions. Le législateur ne semble pas prendre conscience des conséquences de ces mesures, tant elles ont été adoptées rapidement, à la suite de faits divers ayant ravivé les tensions relatives à la récidive au sein de la société. Christine Taubira, Ministre des Sceaux avait pourtant envisagé la suppression de la rétention de sûreté, en mars 2013 avant que le projet ne soit oublié. Espérons alors que le législateur prendra conscience de la stérilité de l'expertise de dangerosité, et a fortiori, des mesures de sûreté, du moins de la rétention de sûreté.

²²⁴ Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, 2 février 2008.

Conclusion.

Utilisée à toutes les étapes du processus judiciaire, aux fins de manifestation de la vérité ou de prévention de la récidive, l'expertise judiciaire est aujourd'hui devenue un outil indispensable. Pourtant, les enjeux des deux types d'expertises ne sont pas les mêmes. L'expertise pré-sentencielle a aujourd'hui une place prépondérante durant l'instruction, ce que nul ne remet en cause. Les modalités de l'expertise sont en revanche discutées, afin de renforcer le contradictoire. En revanche, l'expertise post-sentencielle est remise en cause dans son principe en raison de son manque de fiabilité.

Le législateur tend aujourd'hui à renforcer le contradictoire lors de l'expertise pré-sentencielle, ce qui est conforme aux textes internationaux. La procédure française ne peut que s'enrichir de ces réformes, laissant plus de place aux débats et à la discussion, pour permettre au juge de former son intime conviction sur des éléments préalablement emprunts de contradictoire.

Le législateur tend également aujourd'hui à multiplier les cas de recours à l'expert avant parfois même de réfléchir si l'intervention de l'homme de l'art est nécessaire, particulièrement lors de l'édiction de nouvelles mesures de sûreté. L'introduction de l'expertise de dangerosité dans le processus post-sentenciel est regrettable sur le plan des grands principes guidant le procès pénal. Il conviendrait alors de renforcer l'expertise lors de l'instruction et de supprimer l'expertise lors du prononcé des mesures de sûreté.

Bibliographie.

Ouvrages.

Ouvrages généraux.

CORNU, Gérard, Vocabulaire juridique, PUF, 2009

DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, Paris Économica, 2013

Ouvrages spéciaux.

ARNOUX Yann, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004

BOURSIER Danièle et DE BONIS Monique, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger*, Le Plessis-Robinson : institut synthélabo, 1999

COCHE Arnaud, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005

CONTE Philippe, TZITZIS Stamatios, BERNARD Guillaume, *Peine, dangerosité : quelles certitudes ?* Dalloz, Essais de philosophie pénale, vol. 9, 2010.

DUMOULIN Laurence, *L'expert dans la justice*, Paris Economica, 2007

FRISSON ROCHE Marie Anne, MAZEAUD Denis, *L'expertise*, Dalloz, 1997

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011

MOUSSA Tony, *Droit de l'expertise*, Dalloz, 2011

RIMBAUD Alexis, *Le juge pénal et l'expertise numérique*, Dalloz, 2007

VILLERBU Loïc, *Dangerosité et vulnérabilité en psychocriminologie*, L'Harmattan, 2003

Doctrine.

ABOUCAYA Elisa, *De l'usage ou du mésusage de l'expertise devant les juridictions répressives*, AJ pénal 2006, p. 70

AGRAPART Alix, *La dangerosité criminologique, un concept à la mode*, in *Peine, dangerosité, quelles certitudes*, CONTE Philippe, TZITZIS Stamatios, BERNARD Guillaume, Dalloz, Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 301.

ALIX Julie, *Une liaison dangereuse, Dangerosité et droit pénal en France*, in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine PUF, 2011, p. 49 et s.

AMBROSI Astrid, *L'évaluation de la dangerosité, de quels dangers s'agit-il ?* in *Dangerosité et vulnérabilité en psychocriminologie*, L'Harmattan, 2003, p. 61 et s.

CEDILE Geneviève, *Expertise pénale : analyse des propositions de la commission d'enquête parlementaire*, AJ Pénal 2006, p. 389

COCHE Arnaud, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité*, RSC 2011, p. 21

CORDIER Bernard, *La dangerosité vue par le psychiatre*, in *Peine, dangerosité, quelles certitudes*, CONTE Philippe, TZITZIS Stamatios, BERNARD Guillaume, Dalloz, Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 309

DANET Jean, *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, Champ Pénal, volume V, 2008 (<http://champpenal.revues.org/6013>).

DAOUD Emmanuel et GHRENASSIA César, *L'expertise à l'épreuve de la contradiction : errare expertum est*, AJ Pénal 2011, p. 550

DOZOIS Jean, LALONDE Michèle, POUJART J., *La dangerosité, un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours*, Déviance et société, 1981, vol. 5, n° 4, p. 383

FIECHTER-BOULVARD Frédérique, *La dangerosité : encore et toujours ...* AJ Pénal 2012, p.67

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, *Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi*, RSC 2010, p. 69

GUERY Christian, *La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire*, AJ Pénal 2007, p.105

HERRMANN JENNY, *Le doute profite à la sécurité, Dangerosité et droit pénal en Allemagne*, in *Le droit pénal saisie par la dangerosité*, GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine, PUF, 2011, p.143 et s.

HERZOG-EVANS Martine, *Mesures de sûreté : les risques pour les libertés publiques d'expertises craintives*, AJ Pénal 2009, p. 321

JACOBIN Sylvain, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, in *Peine, dangerosité, quelles certitudes ?* CONTE Philippe, TZITZIS Stamatios, BERNARD Guillaume, Dalloz, Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 225 et s.

JEANNE Nicolas, MAQUET Vanessa, Jacob, Megan, Adam, *Les nouvelles figures de la dangerosité aux Etats Unis*, in *Le droit pénal saisi par la dangerosité*, GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine, PUF, 2011, p.220 et s.

LAMEYRE Xavier, *Les dangers de la notion de dangerosité*, in *Peine, dangerosité, quelles certitudes*, CONTE Philippe, TZITZIS Stamatios, BERNARD Guillaume, Dalloz, Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 311

LASBATS Mireille, *Intérêt des méthodes projectives en matière d'expertise pénale*, AJ Pénal 2006, p.77

LAZERGES Christine, *L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel*, in, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine, PUF, 2011, p79 et s.

LAZERGES Christine, *Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5 etc sur la prévention et la répression de la récidive*, RSC 2012, p. 174

LETURMY Laurence, *De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise pénale*, AJ Pénal 2006, p. 56

MARON Albert, *Querelle d'experts*, Droit pénal 2005, p.51

MBANZOULOU Paul, *La dangerosité des détenus, un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté*, AJ Pénal 2008, p. 171

MIANSONI Camille, *L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance, le procureur de la République, prescripteur d'expertise*, AJ Pénal 2011, p. 564

J.L. NADAL, en collaboration avec D. BOCCON-GIBOD, *Quelques réflexions sur l'affaire Dreyfus* in *De la justice dans l'affaire Dreyfus*, Fayard, 2006, p 25 et s.

PARIZOT Raphaële, *CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine, PUF, 2011, p. 97 et s.

PROTAIS Caroline Protais et MOREAU Delphine, *L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé*, Champ pénal, Séminaire du GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (2008-2009), (<http://champpenal.revues.org/7120>).

RENUCCI Jean-François, *L'expertise pénale et la convention européenne des droits de l'homme*, JCP G, 2000, I, 227

ROUSSEAU François, *Dangerosité et sanctions pénales*, in *Peine, dangerosité, quelles certitudes*, CONTE Philippe, TZITZIS Stamatios, BERNARD Guillaume, Dalloz, Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p 265 et s.

SAULEAU Charles, *Améliorer la communication entre experts et magistrats, un standard de communication contre les abus de langage et les raisonnements fallacieux*, AJ Pénal 2011, p. 568

SAVART Michel, *L'expertise scientifique en matière pénale*, AJ Pénal 2006, p. 72

SCHULIAR Yves, *La coordination scientifique des investigations criminelles, une aide pour les magistrats*, AJ Pénal 2011, p.555

SENON Jean-Louis et JAAFARI Nemat, *La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté: ne faudrait-il pas clarifier et établir des priorités dans les rapports entre psychiatrie et justice? L'information psychiatrique*, vol. 84, n° 6, juin-juillet 2008 (http://www.jle.com/e-docs/00/04/3F/0E/vers_alt/VersionPDF.pdf)

SENON Jean-Louis et MANZANERA Cyril, *L'expertise psychiatrique pénale : les données d'un débat*, AJ Pénal 2006, p.66

SIMART Odile, *La lecture et l'exploitation du rapport d'expertise criminalistique par le juge d'instruction*, AJ Pénal 2011, p. 552

SOULEZ-LARIVIERE Daniel, *Pour une expertise contradictoire et équitable*, AJ Pénal 2006, p.75

Documents officiels.

Rapports.

Rapport annuel de la Cour de cassation, La preuve, 2012.

Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise, 2011

Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de la loi n° 442 relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°497

Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n° 174.

Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, n°3125, 2006

Rapport sur la mission parlementaire confiée par le premier ministre à Monsieur Jean-Paul Garraud, député de la Gironde, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, nommé Réponses à la dangerosité, 2006

Rapport de l'inspection générale des services judiciaires sur les conditions du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau », 2006

Rapport de la commission santé-justice, Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive, 2005

Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite "d'Outreau", 2005

Rapport d'information déposé par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le traitement de la récidive pénale, 2004

Rapport annuel de la Cour de cassation, L'égalité, 2003

Lois, projets de loi et exposés des motifs

Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines

Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

Loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009

Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs

Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires

Proposition de loi n°3727 enregistrée le 21 septembre 2011 à l'Assemblée nationale, tendant à créer une Ecole nationale de psycho-criminologie et portant diverses mesures relatives à l'évaluation de la dangerosité.

Exposé des motifs de la loi 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité mentale pour cause de trouble mental

Exposé des motifs de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

Circulaires.

Circulaire du 2 mai 2005 relative à l'amélioration du traitement judiciaire des procédures relatives aux infractions de nature sexuelle.

Décrets

Décret n° 2007-1627 du 16 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale et renforçant le recours aux aménagements de peines et la lutte contre la récidive.

Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

Articles divers.

ACADEMIE NATIONALE DE MÉDECINE ET CONSEIL NATIONAL DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE, Evaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologique, 2012, (<http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2013/07/ANM-dangerosité-26.09.12docm.pdf>)

BAZEX Hélène, MBANZOULOU Paul, RAZAC Olivier, *Les nouvelles figures de la dangerosité*, Synthèse des interventions, Les chroniques du CIRAP (http://www.enap.justice.fr/pdf/chronique_cirap_0.pdf)

CHICHE Sarah, Rencontre avec Anne Andronikov : peut-on prédire la récidive ? Article de la rubrique « affaires criminelles », Grands dossiers n° 25, déc 2011/janv-fev 2012, (http://www.scienceshumaines.com/rencontre-avec-anne-andronikof-peut-on-predire-la-recidive_fr_28183.html)

CNCEJ (Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice), Comparaison de l'expertise judiciaire au pénal et au civil : http://www.cncej.org/documents/uploads/281_Tableau_civil_penal_V8_12032013.pdf

CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme), avis sur la rétention de sûreté et l'irresponsabilité des malades mentaux du 7 février 2008

COMITE D'ORGANISATION DE LA CONFÉRENCE DE CONSENSUS SUR LA PRÉVENTION DE LA RÉCIDIVE, La restructuration du droit pénal autour de la dangerosité, bibliographie de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive (<http://conference-consensus.justice.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/01/fiche-3-evolution-du-droit-et-dangerosite.pdf>)

COMITÉ D'ORGANISATION DE LA CONFÉRENCE DE CONSENSUS SUR LA PRÉVENTION DE LA RÉCIDIVE, L'évaluation des problématiques des personnes, bibliographie de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive (<http://conference-consensus.justice.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/01/fiche-9-evaluation-des-personnes.pdf>)

GIBAULT François, *L'expertise en matière pénale et les droits de la défense*, communication présentée devant l'Académie des sciences morales et politiques le 27 mars 2006, (<http://www.asmp.fr/travaux/communications/2006/gibault.htm>)

HUET Sophie, GIRAUD Pierre-Marie, *Evaluer la dangerosité des criminels : ce qu'en pensent les experts*, article paru dans le Nouvel Observateur le 21 novembre 2011 (<http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20111121.OBS4997/evaluer-la-dangerosite-des-criminels-ce-qu-en-pensent-les-experts.html>)

JOURNAL DU DIMANCHE, Quand le fait divers fait la loi, article paru le 22 novembre 2011

L'EXPRESS, Récidive : évaluer la dangerosité en toute humilité selon un expert, article paru le 23 novembre 2011, (http://www.lexpress.fr/actualites/1/societe/recidive-evaluer-la-dangerosite-en-toute-humilite-selon-un-expert_1054165.html)

RAID (Réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme), Pétition « non à la perpétuité sur ordonnance » (<http://www.raidh.org/Petition-Non-a-la-perpetuite-sur.html>)

Jurisprudence.

Cour de cassation.

Crim. 25 septembre 2012, bull. n° 197
Crim. 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 08-84.367
Crim. 15 février 2006, bull. n°46
Crim. 14 septembre 2005, bull. n°226
Crim. 9 juillet 2003, bull. n°137
Crim. 29 janvier 2003, bull. n°81
Crim. 25 septembre 2002, pourvoi n° 01-87.647
Crim. 12 décembre 2000, bull. n°369
Crim. 6 septembre 1993, bull. n°261
Crim. 12 janvier 1989, bull. n°13
Crim. 6 octobre 1986, bull. n° 270

Crim. 2 septembre 1986, bull. n°231
Crim. 9 novembre 1978, bull. n°308
Crim. 25 mars 1971, bull. n° 111
Crim. 16 mars 1964, bull. n° 97

Cour européenne des droits de l'homme.

CEDH, 17 décembre 2009, M c/ Allemagne, requête n° 19359/04
CEDH, 23 janvier 2007, Cretello c/ France, requête n° 2078/04
CEDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France, requête n° 21497/93
CEDH, 24 octobre 1989, H c/ France, requête n°10073/82
CEDH, 6 mai 1985, Bönisch c/ Autriche, requête n° 8658/79

Conseil constitutionnel

Décision n°2012-284 QPC du 23 novembre 2012
Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008

Codes

Code de procédure civile
Code de procédure pénale
Code civil
Code pénal

Table des matières

Remerciements	3
Abréviations	4
Sommaire	5
Introduction.....	8
Chapitre 1 : L'expertise pré-sentencielle, un outil au service de la manifestation de la vérité	17
<u>Section 1 : Un instrument soumis aux canons du procès équitable</u>	<u>18</u>
Paragraphe 1 : L'impartialité de la désignation de l'expert	18
a. Un pouvoir exclusif du juge d'instruction et des juridictions de jugement	18
b. La procédure de désignation de l'expert	22
c. La détermination de la mission de l'expert	27
Paragraphe 2 : L'enracinement du contradictoire lors des opérations d'expertise	30
a. Les prérogatives limitées de l'expert	30
b. L'intervention croissante des parties lors du déroulement de l'expertise	33
c. L'appréciation du rapport par le juge	36
<u>Section 2 : La valeur probante du rapport d'expertise</u>	<u>38</u>
Paragraphe 1 : La procédure d'expertise, soumise à la discussion des parties et au débat contradictoire	39
a. Un rapport susceptible d'être contesté par les parties	39
b. La valeur probante du rapport subordonnée à la validité de la procédure	41
c. L'audition de l'expert à l'audience	44
Paragraphe 2 : La parole de l'expert, parole inébranlable ?	46
a. Le désaveu des preuves traditionnelles	47
b. L'influence déterminante du rapport d'expertise sur l'intime conviction du juge	49
c. L'impossibilité de réfuter les conclusions de l'expert	51

Chapitre 2 : L'expertise post-sentencielle, un outil au service de la prévention de la récidive	54
<u>Section 1 : L'apparition progressive de l'expertise postérieure au jugement de condamnation</u>	55
Paragraphe 1 : Les cas de recours à l'expert, la marque d'une frénésie législative	55
a. L'utilisation de l'expertise lors de l'exécution des peines	55
b. L'irruption de l'expertise dans les mesures de sûreté.....	60
Paragraphe 2 : L'expertise de dangerosité au cœur de l'expertise pénale	64
a. La diversité des instances en charge de l'expertise.....	64
b. L'expertise de dangerosité, une expertise marquée par les disparités d'approches ..	68
<u>Section 2 : La remise en cause de l'expertise de dangerosité</u>	71
Paragraphe 1 : Les vicissitudes inhérentes à l'expertise de dangerosité	72
a. La dangerosité, un « concept flou aux conséquences bien visibles	72
b. L'inappropriation des moyens d'évaluation de la dangerosité	75
Paragraphe 2 : Une recherche de certitudes au service de la répression	79
a. L'expertise, clé de voute des lois sécuritaires.....	79
b. Une possible remise en cause des mesures de sûreté ?	83
Conclusion	90
Bibliographie	91