

LA VÉRITÉ JUDICIAIRE EN DROIT CANONIQUE ET EN DROIT PÉNAL FRANÇAIS : UNE VÉRITÉ EN SOUFFRANCE

Laurent Saâtieme SOMDA

Université catholique de l'Afrique de l'Ouest Unité, Universitaire à Bobo-
Dioulasso (UCAO-UUB)

Satieme2014@gmail.com

Résumé : Que reste-t-il du facteur humain dans l'activité de judicature ? Peut-on encore parler d'un *ars iudicandi* ? Face à des justiciables de plus en plus subjugués par les nouvelles techniques scientifiques en raison de leur puissance identificatoire et démonstrative, le juge a-t-il encore le droit de recourir à sa conscience dans l'exercice de son office ? La vérité judiciaire apparaît parfois comme une transposition de la vérité scientifique. Ne l'emportera-t-elle pas bientôt sur la vérité judiciaire ? La vérité scientifique a ébranlé substantiellement la vérité judiciaire et partant la conscience qui en est le fondement. Aussi, l'évolution des modes de connaissance de la vérité à travers les recours fréquents et une confiance parfois aveugle aux résultats scientifiques tendent à substituer la toge à la robe des experts. De « bouche de la loi » le juge en vient à n'être plus que « la bouche de la science ». Le mécanisme mental qui permettait au juge d'aboutir à une conclusion a fortement été ébranlé par la vérité scientifique. Cette crise de la vérité judiciaire n'est ni plus ni moins qu'une crise de l'office à proprement dit de judicature. D'où l'urgence aujourd'hui d'une reconsidération des conditions de formation et de production de la vérité judiciaire, car « si la vérité est l'or du droit, le droit est l'orfèvre de la vérité » (Cornu, 1989 : p. 6.). **Mots-clés :** vérité, judiciaire, droit canonique, droit pénal français, progrès scientifiques.

JUDICIAL TRUTH IN CANON LAW AND FRENCH CRIMINAL LAW: A TRUTH IN PAIN

Abstract: What remains of the human factor in the activity of judicature? Can we still speak of an *ars iudicandi*? Faced with litigants who are increasingly subjugated by new scientific techniques because of their identifying and demonstrative power, do judges still have the right to use their conscience in the exercise of their office? Judicial truth

sometimes appears to be a transposition of scientific truth. Will it not soon take precedence over judicial truth? Scientific truth has substantially undermined judicial truth and hence the conscience on which it is based. As a result, changes in the ways in which the truth is ascertained, through frequent recourse to and sometimes blind trust in scientific findings, nowadays to replace the experts' robes with their gowns. The judge has gone from being the "mouth of the law" to being merely the "mouth of science". The mental mechanism that enabled the judge to reach a conclusion has been severely undermined by scientific truth. This crisis of judicial truth is no more and no less than a crisis of the office of judicature itself. Hence the urgent need today to reconsider the conditions under which judicial truth is formed and produced, for 'if truth is the gold of law, law is the goldsmith of truth' (Pin, 2018: p. 17.). **Keywords: truth, judicial, canon law, French criminal law, scientific progress.**

Introduction

Il ne fait aucun doute aujourd'hui que : « [le] paradigme probablement dominant de la vérité dans nos sociétés contemporaines industrialisées [est] la preuve scientifique représente [...], l'idéal de la vérité dans l'opinion commune » (Flückiger, 2003 : p. 107). Toutefois, elle n'est pas l'apanage de la vérité. Parmi ces multiples formes de vérité, l'une particulièrement familière au juriste, est la vérité judiciaire (Flückiger, 2003 : p. 107). Certes, Droit et Vérité sont un binôme viscéralement lié, mais un binôme en difficulté ces dernières décennies où leur rapport s'est complexifié à cause des développements technologiques. La vérité judiciaire apparaît alors parfois comme une transposition de la vérité scientifique posant ainsi à nouveau frais l'épineuse question de la vérité judiciaire et partant de la conscience du juge dans l'activité de judicature. La vérité scientifique l'emportera-t-elle bientôt sur la vérité judiciaire ? La vérité scientifique n'ébranle-t-elle pas substantiellement la vérité judiciaire et partant la conscience qui en est le fondement ? Après une approche de l'évolution conceptuelle de la vérité judiciaire (I), nous examinerons l'impact du recours à la vérité scientifique dans la formation de la certitude morale et de l'intime conviction du juge (II).

I-La conceptualisation de la « vérité judiciaire »

Des épreuves judiciaires ou preuves irrationnelles à la vérité scientifique en passant par les preuves rationnelles ou légales et la preuve par le fait de l'homme (ou preuves morales), la recherche de la vérité a toujours été au cœur de l'activité du juge. Aux épreuves judiciaires sous le regard d'un Dieu censé désigner le coupable et la victime, ont progressivement été substitués, au cours des derniers siècles de l'époque médiévale, l'aveu, « reine des preuves », et le témoignage, preuves « légales » (A) car seules reconnues par le droit (Garnot, 2007 : p. 99-108). Et c'est sur les cendres de ce déclin qu'émergera la preuve par le fait de l'homme ou preuve morale (B) basée en partie sur la conscience du juge et sur la probabilité.

A- L'émergence des preuves rationnelles et conceptualisation de la vérité judiciaire

Dans ce système, l'office du juge se réduit à la stricte application du droit ; la loi en elle-même est autosuffisante (Dupuy, 1986 : p. 1-32). Et Aly A. Rached (1942 : p. 23-24) le relève très opportunément lorsqu'il affirme que : « dans ce système, il ne s'agit plus de la conviction intime et morale du juge, mais bien d'une sorte de [...] certitude légale ». Le rôle du juge est seulement de répondre à la question : « les preuves objectives exigées par la loi sont-elles réunies ou non ? » (Richard, 2017 : p.14). Cette victoire des modes de preuves dits « rationnels » entraînera subséquemment les doctrines canoniques et romaines à reconsidérer leur conception de la vérité issue du procès. Théologiens et canonistes (Jacob, 2014 : p. 409-495.) ont jugé nécessaire, face à l'imbrication d'une part, de la vérité judiciaire et de la Vérité de Dieu et d'autre part, des sacrements, de tracer clairement au regard de certains abus, la ligne de démarcation entre vérité de foi et vérité issue du procès. Les balbutiements de cette entreprise plongent ses racines dans l'affirmation de la juridiction pontificale au XII^{ème} siècle (Jacob, 2014 : p. 409-495.) où les canonistes vont élaborer une distinction entre vérité dogmatique et les autres types de vérifications (Jacob, 2014 : p. 409-495.) notamment sacramentelles.

Les romanistes avec l'émergence d'un Droit Savant de la preuve (Jacob, 2014 : p. 409-495.) s'inscriront dans cette même dynamique en établissant désormais une distinction entre deux ordres de vérité dans l'office de judicature ; la vérité de soi et la vérité de Dieu. Entre le ministère des sacrements et les ordalies, il n'y avait pas de césure (Jacob,

2014 : p. 409-495.). Dès lors, on assiste à une révolution procédurale, qui tranche désormais avec les pratiques archaïques. Il faut rappeler que dans ces dernières, notamment dans les pratiques ecclésiastiques, la vérité de Dieu et la vérité de soi étaient viscéralement liées (Jacob, 2014 : p. 448), « la profession de foi et l’aveu, la proclamation de la vérité de Dieu et la mise à nu de la vérité de soi renvoyaient à la même réalité (Jacob, 2014 : p. 448) ». Il en résultait logiquement une sorte de transposition dans une procédure judiciaire de la vertu probatoire des sacrements (Jacob, 2014 : p. 448). Certains sacrements, en particulier l’eucharistie, servaient de pratique ordalique (Barthélemy, 1988 : p. 3-25). Progressivement, avec la révolution procédurale introduite par le Droit Savant, « l’épreuve de vérité qui dans le procès archaïque dirimait le litige en vient à ne plus être terminale » (Barthélemy, 1988 : p. 11 et s.).

Avec cette nouvelle quête de la vérité dans le procès, le juge, dans l’exercice de son office se voit désormais contraint de se défaire de la matérialité objective des rites décisives, notamment les épreuves judiciaires (Jacob, 2014 : p. 275 et s.), pour faire recours à la conscience des juges. C’est ce que Robert Jacob (2014 : p. 275 et s.) qualifie « de conquête des jurés sur Dieu de la faculté de manifester la vérité judiciaire au prix d’une subsumption de leur conscience ». Cette nouvelle technique mise en place par les canonistes, romanistes et théologiens, donnera lieu à un nouveau mode de production de la vérité qui achèvera la rupture avec les systèmes archaïques, au premier chef, ceux des vérités dogmatiques ou religieuses (Jacob, 2014 : p. 306.). Cette conceptualisation de la vérité judiciaire contribuera en partie à l’affaiblissement du système des preuves légales et la consécration d’un système de liberté de la preuve. Dès le XIV^{ème} siècle, des réflexions émergeaient déjà en doctrine que les juges pouvaient se contenter de fortes présomptions, de fortes probabilités sur la véracité des faits pour condamner ou acquitter (V^o Bernabé, 2020 : p. 595-608.). La preuve est devenue judiciaire. Elle s’appuie sur une argumentation, s’organisant autour de la réalité des faits (Ammar, 1993 : p. 499.). Apparaissaient dès lors, les premiers linéaments de ce qui allait être l’avènement des preuves par le fait de l’homme et subséquemment la spécification de la nature de la vérité judiciaire, caractérisé par sa relativité.

B-L ’avènement des preuves par le fait de l’homme : relativité de la vérité judiciaire

Substrat de la vérité, la preuve est le moyen d'établir, sinon la ou, du moins « une » vérité. Et selon Jean Domat, elle est « ce qui persuade l'esprit d'une vérité » (Domat, 1771 : p. 204.). Cette définition pourrait être celle de Lévy-Bruhl (1964 : p. 7.) et aussi celle de la philosophie (Lalande, 1991 : p. 822.). Toutes ces définitions ont ceci de commun qu'elles mettent en évidence la place de la conscience dans la recherche de la vérité et partant du « *jus dicere* » et du « *ius dicare* » (Bernabé, 2016 : p. 65.). Cette vérité recherchée à travers le processus probatoire n'est pas un donné mais un construit (Vergès, 2018 : p. 336.) qui s'inscrit dans une dynamique de liberté de preuve et du jugement selon la conscience ; une conscience libre et non corsetée. Et c'est très justement ce que souligne Boris Bernabé (2020 : p. 604.) lorsqu'il écrit que : « le verdict (*verum dicere*, dire le vrai) n'est donc pas une déclaration de vérité absolue, mais le prononcé d'une vérité construite, relative [...] si bien [qu'il] ne signifie pas que la vérité est dite par le juge, mais au contraire que ce que dit le juge est toujours vrai ». C'est aussi dans ce sens du donné et du construit qu'il faut comprendre la célèbre sentence d'Ulpien devenue une maxime juridique et surtout un principe général de droit : « *res judicata pro veritate accipitur* », « la chose jugée est reçue, acceptée pour être la vérité » [D. 50, 17, 207. Cette maxime est tirée de la sentence du jurisconsulte Ulpien : D. 1, 5, 25.]. Il convient de rappeler qu'à la différence des jurisconsultes de la fin du XVIII^{ème} siècle, que c'est dans les sources scripturaires et canoniques que les canonistes iront chercher les fondements du principe de la libre appréciation des preuves et du jugement *secundum conscientia*, afin de s'opposer aux principes légalistes. Ils vont s'inspirer entre autres, et très largement de l'exemple de Salomon, le Roi juge [1R. 3, 18.] (le canon *Afferte* [X 2, 23. 2 ; Emil Friedberg, *Quique Compilationes Antiquae*, Graz, 1956, p. 353. En 1234 Raymond de Peñafort introduit le jugement de Salomon dans le *Liber Extra* en s'inspirant de la *Compilatio Prima* de Bernard de Pavie.), le canon *Si testes* [C. IV, q. II-III, c. 2-3.]) mais aussi de celui du prophète Daniel [Dn. 13.]. Aussi, convient-il de souligner la grande influence de la philosophie et de la théologie chez les détracteurs des preuves légales. Les erreurs judiciaires ne leur semblaient pas suffire à remettre en cause le système des preuves légales. Il fallait désormais aux détracteurs des preuves rationnelles, un système qui serait susceptible de conduire le juge à un degré suffisant de vérité, susceptible de dirimer des questions contingentes qui échappent à toute certitude absolue. La réponse ne se fera pas attendre du côté des philosophes et des théologiens. En s'appuyant sur la philosophie aristotélicienne et subséquentement thomiste, il revenait aux détracteurs des

preuves rationnelles, de montrer l'absurdité des preuves légales. Et comme le souligne en substance Laurent Saâtième Somda dans sa thèse (2018, p. 28), il fallait d'une part, partir du principe que les choses humaines sont contingentes et ne peuvent faire l'objet d'une démonstration avec des résultats certains et d'autres part, convaincre doctrinalement les tenants du système rationnel avec des arguments d'autorité, dissiper toute suspicion de scepticisme et montrer qu'en dépit du caractère contingent des actes humains, il y a toujours la possibilité d'atteindre un certain degré de vérité. D'où le recours à la notion de « certitude probable » (Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1992 ; V^o Guerard des Laurier, 1954, p. 1057-167.) chère à Aristote et saint Thomas d'Aquin que les théologiens moralistes et notamment les modernistes appelleront « certitude morale » [Nous devons très probablement l'emploi de cette expression à Jean Gerson. C'est lui qui, le premier selon Jill Kraye et Risto Saarinen, Sven Grosse et Sven Knebel semble avoir employé pour la première fois cette expression de certitude morale. A tort, de nombreux commentateurs attribuent au Docteur angélique l'expression de « certitude morale ». A la suite d'Aristote, saint Thomas fait usage de l'expression « certitude probable » qui a un lien avec la « certitude probable », mais cela ne signifie pas qu'il faille les confondre. Sans faire de Jean Gerson le théoricien de la certitude morale, nous signalons simplement qu'il fut le premier à employer cette expression.]. Pour le Stagirite et l'Aquinate, « la certitude est requise à la perfection de la connaissance. Mais il ne convient pas de la chercher également en toute matière. Certaines choses se prêtent à une connaissance déterminée ; d'autres, cependant, laissent parfois l'intelligence en mouvement de recherche et d'investigation. Il y a différents degrés de certitude. » (Roy, 1963, p. 120.). Saint Thomas d'Aquin l'explicite en citant Aristote et relève qu'« il ne faut pas exiger «une certitude identique en toutes choses ». Par conséquent, dans les choses contingentes, telles que les réalités naturelles ou les activités humaines, il suffit d'une certitude telle qu'on atteigne le vrai dans la plupart des cas, malgré quelques exceptions possibles. » (Saint Thomas, I^a II^æ, q. 96, a.1 obj. 3 et ad. 3.). Dans la phase d'interprétation des éléments de preuve, le recours à la conscience s'impose au juge dans la mesure où, les données factuelles objets de son appréciation, ne sont pas des données mathématiques. D'où la délicatesse de son office, car « la réelle complexité de ces facteurs dans une situation concrète est telle que la certitude parfaite en est humainement inaccessible. » (Byrne, 1966 : p. 540.). Il va sans dire que dans l'acte de juger notamment en matière pénale, l'appréciation des éléments de preuve et la sentence du juge sont

consubstantielles au concept même de « probable ». Ce lien intrinsèque entre probabilité, conscience du juge et libre appréciation des preuves, constitue la grande révolution et le fil conducteur de toute la logique probatoire et décisive des tenants de la preuve morale, qui le maintiendront et le défendront. A leur suite, les philosophes de la renaissance prendront le relais dans la lutte contre les preuves légales et pour refonder le droit de la preuve notamment dans la procédure criminelle. Désormais, à la certitude absolue, scientifique dans le système des preuves rationnelles, sera substitué le principe de la « certitude probable » (Gardeil, 1911 : p. 80); Delerue, 1929 : 190 p.) grâce à la redécouverte de la philosophie aristotélicienne, reprise dans le milieu chrétien catholique par saint Thomas d'Aquin et plus tard, par Alphonse Marie de Liguori. Toutefois, cette question de la « certitude morale », si elle a permis en partie de comprendre la nature de la vérité dans les sciences sociales notamment en matière judiciaire, a tout de même relancé sous une autre forme, à l'époque moderne avec le « probabilisme », le vieux débat sur la nature de la vérité dans ces sciences.

Il convient de relever de prime abord, que l'époque moderne constituera un tournant majeur de la fixation de la doctrine catholique sur le concept de « probable » et de l'histoire de la probabilité moderne. Et c'est particulièrement dans les sciences humaines comme le souligne Laurent saatième Somda dans sa thèse (2018, p. 32 et s.) et précisément dans la sphère judiciaire (Locke : 2006.; Leibniz :1993. ; Wittgenstein, 1950.) que la connaissance sur ce qui relève du contingent sera la plus appréhendée, car, en ce domaine très mouvant et incertain, il n'y a pas de connaissance absolue, mais un degré de connaissance. On se contente désormais de la plus grande probabilité de vérité. Le conjoncturel est au fondement même du probable. La vérité judiciaire qui est le type même de ce genre de connaissance, sera au cœur des réflexions. Dès lors, la recherche de la vérité dans les sciences humaines ouvre désormais la voie à une nouvelle théorie de la connaissance. D'où l'intérêt du droit dans l'histoire de la probabilité et réciproquement. Il va donc sans dire pour reprendre Laurent saatième Somda (2018, p. 33.) « qu'appréhender les preuves, établir la crédibilité des témoins, se prononcer sur la culpabilité d'un inculpé sur le fondement de la conscience du juge, revient à s'inscrire dans une logique de probabilité ». Ce jugement selon la conscience trouve aujourd'hui sa consécration dans les systèmes canonique et pénal français respectivement, dans les concepts de « certitude morale » exposé au c. 1608, CIC/83, et d'intime conviction prévu

à l'art. 353 CPP. Deux concepts que d'aucuns considèrent très souvent à tort comme des synonymes. En tant que principes directeurs, dans ces deux systèmes juridiques, la certitude morale et l'intime conviction du juge ne sont en réalité que l'expression de la relativité de la vérité judiciaire car, dans la dynamique de ces principes, le juge ne prétend pas obtenir dans l'exercice de son office de judicature, une vérité absolue, mais parvenir par le truchement de la « certitude morale » (Aristote, *Éthique à Nicomaque.*), ou « certitude probable » (Saint Thomas, Ia IIæ, q. 96, a.1 obj. 3 et ad. 3.) à un niveau très élevé de connaissance sur la vérité des faits à lui soumis. « La certitude morale », ou « la preuve au-delà de tout doute raisonnable » [plus usité en droit anglo-saxon], ainsi que l'intime conviction du juge en matière judiciaire, sont donc consubstantielles au probable. L'évidence est l'ennemie de l'acte de juger. La recherche de la preuve suit un processus qui s'affine, allant du doute à la *probabilissima* [la très grande probabilité], qui comporte toujours une part de subjectivité. Depuis l'instruction jusqu'à la phase décisive, la vérité progresse du soupçon vers la conviction et il est notable que, plus cette vérité s'affirme ou s'affine, plus les contraintes qui pèsent sur les instructeurs sont fortes. Il va sans dire que « les raisons plausibles, les indices, voire les charges, sont des éléments de preuve qui révèlent « l'irréductible subjectivité de la vérité judiciaire » et partant de son irréductible relativité. Le « *ius dicere* » s'assimile un peu au « *flair* de l'orpailleur qui cherche à trouver le bon filon » pour reprendre l'expression de C. Sourzat, J. Corroyer (2014 : p. 17 et s.). Et c'est en partie sur la base de « cette subjectivité que se construit la vérité des faits, subjectivité qui ne disparaît pas totalement lors de la phase de jugement » (Sourzat, Corroyer (2014 : p. 17 et s.). La recherche de la preuve suit donc un processus qui s'affine comportant une part de doute et de subjectivité [Si la recherche de la preuve comporte une part de subjectivité, cela ne doit pas nous porter à en déduire que toute subjectivité renvoie nécessairement à l'arbitraire. Voir à ce sujet (Cifali, et André. 2007 : p. 85-94.)]. D'où la nécessité de la motivation de la décision du juge, laquelle constitue dans l'office de judicature, un autre lieu, avec la certitude morale et l'intime conviction, d'expression de la relativité de la vérité judiciaire. Si juger implique une marge d'erreur si infime soit elle, la motivation en devient un pendant indispensable. Tout en étant le lieu de d'appréciation aussi bien de la qualité de la décision et de la mesure la vraisemblance de la décision, elle est, avec l'intime conviction et la certitude morale, un autre cadre d'expression de la relativité de la vérité judiciaire.

Ainsi, si de nos jours dans tous les systèmes juridiques l'obligation de motiver est reconnue comme un principe fondamental juridiquement encadré, il convient toutefois de rappeler que dans l'histoire du droit français et canonique, les législateurs n'ont pas de tout temps éprouvé la nécessité de la motivation des décisions de justice (Somda, 2018 : p. 573 et s.). La notion de « motivation » est un substantif qui découle du verbe motiver, du latin *movere*, qui signifie mettre en mouvement. Construite autour du verbe mouvoir, la motivation « renvoie à l'ensemble des forces suscitées chez un individu pour l'inciter à agir : au-delà de l'exposé statique des justifications fondant l'action, apparaît alors un processus dynamique où se conjuguent personnalité de l'individu et contexte social, adhésion et action » (Guillermet, 2006 : p.14-15.; Voir aussi à ce sujet Maugeri, : 2009, p. 162.). Juridiquement la motivation peut être définie comme « l'ensemble des motifs à la base de la décision énoncée dans le dispositif » (Alonso, 2011 (généré le 03 août 2023)). Autrement dit, ce qu'on appelle la motivation de la décision peut se définir comme l'ensemble des motifs d'un jugement et renvoie à la fois à « l'exposé des motifs et au fait d'exposer ces motifs : elle est à la fois action et résultat de cette action. » (Alonso, 2011). V° aussi en ce sens Giudicelli-Delage, 1979 : p. 3 et s.). Cette définition permet de distinguer la motivation de la justification d'une part, et des motifs d'autre part (Voir à ce sujet Somda, thèse, 2018 : p. 572 et s.). La justification n'emporte pas d'explication. Elle consiste davantage en une recherche de légitimité de la décision par le droit, et non en une explication même du fondement de l'application du droit à la décision. Les motifs sont quant à eux les « raisons de fait ou de droit » (Alonso, 2011) qui commandent le dispositif et sur lesquelles il est fondé. Ils sont les raisons que le juge indique comme l'ayant déterminé à se prononcer comme il l'a fait (Alonso, 2011 : p. 164.). Or, si motiver une décision, c'est en exprimer les raisons, « c'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir » (Alonso, 2011 : p. 164.). L'appréciation souveraine des faits par le juge, du moins en matière pénale, ne le dispense pas d'un effort d'analyse rigoureuse pour pouvoir à son tour convaincre. C'est pourquoi le juge a une obligation de motivation. L'obligation de motiver est inhérente au principe de la liberté de preuve et du jugement selon la conscience du juge. Et il convient de relever fort bien que ce n'est pas parce que le juge n'est pas lié, dans son appréciation, par un système de preuve légale, qu'il ne doit pas expliquer ce qui fonde sa décision. Bien au contraire, la liberté du juge rend encore plus nécessaire cette motivation afin qu'il apparaisse clairement dans sa décision que

celle-ci n'est pas fondée sur un caprice ou un préjugé mais sur une analyse rationnelle du dossier (Somda, 2018 : p. 586 et s.).

La motivation est avant tout un moyen de contrôle de l'acte de juger. Elle est le moyen de vérifier en matière pénale par exemple que les éléments de fait sont constitutifs de l'infraction et que les éléments de preuve ont été examinés dans des conditions assurant que les parties en présence n'ont pas été placées l'une par rapport à l'autre dans une situation de déséquilibre manifeste (Somda, 2018 : p. 586 et s.). En ce sens, la motivation des décisions de justice est révélatrice de l'égalité des armes : elle permet ainsi de vérifier que les éléments de preuve apportés par les parties ont été examinés en équité par le juge, dans le cadre d'un débat contradictoire. Elle est légitime et nécessaire parce qu'elle aide la personne poursuivie à mieux comprendre et, ainsi, à mieux accepter la condamnation dont elle fait l'objet. La motivation n'est donc pas une norme, mais « l'explication de la production de la décision, de la démarche du juge, et non une démonstration du bien-fondé de sa décision » (Somda, 2018 : p. 586 et s.). Elle consiste à attester que le juge a été, dans l'exercice de son office, un bon gardien de la loi. La motivation n'est donc pas à confondre ni avec la persuasion, ni avec la conviction. Elle se veut être un « rendre compte » du juge de son office de judicature, comment il a pu former sa conviction au fondement de sa décision (Somda, 2018 : p. 586 et s.). En d'autres termes, il s'agit pour le juge d'établir la logique entre sa conviction et sa décision. C'est donc la certitude morale acquise après appréciation des éléments de preuve qui motive la décision du juge. Elle traduit aussi par ailleurs, cette perspicacité supérieure du juge dans la quête de la vérité, d'où son lien intrinsèque avec l'autorité du juge dont elle est la manifestation.

En motivant sa décision le juge éprouve sa propre conviction et donne aux justiciables et aux juges des tribunaux supérieurs, la clé d'évaluation de sa décision. En dépit de son caractère indispensable à la bonne administration de la justice, l'acte de motivation se révèle un des éléments insaisissables de l'office du juge. La vérité que l'on recherche à travers le processus probatoire n'est pas un donné. C'est un construit. Le juge ne prétend pas dans l'exercice de son office à une vérité absolue, mais à une certitude morale sur la vérité des faits. La vérité absolue exclue toute motivation. Elle s'impose par elle-même contrairement à la vérité judiciaire qui est le type même de la vérité relative. Le caractère

relatif de la vérité judiciaire exige cette motivation du juge et implique la possibilité pour le juge de se tromper. C'est dans ce sens qu'il faut, nous semble-t-il, comprendre Michel Grimaldi (2000, p. 2.) quand il écrit que « le droit à la motivation, s'il existe, ce n'est pas seulement le droit de savoir, c'est aussi l'amorce du droit de contester. » La motivation du juge apparaît alors comme l'expression même de la relativité de la vérité judiciaire. Elle n'a de sens que parce que la vérité recherchée dans le procès n'est que celle qui s'approche le plus possible de la vérité. Et évidemment l'adjonction du mot « judiciaire » au mot « vérité » est la preuve même qu'en matière judiciaire, l'on ne recherche pas une vérité en même sens que la science. La motivation est intrinsèque à l'office du juge. Elle est la vitrine qui permet de mesurer et d'apprécier le degré de vérité auquel le juge est parvenu dans l'exercice de son office. Toutefois, depuis quelques décennies, cette relativité qui constitue la spécificité de la vérité judiciaire semble désormais être ébranlée par la preuve scientifique de plus en plus considérée par une majorité des acteurs de la justice et surtout par les justiciables, comme une preuve irréfutable. Dans l'arène judiciaire, malheureusement, « la preuve scientifique a tendance à chasser le doute, or c'est lorsque l'on ne doute plus que les erreurs surviennent » (Pin, 2018 : p. 22.).

II- La vérité judiciaire à l'épreuve des évolutions scientifiques

L'apport des récents progrès scientifiques dans l'activité de judicature au regard de la complexité des causes est incontestablement établi. Toutefois, ces découvertes scientifiques demeurent aussi faillibles comme peuvent en témoigner les erreurs judiciaires auxquelles elles ont conduit ces dernières décennies (V° Salas, 2015 : 244 p.). Ces progrès scientifiques ont par moments sapé et affaibli le processus d'acquisition de la certitude morale des juges. Ils heurtent, voire écorchent parfois l'essence même de l'acte de juger dans ses deux phases de la certitude morale et de l'intime conviction. Si l'empirisme scientifique jusqu'alors avait plutôt renforcé la liberté des juges, le scientisme actuel paraît la menacer plus sérieusement (Halpérin, 2009/1 (n° 84) : p. 23.), entraînant ainsi une subsumption de la vérité judiciaire par la vérité scientifique (B) et subséquemment une démolition de l'essence même de cette vérité judiciaire (A).

A-La certitude morale et l'intime conviction du juge ébranlées par la preuve scientifique

Avec la complexité de plus en plus grandissante des affaires, l'intransigeance des justiciables avides de certitude absolue, nous assistons à un amenuisement de la liberté d'appréciation des éléments de preuve par les juges. Que vaut encore la preuve judiciaire ? La sphère judiciaire est désormais envahie par la preuve scientifique. Face à celle-ci le juge se trouve désormais englué dans une sorte d'inertie mentale qui lui enlève tout raisonnement juridique. Ce constat est d'autant plus pertinent que la jurisprudence n'a pu résister aux demandes de plus en plus pressantes de trancher les litiges sur la base d'un test ADN [Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000.]. Et pourtant la vérité judiciaire acquise dans la logique judiciaire implique que les juges et les jurés dans le cadre du procès d'assises restent néanmoins libres d'apprécier les preuves obtenues légalement par les techniques scientifiques (Halpérin, 2009, p. 30.). L'activité de judicature qui implique le passage du doute à la vérité semble désormais perdre toute crédibilité aux yeux des justiciables. L'erreur, omniprésente dans l'activité du juge ne semble plus être tolérable. Et de plus en plus de justiciables sombrent dans l'illusion d'un juge désormais infailible avec l'avènement des preuves scientifiques renforçant ainsi l'idée selon laquelle « [le juge] disposerait aujourd'hui d'instruments qui lui permettraient de passer de la vraisemblance à la vérité scientifique, et de la vérité scientifique à la vérité judiciaire, accédant ainsi à l'illusion confortable de la certitude » (Canivet, 2000 : p. 668.). L'aveu qui était jusqu'alors considéré comme la reine des preuves se trouve désormais supplanté par la preuve par l'ADN. Celle-ci paraît aujourd'hui pour nombre de justiciables et aussi pour certains acteurs de justice une assurance. Toutefois, cette confiance en l'analyse génétique n'est pas sans conséquence sur l'office du juge. Elle a pour effet de réduire, voire gommer cette ligne de démarcation nécessaire entre l'office du juge et le travail de l'expert, au « risque d'un gouvernement des experts » (Dumoulin, 2000 : p. 222.). La preuve scientifique de manière générale aurait de nos jours « pour principale vertu de légitimer la décision des juges aux yeux de la population puisque "prouver, c'est faire approuver" et qu'il faut, par la preuve, emporter « l'homologation de la collectivité » (Levy-Bruhl, 1964 : p. 54.). Si l'ADN aide parfois à la décision pour le juge, elle apparaît aussi comme étant « un nouvel instrument de légitimité substantielle grâce à la rigueur méthodologique de la science qui se met au service de la vérité judiciaire » (Mekki, 2015.)

Avec la fiabilité grandissante des expertises scientifiques il ne nous semble pas exagéré de soutenir qu'aujourd'hui, implicitement, nous tendons inexorablement vers la consécration dans l'activité judiciaire d'une nouvelle forme « d'ordalie moderne » même si l'expertise ne s'impose pas toujours comme une vérité [Il en est ainsi de l'expertise psychologique ou psychiatrique. L'interprétation par le psychologue ou le psychiatre n'est pas sûre à 100%. L'expert psychiatre par exemple peut diagnostiquer une maladie ou un trouble, mais ne saurait dire si elle supprime ou atténue la responsabilité de l'accusé.]. Il n'y a plus quasiment, pour reprendre Xavier Pin (2018 : p. 12.) de différences notoires entre les ordalies à l'époque moyenâgeuse, qui « permettaient jadis de faire apparaître une vérité de manière magique, et la preuve moderne, qui tente de la faire apparaître de manière scientifique : seule la méthode change, mais la finalité reste la même, à savoir la vérité. ». Le recours à l'expertise apparaît aujourd'hui comme un nouveau mode de gouvernement de l'incertitude (Aspe Jacqué, 2012 : p. 179-212.). Ainsi, « le droit se trouve saisi par la technique » (Lecompte, 2009.) et « les juges ont le sentiment d'être livrés à un monde de plus en plus technique dans lequel rendre la justice deviendrait aussi l'affaire de spécialistes » (Chavaud, Dumoulin, Gerhico, 1999 : p. 6.). Que reste-t-il alors de la vérité judiciaire et de son substrat la conscience du Juge ?

Certes, les interactions de la science et du droit opèrent un rapprochement des vérités scientifique et judiciaire (Dalbignat-Deharo, 2004.). Cependant, est-il souhaitable que la vérité scientifique se substitue à la vérité judiciaire ? Henri Lévy-Bruhl (1963 : p. 20.) s'interroge en ses termes : « Ces lois scientifiques elles-mêmes qui nous semblent marquer les limites à l'incertitude et dispenser de la preuve, ne sont-elles pas fondamentalement relatives, sinon dans leur essence, du moins dans leurs applications ? ». Face à cette dégénérescence de l'office de judicature, un regain d'intérêt de plus en plus grand s'impose pour une préservation de la spécificité de cet office de façon générale et de son mode de production de la vérité de façon particulière.

B-Pour un regain d'une subsomption de la vérité scientifique par la vérité judiciaire

Il nous semble opportun de rappeler ici cette affirmation chère à Blaise Pascal selon laquelle : « C'est une maladie naturelle à l'homme de croire qu'il possède

la vérité » (Pascal, 1658.). Et Anne-Marie Frison-Roche de renchérir dans son avant-propos que « le temps de Vinci est passé. Nul ne peut plus avoir une culture universelle. Et ce renoncement s'impose notamment au juge » (Savatier, 1952 : p. 619). Aussi, convient-il de relever que l'évolution de la science et la complexité de plus en plus grandissante des affaires dans les tribunaux tant ecclésiastiques que français ont rendu obligatoire le recours à certains procédés qui sont devenus indispensables au déroulement de la justice, voire un besoin impérieux. La science s'invite dans nos prétoires, essentiellement sous la forme de l'expertise juridictionnelle. L'expert intervient donc afin d'apporter son savoir et son expérience à un juge « qui ne dispose pas des connaissances techniques et scientifiques nécessaires pour comprendre certains aspects du litige qui lui est soumis » (Mignolet, 2009). Le juge, conscient de la complexité de l'affaire dont il est saisi ou dont il pourrait être saisi, recourt aux lumières de spécialistes qui ont des compétences techniques et scientifiques qu'il ne possède pas (Fettweis, 1987 : n° 511, p. 379. Voir aussi Closset- Marchal, 1987 : p. 1.). En droit français, conscient de la lenteur et du coût des expertises, le législateur a introduit la notion plus souple de technicien. Elle désigne toute personne qui, en raison de ses connaissances particulières, est temporairement investie d'une mission d'information du juge sur une question de fait (Solus et Perrot, 1991 : n° 898 et s., p. 760 et s.). Leurs avis éclairés seront toujours demandés dans un procès sur des questions dont la solution exige des connaissances techniques (Garraud, 1906 : t. I, n° 317). L'expertise, contrairement aux actes de procédures, présente donc un caractère incident (Van Compernelle, 1994 : p. 65.). Certains y voient une perversion de l'acte de judicature et une dépendance excessive du juge (posant ainsi l'épineuse question de la conscience du juge), tandis que d'autres y voient à la fois un outil indispensable de célérité (avec l'avènement depuis quelques décennies de la managérialisation de la justice) mais aussi et surtout un moyen et un espoir fondé d'atteindre la vérité. Certes, le recours à cette pratique a toujours été omniprésente dans l'office de judicature, mais depuis quelques décennies, elle occupe une place de plus en plus grande, voire prépondérante au

sein du prétoire. C'est même peu d'affirmer que le recours à l'expertise est parfois la seule porte de secours pour découvrir le véritable coupable des faits dans certains cas. L'affaire Gregory en est l'illustration parfaite [Il s'agit de l'une des affaires les plus tristement célèbres concernant la Police Technique et Scientifique à la fin du XX^{ème} siècle.]. « 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 » (Lavedrine, 2014 : p. 47.). Elle est considérée peu ou prou comme une vérité absolue (*Id.*, p. 46.). Et on ne peut que renchérir en d'autres termes avec Jean-Paul Costa (2007 : p. 11.) lorsqu'il affirme à juste titre que « le monde de l'expertise est inhérent et donc familier au monde judiciaire ; rares sont les litiges importants ou complexes dans lesquels les experts ne jouent pas un rôle, parfois déterminant, au point que l'image de la justice serait incomplète aux yeux du public sans la présence de ces personnages, qui ne sont pas des acteurs du procès au sens strict, mais qui y collaborent, et ce dans toutes les branches du droit ».

Cette omniprésence de l'expert à toutes les étapes du processus judiciaire, aux fins de manifestation de la vérité ou de prévention de la récidive, fait aujourd'hui de l'expertise judiciaire comme le souligne à bon escient Hélène Lavedrine (2014 : p. 90.), un outil indispensable dans les tribunaux aussi bien français qu'ecclésiastiques. Elle fait cependant l'objet d'un encadrement juridique précis (Pradel, 2013, p. 438 ; Khalak, 2016-2 : p. 25-45.). Dans l'ordonnancement canonique, la matière est encadrée tout en tenant compte des fondements doctrinaux et anthropologiques chrétiens par les dispositions du *Codex Iuris Canonici* de 1983 [Cf. c. 1579 c. 1680, *CIC/83.*] de l'instruction *Dignitas Connubii* du Pape Jean Paul II de 2005, des allocutions des pontifes romains [L'art. 203 de *DigC*, renvoyant aux Allocutions de Jean-Paul II à la Rote Romaine (du 05-02-1987, AAS 79 (1987) 1453-1459; DC 84 [1987], p. 287- 290 et du 23-01-1988, AAS 80 (1988) 1178-1185 ; DC 85 [1988], p. 295-297 et reprenant les termes du c. 1680 incite le juge à utiliser les services d'un ou plusieurs experts « dans les causes d'impuissance ou de défaut de consentement pour maladie mentale ou pour les

incapacités dont parle le c. 1095. » Les art. 208-209 de *DigC* indiquent des questions ponctuelles que le juge doit adresser à l'expert dans les causes relatives à l'impuissance et aux différentes formes d'incapacité du c. 1095. Jean-Paul II, Allocution à la Rote romaine, 05-02-1987, AAS 79 [1987] 1453-1459, DC 84 [1987], p. 287-290.] et de la jurisprudence rotale [Cf. Jurisprudence rotale *c. Masala* du 17 décembre 1997, ME 1998/I, n° 12, p. 52-82 ; Jurisprudence rotale *c. Americo Ciani* du 10 mai 2000, RRD, n° 12, vol. 92, p. 359 ; Jurisprudence rotale *c. Cormac Burke*, 09 juillet 1998, ME n° 42, 2000/II, p. 254-293 ; p. 204-205 ; Jurisprudence, *c. Felici*, 03-12-1957, n° 7, SRR Dec 49 [1957], p. 791 ; Jurisprudence, *c. De Lanversin*, 20-03-1983, n° 10, SRR Dec 77 [1985] 171) ; Jurisprudence, *c. Felici*, 14-02-1951, SRR Dec 43 [1951], p. 102-104 ; Jurisprudence *c. Fiore*, 06-07-1961, n° 3, SRR Dec 53 [1961] p. 352.], tandis qu'en droit pénal français, sous-tendu par les principes constitutionnels même de la laïcité [Article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789 (DDHC) « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public ». Ce principe est plus clairement exposé à l'article 1^{er} de la Constitution qui prescrit que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».] le recours à l'expertise est règlementé précisément par les dispositions du code de procédure pénale [Les art. 156 à 169-1 ; les art. 122-1 CPP et 706-54 CPP.], mais aussi et surtout par la jurisprudence nationale [En droit pénal français, on peut relever : 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.] et communautaire [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.]. Ces dispositions régissent les modalités de comparution de l'expert à l'audience, les principes selon lesquels les experts sont entendus et questionnés lors des débats ; les conditions dans lesquelles la contestation de l'expertise peut être effectuée à la barre. Par ces dispositions, les législateurs canonique et français ont voulu consacrer la qualité d'interlocuteur privilégié reconnue à l'expert. Ces dispositions législatives ainsi que les jurisprudences consécutives de la Cour de cassation et de la Rote romaine ont véritablement fondé un droit particulier régissant la comparution de l'expert. Toutefois, dans la procédure canonique la mission de l'expert semble plus rigoureusement encadrée par le juge que dans la procédure pénale française. On peut déjà le relever dans le choix des experts. Le législateur canonique contrairement à son homologue français, ne prévoit pas de déterminer préalablement une liste d'experts. Dans le souci de préserver la liberté du juge dans son *ministerium veritatis*, un pouvoir discrétionnaire lui est reconnu dans le choix des experts restant sauves les dispositions du c. 1574 et s. du *CIC/83* et des arts. 204-205 de *DigC*. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire du juge se trouve par ailleurs quelque peu atténué par la possibilité qu'offre le législateur aux parties de récuser l'expert ou de permettre aux parties de choisir un expert privé conformément au c. 1581 et à l'art. 213 de *DigC*. [La figure canonique de l'expert est celle d'un collaborateur du juge et d'un moyen de preuve. Il n'est ni témoin, *testis peritus*, ni juge, *iudex facti*. Dans notre droit, l'expertise est un moyen de preuve soumis à certaines conditions. Le canon introduit une espèce d'expert (l'expert privé) qui n'est pas judiciaire, ni un simple assesseur choisi par la partie comme spécialiste pour la conseiller dans des questions techniques ou scientifiques, sans aucune fonction au procès. Il s'agit plutôt d'une figure juridique qui agit comme un organe processuel de la défense de la partie, assistant celle-ci en rapport avec les avis des experts judiciaires et les connaissances techniques dont elle peut avoir besoin. C'est pourquoi l'expertise privée doit être généralement confrontée à une expertise officielle.] Quant au législateur français, en permettant de dresser déjà une liste des experts [Les experts sont choisis parmi les personnes physiques ou

morales qui figurent sur la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des listes dressées par les cours d'appel dans les conditions prévues par la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires. A titre exceptionnel, les juridictions peuvent, par décision motivée, choisir des experts ne figurant sur aucune de ces listes.], contribue à réduire considérablement le champ d'action du juge dans la quête de la vérité.

Aussi, convient-il de noter que les critères du choix des experts sont plus exigeants en droit canonique qu'en droit français. Le législateur français précisément au visa de l'art. 157 du *CPP*, se contente d'établir que l'expert qu'il soit une personne physique ou morale sera choisie sur la liste dressée par les cours. Et ce n'est qu'exceptionnellement que les juridictions peuvent, par décisions motivée, choisir des experts ne figurant sur aucune de ces listes [Cf. l'art. 157 du *CPP*.]; ce qui dans la pratique reste rarissime au regard des conditions d'éligibilité qu'impose la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

Par ailleurs, c'est encore peu de dire que la procédure française est très critiquable tant pour la manière dont les experts sont désignés que pour la manière dont ils exécutent leur mission. Dans la procédure de nomination de l'expert, le pouvoir discrétionnaire laissé au juge de désigner l'expert ou les experts de son choix (sur la liste préétablie) sans consultation des parties, constitue une atteinte à la règle du contradictoire. Depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, les juges d'instruction sont tenus de notifier aux parties les ordonnances par lesquelles ils commettent des experts. Si cette loi apparaît comme une avancée considérable pour la garantie des droits de la défense (Vergès, 2016 : p. 551-564.), elle reste tout de même insuffisante car les ordonnances de désignation des experts, ne sont pas susceptibles d'appel [Art. 161-1, al. 2 « Si le juge ne fait pas droit, dans un délai de dix jours à compter de leur réception, aux demandes prévues au premier

alinéa, il rend une ordonnance motivée. Cette ordonnance ou l'absence d'ordonnance peut être contestée dans un délai de dix jours devant le président de la chambre de l'instruction. Cette dernière statue par décision motivée qui n'est pas susceptible de recours ».]. L'atteinte aux droits de la défense demeure manifeste. La porosité de la désignation des experts dans la procédure pénale française n'est pas que textuelle. Elle est aussi patente dans la pratique et notamment dans les rapports du juge et des experts. Certes, exceptionnellement le juge peut choisir un expert ne figurant pas sur la liste des experts commis conformément aux dispositions de l'art. 157 du CPP ; mais en réalité, les juges ne font pas recours à cette exception de l'art. 157. Ils se contentent très souvent des experts inscrits sur la liste. Et c'est cette pratique qui nous semble contestable dans la quête de la vérité judiciaire. Aussi, convient-il de faire remarquer que ce sont généralement les mêmes experts qui sont désignés voire cooptés par les mêmes juges. Il se crée ainsi comme le fait remarquer François Gibault (2006) à dessein ou inconsidérablement, entre le juge et l'expert, des liens intellectuels mais aussi des liens économiques qui, très souvent ne favorisent pas la manifestation de la vérité. Le législateur gagnerait nous semble-t-il, pour une administration efficiente et effective de la justice à tendre par exemple vers un tirage au sort des experts, ou même nommer un juge de l'expertise (Voir aussi Chevallier, 2020 : p. 11-17.) qui serait indépendant du juge d'instruction et du juge de jugement (Gibault, 2006.).

Aussi, pendant que le législateur français dans la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires reste quelque peu évasif sur certaines conditions d'inscription sur la liste le législateur canonique, lui au contraire se veut très précis sur la figure de l'expert dans son ordonnancement canonique. Il ressort en substance des termes de l'art. 205 §1 de *DigC.* qu'il faut pour la charge d'expert choisir des personnes qui aient non seulement obtenu un titre d'idonéité, mais aussi qui soient insignes par leur science et l'expérience de leur domaine, et qui jouissent d'une bonne réputation de religiosité et d'honnêteté et le §2 exige des

experts qu'ils adhèrent aux principes de l'anthropologie chrétienne notamment en matière matrimoniale. Ces exigences permettent d'obtenir une certaine objectivité et favorisent la formation de la certitude morale et de l'intime conviction du juge dans la manifestation de la vérité judiciaire. Si le mode de désignation des experts est critiquable, leur manière de procéder l'est encore davantage.

De prime abord, il faut rappeler que selon les prescriptions de l'art. 158 du CPP, la mission des experts reste purement d'ordre technique. Toutefois, les experts [Notamment en matière psychiatrique et psychologique.] recueillent parfois des déclarations, qui touchent au fond de l'affaire et dont la communication aux avocats de la défense et de la partie civile pourrait contribuer à la manifestation de la vérité. Malheureusement la pratique en est tout autre. Ces informations très utiles à la manifestation de la vérité que détient l'expert et le juge restent méconnues des avocats de la défense. L'office de l'avocat est quasiment réduit à ce niveau à n'être qu'un appendice dans la recherche de la vérité, les juges d'instruction travaillant parfois seuls, avec le Parquet et avec les enquêteurs, la défense et la partie civile étant considérées comme des acteurs secondaires au procès (Gibault, 2006.). Et pourtant sans défense libre et puissante, il n'y a pas de justice équitable et donc pas de manifestation de la vérité. Il est donc nécessaire de redonner aux avocats la place qui est la leur dans la quête de la vérité car pour reprendre François Gibault (2006) leur office dans le déroulement du procès n'est pas de « contrarier le cours de la justice mais pour le faciliter, pour participer activement à la recherche de la vérité ». Le principe du respect du contradictoire ou principe de la contradiction est un des principes directeurs du procès en général. Mais en matière pénale française, il ne s'applique que très partiellement. L'expertise pénale française est gouvernée par le principe du secret de l'instruction. L'expert lui-même est soumis à ce secret et ne doit divulguer son travail qu'au juge qui l'a commis. Celui-ci transmettra aux avocats respectifs des deux parties les conclusions de l'expert. Le contradictoire sera assuré par le droit

à contre-expertise [Soit par la partie ou son représentant.] à la demande des parties au procès (Cédile, 2014 : p. 65.). Il va sans dire qu'en matière pénale française l'expert travaille seul et sans aucun respect de la règle du contradictoire et donc sans respect des droits de la défense, tandis qu'en droit canonique il ressort par exemple de l'art. 159 – § 1. de l'instruction *Dignitas Connubii* du Pape Jean Paul II que « le défenseur du lien et les avocats des parties ont le droit :1° d'assister à l'examen des parties, des témoins et des experts, à moins que le juge, en ce qui concerne les avocats, décide de procéder secrètement à cause des circonstances et des personnes impliquées. » Bien que qu'assortie d'une exception, l'art. 159 – § 1. de L'instruction *Dignitas Connubii* imprime assez clairement la *mens legislatoris* en ce qui concerne le respect du contradictoire. Un réajustement du processus d'élaboration de l'avis d'expert en matière pénale française s'impose car en travaillant seul sur des questions purement techniques, qui relèvent d'une science exacte [Telles les expertises en balistique, en recherche d'empreintes digitales ou d'ADN où la marge d'erreur est réduite.] que celles pour lesquelles la marge d'erreur est plus importante [On peut relever ici les expertises médicales, les autopsies.] ou que ce soit enfin dans les expertises qui relèvent de sciences encore moins exactes [Il en ainsi en matière de psychiatrie de psychologie et d'écriture.] cela heurte incontestablement le droit fondamental de la défense et dessert la manifestation de la vérité judiciaire (Gibault, 2006).

Certes, l'expertise constitue toujours un mode d'administration de la preuve, avant tout dans un cadre juridictionnel. Toutefois, aussi élevé que soit son degré de crédibilité, nul ne peut en déduire une vérité. Les erreurs judiciaires et les rebondissements qui s'en sont suivis ont bien montré les limites de l'expertise dans la manifestation de la vérité judiciaire. L'affaire Dreyfus (Vergez-Chaignon, 2008 : p. 35-42.), l'affaire Druaux [1887-1912. | Révision du procès de Pauline Delacroix, veuve Druaux, condamnée par la cour d'assises de la Seine-Inférieure pour avoir empoisonné son mari et son frère, alors que leur décès a été provoqué par des gaz; (Emo, Colombel, *L'Affaire Pauline Druaux*, théâtre ;],

l'affaire Marie Benard [Le 21 juillet 1949 Marie Besnard est inculpée pour le meurtre par empoisonnement de douze personnes, dont son propre mari. Il ressort de cette affaire que ce sont les chimistes qui se sont ridiculisés, notamment le Docteur Beroud.], et plus récemment l'affaire d'Outreau [Dans cette affaire, ce sont les psychiatres et les psychologues qui ont induit le Juge en erreur. (Antonowicz, 2023 : 236 p.)] témoignent de cet excès de confiance accordée à l'expert (Douillet, De Maillard. 2010 : p. 77-98 ; Voir aussi Peltier, 2014 : p. 23-50 ; Fettweis, 1994 ; Patenaude 1996-97, 27 ; Vaissière, 2015 : 504 p.). Toutes ces affaires ont permis de remettre en cause la parole de l'expert et son influence sur l'intime conviction du juge [Face à cette erreur judiciaire, le législateur a su réagir et a édicté la loi du 5 mars 2007 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]. Dès lors, une approche processualiste et pénaliste oblige à porter une attention particulière aux conditions dans lesquelles elle est ordonnée et pratiquée en droit canonique et en droit pénal français dans le respect de l'égalité des armes et subséquemment dans la manifestation de la vérité judiciaire. Dès lors se pose la question de la fiabilité de l'expertise dans l'arène judiciaire.

Dans la procédure pénale française, le rapport expertal est notifié aux parties et à leurs avocats par le juge conformément à l'article 167 du CPP et ces dernières peuvent le contester en sollicitant une contre-expertise ou un complément d'expertise dans le délai imparti par la loi tandis que dans la procédure canonique aucune mention n'est faite par le législateur relativement à la possibilité pour les parties de contester le rapport d'expertise. Le législateur canonique se contente simplement de prescrire en son can. 1578 que l'expert (ou les experts) motivera son rapport et le can. 1579 décrit les critères d'appréciation du juge et les motifs de sa décision. Comment parvenir à la vérité si les parties

sont privées de la possibilité de contester effectivement les conclusions d'un expert, notamment en produisant ou en obtenant des avis et rapports différents ? Sur ce point le législateur français semble plus respectueux du principe du contradictoire et du droit de la défense que le législateur canonique [En droit canonique quoique le législateur ne le mentionne pas expressément, dans la praxis, il n'est pas exclu que l'une des parties demande une contre-expertise ou une nouvelle expertise.]. Le silence voire le refus d'autoriser un autre examen de preuves constitue une violation du droit à un procès équitable [Voir l'art. 6, §1.], et un véritable obstacle à la manifestation de la vérité judiciaire. Bien plus, elle apparaît parfois comme un prétexte ou un moyen détourné pour le juge de se soustraire à l'exigence du recours à sa conscience et tend de plus en plus à s'inscrire dans une dynamique plus managériale de la justice à travers la facilité de jugement qu'elle offre et la célérité qui l'accompagne. Et c'est fort malheureusement tout le paradoxe que couve à l'heure actuelle le recours à l'expertise dans la sphère judiciaire. « Alors même 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 juge » (Boursier et De Bonis, 1999.). Il y a là une exigence spécifique d'adéquation et de fiabilité (Husson-Rochcongar, 2020/1 (N° 173) : p. 31-42.).

Le recours à l'expertise sert à interpréter des faits (Ribeyre, 2018 : p. 55.). Toutefois, l'expertise n'apporte jamais à elle seule la preuve. Malgré la pertinence des analyses d'ADN par exemple, elle n'est pas une preuve irréfutable. Il s'agit, en réalité, d'un moyen d'enquête et/ou d'un élément probatoire parmi d'autres plus traditionnels. L'expertise n'est jamais le seul élément pris en compte, ni par

les enquêteurs ni par les juges. Elle ne fait que contribuer, de manière plus ou moins déterminante, au faisceau d'indices (Martinelle, 2017 : p. 96.). Les avis d'expertise des experts ne font pas d'eux des juges. Leur rôle se limite à éclairer le juge, seul apte à porter un jugement. Et le juge doit toujours observer la prudence dans l'appréciation des résultats d'experts.

En droit canonique, il ressort des dispositions du c. 1579, CIC/83 que les avis des experts bien que pouvant être décisifs, ne sont pas décisifs dans le procès ; ces avis ne sont pas en eux-mêmes des preuves. Ils ne deviennent preuves qu'une fois repris par le juge dans la logique judiciaire argumentative [On peut lire avec intérêt les articles de (De Lanversin 1985/4 : p. 143-156); De Lanversin 2002 : p. 189-202.). La confusion de la logique argumentative propre aux sciences sociales et de la logique démonstrative, conduit parfois les justiciables à n'attendre du juge que des résultats aussi exacts que dans les sciences exactes (Dalbignat-Deharo, 2004 : 497 p.). Une preuve n'est pas une démonstration mathématique. On prouve après une procédure rigoureuse qu'un homme est innocent ou coupable, cependant, on ne peut le démontrer. Un mathématicien fait la démonstration, les parties aux procès apportent des éléments de preuve susceptibles d'emporter la conviction du juge. L'expertise apparaît alors comme un « prolongement du pouvoir d'interprétation des faits » (Boudouhi, 2013 : p. 134.). Ainsi qu'en matière de cybercriminalité, l'interprétation des faits se fera en tenant compte des critères informatiques. Les faits issus du milieu médical seront interprétés selon les critères et la déontologie médicale. Il en va de même en matière canonique notamment l'interprétation des faits surnaturels dans le cadre du procès de béatification. Il ne convient donc pas selon la jurisprudence canonique que « le juge dépose la toge pour revêtir l'habit du psychiatre ou du psychologue » [Cf. Jurisprudence c. Masala du 17 décembre 1997, ME 1998/I, n° 12, p. 52-82.] d'où la maxime juridique « *Ad questionem facti respondent juratores, ad questionem juris respondent iudices* ». Les experts ne sont pas des co-juges, seulement des auxiliaires du juge, car l'expert des experts *peritus peritorum* c'est

le juge » [Cf. Jurisprudence *c. Americo Ciani* du 10 mai 2000, *RRD*, n° 12, vol. 92, p. 359.]. Aussi, en droit canonique le rapport d'expertise est encadré de manière à respecter l'anthropologie chrétienne [Cf. l'art. 56 § 4 de *Dignitas Connubii*]. Et c'est d'ailleurs ce qu'affirme la jurisprudence rotale en matière matrimoniale [Jurisprudence *c. Cormac Burke*, 09 juillet 1998, *ME* n° 42, 2000/II, p. 254-293.]. La fiabilité grandissante des expertises scientifiques ne doit pas dispenser le juge à se livrer à sa propre appréciation, car, comme l'a fait observer Jean Raphaël Demarchi, « si la science a vocation à éclairer le juge, il est aujourd'hui urgent de veiller à ce qu'elle ne l'éblouisse pas » (Cf. Demarchi, 2012.) dans sa logique argumentative. Le juge peut d'ailleurs selon une jurisprudence constante en droit canonique s'écarter des conclusions de l'expert pour former sa conviction [Cf. Jurisprudence, *c. Funghini*, 18 juillet 1990, *RRD* n° 7, vol 82, p. 642.]. Le recours aux techniques scientifiques ne doit pas travestir la nature de la vérité judiciaire. Avec Roger Houin, (1953 : p. 70.). on peut retenir que, « le droit n'est pas seulement ni même principalement une science : c'est un art politique qui doit tenir compte des mœurs et des valeurs humaines » (Houin, 1953 :p. 70.).

Toutes les dérives sont possibles, dès lors qu'un discours de vérité technique doit se concilier avec les exigences du "dire droit". Les périls à craindre, les glissements à redouter, les obstacles à surmonter peuvent être localisés autour de quatre grandes balises (Panier, 1994 : p. 146.). Il existe tout d'abord un risque de délégation de la juridiction prudentielle à la véridiction technique ; il faut aussi mettre en évidence le risque non négligeable d'empiétement de l'expert sur la fonction du juge quant au fond; le risque de déplacement de la responsabilité de la conduite du procès du juge vers l'expert ; enfin, il serait naïf de sous-estimer le risque de dénaturation de la fonction de l'expert et, par voie de conséquence, d'affaiblissement de la fonction juridictionnelle (Panier, 1994 : p.147.). L'expertise appelle, au-delà de ces critiques conjoncturelles, des interrogations proprement structurelles sur les fondements de la procédure et sur le juge en son office.

Les transformations contemporaines de la recherche de la vérité judiciaire, conduisent à nous interroger, de façon quelque peu provocatrice, sur les indices pouvant laisser

penser à « la fin de la preuve ? » (Beauvais et Parizot, 2018 : p. 7.). Quel est l'avenir du facteur humain dans l'activité de judicature ? Peut-on encore parler d'un *ars iudicandi* ? Aussi, avec l'avènement des preuves scientifiques, se pose légitimement une autre question non moins importante face à des justiciables de plus en plus subjugués par les nouvelles techniques scientifiques en raison de leur puissance identificatoire et démonstrative : le juge a-t-il une conscience ? Ou plutôt, a-t-il encore le droit de recourir à sa conscience dans l'exercice de son office ?

Ces analyses nous conduisent à relever une crise de la vérité judiciaire qui ni plus ni moins n'est autre qu'une crise de l'office à proprement dit de judicature. Aussi, l'évolution des modes de connaissance de la vérité à travers les recours fréquents et une confiance aux résultats scientifiques qui en découlent tendent à substituer la toge à la robe des experts. De « bouche de la loi » le juge en vient à n'être plus que « la bouche de la science ». Le mécanisme mental qui doit en principe permettre au juge dans l'exercice de son office, d'aboutir à une décision qui se veut juste et le plus proche possible de la vérité, semble très souvent ébranlé, par un recours immodéré à la vérité scientifique. D'où notre plaidoyer pour une reconsidération des conditions de formation et de production de la vérité judiciaire car pour reprendre Gérard Cornu (1989, p. 6.) « si la vérité est l'or du droit, le droit est l'orfèvre de la vérité ».

Références Bibliographiques

- ANTONOWICZ Gille (2023), *Outreau, l'histoire d'un désastre*, Paris, Éditions Max Milo.
- AMMAR DANIEL, « Preuve et vraisemblance », *R.T.D.civ.*, p. 499.
- ARISTOTE (1992), *Éthique à Nicomaque*, traduit en français par Alfredo Gomez-Muller.
- ARMOGATHE Jean-Robert (2015), « Probabilisme », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 novembre 2015. URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/probabilisme/>.
- ASPE Chantal et Jacqué Marie (2012), « Le recours à l'expertise comme nouveau mode de gouvernement de l'incertitude », Aspe Chantal (dir.), Jacqué Marie, *Environnement et société*, Éditions Quæ, 2012, p. 179-212.
- BARTHELEMY Dominique (1988), « Diversité des ordalies médiévales », *Revue Historique*, T. 280, Fasc. 1 (567), p. 3-25.

BERNABE Boris (2020), « Le jugement de Salomon, la vérité et la paix », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n°4, p. 595-608.

BERNABE Boris (2016), « L'office du juge et la liturgie du juste », *Cahiers philosophiques*, vol. 147, n° 4, p. 65.

BERNABE Boris (2020), « Le jugement de Salomon, la vérité et la paix », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, no. 4, 2020, p. 595-608.

BLAISE Pascal (1658), *De l'Esprit géométrique et de l'Art de persuader*, 1658.

BOURSIER Daniel et De Bonis Monique (1999), *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger*, Paris, Edition Institut d'édition Sanofi-Synthelabo.

BYRNE F. Edmund (1966), « Situation et probabilité chez saint Thomas d'Aquin », *Revue Philosophique de Louvain*, Troisième série, t. 64, n°84, p. 525-549.

CANIVET Guy (2000), « Introduction », *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, n° 5.

CEDILE Geneviève (2014), « Conduite de l'expertise pénale », Gérard Lopez éd., *L'expertise pénale psychologique et psychiatrique. En 32 notions*, Paris, Dunod.

CHAUVAUD Frédéric et Dumoulin Laurence, « Experts et expertises judiciaires : France, 1791 - 1944, Rapport final » oct. 1999, Université de Poitiers.

CLOSSET- MARCHAL Gilberte (1987), « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », *La Preuve*, U.C.L., 1987, p. 1-43.

Cornu Gérard (1989), « Rapport de synthèse », Association H Capitant, *La vérité et le droit*, t. 38, 1989, *Economica*.

COSTA Jean-Paul (2011), « Préface », G. Rousseau, P. de Fontbressin, (dir.), *L'expert et l'expertise judiciaire en France*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, 2007.

DALBIGNAT-DEHARO Gaëlle (2004), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, L.G.D.J.

DE LANVERSIN Bernard (1985), « Ordonner une expertise médicale », *CDE* /4, p. 143-156.

DE LANVERSIN Bernard (2002), « Enquête canonique et dossier médical : "Le secret d'office" », *L'AC* 44, p. 189-202.

DELERUE Frédéric (1929), *Le système moral de saint Alphonse de Liguori, Étude Historique et Philosophique*, Saint-Etienne, Aux Bureaux de l'Apôtre du Foyer.

DUMOULIN Laurence (2000), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Dr et société*, 2000, nos 44-45, p. 199-223.

DOMAT Jean (1771), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Veuve Cavelier, t. I, 1771.

DOUILLET Anne-Cécile, De Maillard Jacques (2010), « Les comités d'experts : une ressource institutionnelle pas toujours maîtrisée. le cas de la DG justice, liberté, sécurité », *Politique européenne*/3 (n° 32), p. 77-98.

EL BOUDOUHI Saïda (2013), *L'élément factuel dans le contentieux international*, 2013.

FETTWEIS L. Albert (1987), *Manuel de procédure civile*, Fac. droit Liège, 1987, n° 511,.

- FETTWEIS L. Albert (1994), « À propos du caractère contradictoire de l'expertise pénale », J. Gillardin P. Jadoul, (dir.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1994.
- GRIMALDI Michel (2000), « Introduction », *La Motivation*, travaux de l'association Henri Capitant, Paris, LGDJ.
- FLÜCKIGER Alexandre (2003), « La preuve en science sociale », *Revue européenne des sciences sociales*, IXème séminaire interdisciplinaire du Groupe d'études « Raison et rationalités », p. 107.
- FLÜCKIGER Alexandre (2003), « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, n° 128, p. 107.
- GARDEIL Ambroise (1911), *La certitude probable, extrait de la revue des sciences philosophiques et théologiques*, Paris.
- GARNOT Benoit (2007), « La justice pénale et les témoins en France au 18^{ème} siècle : de la théorie à la pratique », *Dix-huitième siècle*, vol. n° 39, n°. 1, p. 99-108.
- GARRAUD René (1906), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Sirey, t. I, n° 317.
- GIBAUT François (2023), « L'expertise en matière pénale et les droits de la défense », <https://www.canalacademies.com/emissions/academie-des-sciences-morales-et-politiques/2006-la-france-est-elle-malade-de-sa-justice/lexpertise-en-matiere-penale-et-les-droits-de-la-defense>, consulté le 20 janvier 2023.
- GUISINGER-BOSSE Célia (2017), *Être juré populaire en Cour d'assises : Faire une expérience démocratique*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme.
- HALPERIN Jean-Louis (2009), « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, 1 (n° 84).
- HOUIN Roger (1953), « Le progrès de la science et le droit de la preuve », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 5 N°1, Janvier-mars, p. 69-75.
- HUSSON-ROCHCONGAR Céline (2020), « L'expertise dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, révélateur d'un difficile contrôle juridictionnel de l'action publique ? », *Revue française d'administration publique*, 2020/1 (N° 173), p. 31-42.
- JACOB Robert. (2014). *La grâce des juges : L'institution judiciaire et le sacré en Occident*. Presses Universitaires de France.
- KHALAK Osman (2016), « La jurisprudence récente en matière d'expertise judiciaire », *Revue juridique de l'Ouest*, 2, p. 25-45.
- LALANDE André (1991), « Preuve », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 17^e éd
- LAVEDRINE Hélène (2014), *L'expertise judiciaire*, Mémoire de Master.
- Lecompte Catherine (, « Le droit saisi par la technique : origine et rôle de l'expertise judiciaire », *Revue Experts* numéro 67 | 2009, 12.
- LEIBNIZ Gottfried Wilhelm (1993), *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, Paris, Flammarion, 1993.

LEVY-BRUHL Henri (1964), *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Éd. Marcel Rivière, 1964.

LEVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire*, Paris, Rivière, 1964, p. 7.

LOCKE John (2006), *Essai concernant l'entendement humain*, Livre I, II, III, IV, trad. J.-M. Vienne.

LUDWIG L. Wittgenstein (1950), *De la certitude*, Paris, Gallimard.

MARTINELLE Mathieu (2018), « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires : Principaux résultats d'une étude portant sur dix années de pratiques en Meurthe- et-Moselle », *AJ pénal*, 2018, p. 69.

MEKKI Mustapha (2015), « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », L. Cadiet, M. Mekki, C. Grimaldi (dir.), *La preuve : Regards croisés*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2015.

MIGNOLET Olivier (2009), *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, Larcier.

PANIER Christian (1994), « Conclusions générales. L'expertise en perspective », J. Gillardin (dir.), P. Jadoul (dir.), *L'expertise*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1994, p. 225-236.

PATENAUDE Pierre (1996-1997) « De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions », *R.D.U.S.*, 27, p. 83-104.

PELTIER Virginie (2014), « Rôle de l'expert en procédure pénale », Gérard Lopez éd., *L'expertise pénale psychologique et psychiatrique. En 32 notions*, Paris, Dunod, 2014, p. 23-50.

PIN Xavier (2018), *Droit pénal général*, 9^{ème} édition, Paris, Dalloz.

RIBEYRE Cédric (2017), « Preuve pénale et expertise Regard du juriste, regard du psychiatre », P. Beauvais et R. Parizot (dir.), *Les transformations de la preuve*, Les transformations de la preuve pénale, actes du colloque de l'AFDP 2017, p. 55-59.

RICHARD Julie (2017), *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, Thèse dactyl., Droit, Université Montpellier.

ROY Lorenzo (1963), « La certitude en matière morale », *Laval théologique et philosophique*, 19(1), 120-170.

SAINT THOMAS, *Somme théologique*, I^a II^{ae}, q. 96, a.1 obj. 3 et ad. 3.

SALAS Denis (2015), *Erreurs judiciaires*, Paris, Éditions Dalloz, collection À savoir.

SAVATIER René (1952), « 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.

SOLUS Henry et Perrot Roger (1991), *Droit judiciaire privé*, t. III, *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, n° 898 et s.

SOMDA Saâtième Laurent (2018), *La conscience du juge : une étude comparée de la certitude morale en droit canonique et de l'intime conviction du juge en droit pénal français*, Thèse dactyl. Université Paris Saclay.

VAISSIERE Aude, (2015) *L'expertise judiciaire en matière pénale : problématique et prospectives*, Paris, Broché.

VAN COMPERNOLLE Jacques (1994), « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », Jadoul Pierre (dir.). *L'expertise*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, p. 105-137.

VERGES Etienne, « Propos conclusifs, La preuve pénale transformée ? », P. Beauvais et R. Parizot (dir.), *Les transformations de la preuve, op. cit.*, p. 333-345.

VERGES Etienne (2016), « Procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, n° 3, p. 551-564.

VERGEZ-CHAIGNON Bénédicte (2008), « La chronologie de l'affaire d'Outreau », *Droit et cultures*, 55 | p. 35-42.