

PLAIDOYER POUR LA PRÉSENCE DE L'AVOCAT LORS DE L'EXPERTISE MÉDICALE

par Chloé Redon

Avocate au barreau de Paris,

et Antoine Ory

Avocat au barreau de Paris

Les expertises médicales se révèlent bien souvent cruciales dans les procédures pénales. Pourtant, en France, celles de la personne mise en cause se déroulent sans la présence de son avocat. La Cour de cassation, en validant leur conformité à l'article 6 de la Convention EDH, pose la question des enjeux liés à l'auto-incrimination et des limites des garanties procédurales existant actuellement pour les mis en examen.

L'affaire *Vacher* – du nom de Joseph Vacher, parfois surnommé l'éventreur du Sud-Est, criminel multirécidiviste qui sévit à la fin du XIX^e siècle – portée à l'écran par Bertrand Tavernier dans *Le Juge et l'Assassin* (1976), fut, à une époque où la justice s'emparait de plus en plus des progrès offerts par la science, le théâtre d'une importante querelle d'experts, certains estimant qu'un diagnostic d'abolition du discernement revenait à décerner un « brevet d'impunité » à l'inculpé. Une première expertise, jugée insatisfaisante par le juge Fourquet car ouvrant la voie à un non-lieu pour cause d'aliénation mentale, fut balayée par une seconde, permettant le jugement de Vacher puis sa condamnation à mort par la cour d'assises. L'affaire donna également l'occasion de montrer à quel point l'analyse expertale pouvait, parfois, épouser une thèse judiciaire pour en asseoir le bien-fondé.

Aujourd'hui encore, les expertises médicales restent une étape souvent délicate pour la défense et peuvent offrir à l'accusation une arme redoutable. Les difficultés posées par le contenu de l'expertise ne résident pas seulement dans le foisonnant, l'elliptique, le jargon scientifique, la traduction approximative, voire, parfois, le semblant de partialité qui affleure... Ce qui dérange quelquefois l'avocat est l'originalité de ce que son client a, hors sa présence, dit à l'expert. Il apprend ainsi ébaubi que son client qui avait, durant trois auditions de garde à vue, deux interrogatoires et un débat devant le juge des libertés et de la détention, contesté les faits objet de sa mise en examen, les reconnaît finalement.

Il s'obstine donc à relire les termes de cette expertise qui, au mieux, cite directement son client (« Donc c'est un viol ? Oui. ») et, au pire, reprend ses propos dans des formulations sujettes à caution (« Sur ma question [NB : laquelle ?], il reconnaîtra, tête baissée, les faits [NB : lesquels ?] »), et reste impuissant faute d'avoir jamais pu constater par lui-même la teneur des questions et des réponses ainsi que leur compréhension par chacun des protagonistes de cette expertise. L'avocat est, en effet, *persona non grata* aux actes d'expertise médicale¹.

■ Une volonté du législateur... conforme aux grands principes ?

Les dispositions de l'article 164 du code de procédure pénale, qui prévoient que les experts judiciaires peuvent recevoir, avec l'autorisation du juge d'instruction, les déclarations de la personne mise en examen qui en est d'accord, en présence de son avocat ou celui-ci dûment convoqué, ne valent pas pour les expertises médicales. En cause, l'alinéa 3 de ce même article selon lequel « les médecins ou psychologues experts chargés d'examiner la personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile peuvent dans tous les cas leur poser des questions pour l'accomplissement de leur mission hors la présence du juge et des avocats ».

La Cour de cassation, loin de s'émouvoir de cette disposition, rappelle régulièrement que les questions posées par l'expert peuvent concerner « les faits objet de l'information »².

La Haute juridiction a d'abord estimé que l'article 164 du code de procédure pénale n'était pas incompatible avec les dispositions de l'article 6, § 3, c, de la Convention EDH, « qui sont étrangères aux opérations d'expertise et dont l'objet est d'assurer les droits de la défense devant les juridictions »³.

Or, la Cour EDH n'a pas semblé entériner cette conception de l'article 6 de la Convention qu'elle a au contraire appliqué aux opérations d'expertise, en dehors de tout « tribunal » quand bien même il les aurait ordonnées, dans deux affaires postérieures – *Mantovanelli c/ France* et *Cottin c/ Belgique*⁴ – déjà largement commentées⁵. Dans ces deux affaires, respectivement en matière administrative et pénale, la Cour a estimé que la procédure, qui n'avait pas permis aux requérants « de commenter efficacement l'élément de preuve essentiel », soit le rapport d'expertise, ne revêtait pas de caractère équitable, en violation de l'article 6, § 1, de la Convention. Elle a ainsi

(1) Durant les phases d'enquête, d'instruction et de jugement, même si c'est la phase d'instruction dont il est question dans cet art.

(2) Crim. 30 avr. 1996, n° 96-80.829 ; Crim. 9 avr. 1991, n° 91-80.614, jugeant que les médecins experts peuvent « examiner les faits ».

(3) Crim. 6 sept. 1993, n° 93-82.861 ; Crim. 9 avr. 1991, préc.

(4) CEDH 18 mars 1997, n° 21497/93, *Mantovanelli c/ France*, D. 1997. 361, obs. S. Perez ; CEDH 2 juin 2005, n° 48386/99, *Cottin c/ Belgique*, RSC 2006. 431, obs. F. Massias.

(5) C. Ambroise-Casterot, Expert - L'expertise et les droits de la défense, Dr. pénal 2022, n° 9, Dossier 12, §§ 10-11.

que les déclarations auto-incriminantes d'un mis en examen lors d'une expertise ne pouvaient « fonder une condamnation »¹⁵.

L'évolution sémantique du critère de « l'unique fondement » en simple « fondement » à une condamnation pourrait laisser croire à une protection plus forte de la Cour, qui interdirait désormais que toute déclaration auto-incriminante effectuée dans ce cadre figure dans la motivation d'une déclaration de culpabilité. Toutefois, le visa, par la Cour de cassation, de l'article préliminaire du code de procédure pénale, dont le dernier alinéa dispose que des déclarations tenues en dehors de la présence d'un avocat ne peuvent servir de seul fondement à une condamnation, permet sans doute d'exclure une telle analyse.

Reste que la protection offerte par cet article et par la Cour de cassation paraît bien faible au regard des conséquences que peuvent emporter les déclarations auto-incriminantes tenues dans le cadre d'une expertise dans l'esprit de magistrats ou de jurés.

L'hypothèse selon laquelle un individu serait condamné sur le fondement exclusif de déclarations effectuées dans le cadre d'une expertise apparaît chimérique, dans la mesure où tout prévenu ou accusé ne peut être jugé que si le magistrat instructeur a au préalable réuni contre lui des « charges suffisantes » permettant son renvoi devant une juridiction répressive. En d'autres termes, il sera toujours possible pour les juridictions du fond de se référer à ces charges, de sorte que l'interdiction qui leur est adressée de fonder une condamnation sur les seules déclarations auto-incriminantes effectuées devant un expert serait aisée à contourner, alors même qu'elles auraient peut-être emporté leur conviction.

Cette garantie, qui ne s'applique en réalité qu'à un cas de figure théorique, voire imaginaire, ressemble davantage à une coquille vide qu'à un bouclier pour le mis en examen.

■ Le droit au silence : une garantie trompeuse

De manière assez paradoxale, le rappel du droit au silence – que certains pourvois appelaient de leur vœux – n'apparaît pas non plus, en l'état du droit, comme une véritable protection pour le mis en examen.

Le droit au silence a, à la faveur de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité soulevées ces dernières années, essaimé de nouvelles étapes de la procédure pénale¹⁶. Dans ce même mouvement,

L'extension du droit au silence à l'expertise revient à entériner de manière définitive l'idée que cet échange est susceptible d'entraîner la discussion des charges pesant sur le mis en examen.

le Conseil constitutionnel a imposé la notification de ce droit lors de l'expertise psychiatrique requise par le parquet dans le cadre d'une enquête préliminaire¹⁷.

Désormais, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 2022 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, l'alinéa 9 du III de l'article préliminaire du code de procédure pénale impose la notification du droit de se taire « avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité [ou devant] toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire », ce qui inclut les expertises psychiatriques ou psychologiques.

Une telle évolution soulève une double inquiétude.

D'une part, l'extension du droit au silence à l'expertise revient à entériner de manière définitive l'idée que cet échange est susceptible d'entraîner la discussion des charges pesant sur le mis en examen et, partant, un risque d'auto-incrimination. La notification du droit au silence laisse ainsi les mains libres aux experts pour interroger comme bon leur semble les mis en examen sur les faits qui leur sont reprochés, alors même qu'il ne s'agit pas là de l'objet de leur mission et quand bien même ceux-ci se montreraient « insistants » pour obtenir des réponses à leurs questions. C'est en effet ce qu'a jugé la Cour de cassation dans l'arrêt du 22 novembre 2023 précité¹⁸, validant l'analyse d'une chambre de l'instruction qui avait estimé que cette insistance n'était pas contraire aux droits de la défense ni au

droit d'être assisté par un avocat dès lors que le droit au silence est respecté. En clair, le rappel du droit de se taire est analysé comme un rempart suffisant face au risque d'atteinte aux droits de la défense ou à la présomption d'innocence, quand bien même le mis en examen ne serait pas assisté de son avocat.

En effet, et d'autre part, à la différence de tous les stades procéduraux où il est désormais imposé, le droit au silence ne s'accompagne pas devant l'expert médical du droit à l'assistance d'un avocat. Ce refus assumé par la Cour de cassation nous paraît critiquable. Il s'agit de la

seule hypothèse en procédure pénale dans laquelle un mis en examen pourra être librement interrogé sur les faits qui lui sont reprochés sans pouvoir être assisté de son avocat.

Au-delà de la conformité à la Constitution de cette situation, il est permis de se demander si, compte tenu du fait que la notification du droit au silence est désormais imposée, et que les experts sont invités à recueillir les observations du mis en examen sur les faits, il ne peut être considéré que cet entretien soit un « acte d'enquête » au sens de l'article 3, § 3, c), de la directive européenne 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 ouvrant le droit à l'assistance d'un avocat.

■ L'impossibilité de contester les propos retranscrits

Ce refus d'autoriser l'assistance d'un avocat nous paraît d'autant plus contestable que les entretiens réalisés avec un expert ne sont pas pris en note par un greffier et qu'il sera impossible pour le mis en examen de contester *a posteriori* la retranscription de ses propos par l'expert lors de l'échange, en l'absence de signature requise de sa part.

Il s'agit là d'une difficulté à laquelle les praticiens se heurtent bien souvent. Le mis en examen, prévenu ou accusé, sera interrogé sur des propos figurant dans le rapport d'expertise, propos qui ne seront le plus souvent qu'un résumé de ses déclarations, et sur lesquels il n'a aucun contrôle. En d'autres termes, le mis en cause, à qui l'on opposerait des contradictions entre ses déclarations à certains stades procéduraux et celles tenues devant l'expert, ne pourra contester ces dernières qu'en faisant valoir qu'elles auraient été

(15) Crim. 22 nov. 2023, n° 23-80.575, AJ pénal 2024. 46, obs. F. Engel.

(16) Par ex., Cons. const. 4 mars 2021, n° 2020-886 QPC, RSC 2021. 483, obs. A. Botton ; Cons. const. 30 sept. 2021, n° 2021-935 QPC, AJ pénal 2021. 540 ; RSC 2022. 419, obs. A. Botton ; Cons. const. 9 avr. 2021, n° 2021-895/901/902/903 QPC, AJ pénal 2021. 269 ; RSC 2021. 483, obs. A. Botton.

(17) Cons. const. 25 févr. 2022, n° 2021-975 QPC, D. 2022. 690, note V. Tellier-Cayrol ; RSC 2022. 419, obs. A. Botton.

(18) Arrêts préc. note 13.

mal retranscrites, à la suite de quoi lui sera posée la sempiternelle question rhétorique que tout mis en cause connaît bien : « pourquoi mentirait-il/elle [l'expert] ? ».

En matière criminelle, les articles 64-1, alinéa 1^{er}, et 116-1, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, qui imposent un enregistrement audiovisuel respectivement lors d'une audition de garde à vue et d'un interrogatoire, offrent *a minima* au mis en examen un élément objectif lui permettant de contester la manière dont l'échange aurait été compris ou retranscrit. Si une telle garantie n'existe pas en matière correctionnelle, il est permis de croire que la présence d'un avocat, d'un greffier, d'un officier de police judiciaire ou d'un magistrat instructeur limite considérablement ce type de difficultés.

Récemment, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article 453 du code de procédure pénale, critiquées en tant qu'elles n'imposent pas la retranscription intégrale des débats devant le tribunal correctionnel, au motif que les différentes parties avaient la possibilité d'apporter la preuve de l'existence d'irrégularités ayant affecté le déroulement de l'audience⁽¹⁹⁾. *A contrario*, le mis en examen auquel seront opposées les déclarations tenues dans le cadre d'une expertise sera dans l'impossibilité d'apporter la preuve de l'inexactitude des propos rapportés, alors même qu'ils sont susceptibles de constituer

des éléments à charge déterminants pour la suite de la procédure. Une telle atteinte aux droits de la défense nous paraît pouvoir être évitée par un panel de solutions parmi lesquelles, outre celles précédemment évoquées (greffier, vidéo, signature), une solution simple et peu coûteuse : enregistrer les entretiens experts avec des dictaphones placés par la suite, sous scellés de manière à permettre à la défense de les exploiter dans l'hypothèse où une difficulté surgirait.

Mais plus encore, s'il est un remède à toutes ces situations où les droits de la défense sont malmenés, c'est bien celui d'ores et déjà adopté par nos voisins italien⁽²⁰⁾ et belge⁽²¹⁾ : convoquer l'avocat à l'expertise médicale.

(19) Cons. const. 20 sept. 2019, n° 2019-801 QPC, § 6, AJ pénal 2019, 566, obs. T. Lebreton.

(20) C. pr. pén. italien, art. 230.

(21) L. du 5 mai 2014, art. 7.