

Les experts et les embûches

Pourriez-vous mettre en perspective comparative l'approche de la *common law* sur la question de la recevabilité de la demande de l'expertise, et peut-être éclairer quand l'expert.e est-il nécessaire en droit irlandais en particulier et dans les pays de la *common law* en général?

En premier, il faut comprendre que dans le système de la *common law*, un juge entre dans un tribunal et les parties, le procureur et l'accusé, le plaignant et le prévenu, présentent leur affaire. Le juge ne commissionne jamais un expert, pas plus qu'il n'appelle un témoin : ce sont les parties qui sont aux commandes, pas le juge. Dans une affaire pénale, le juge dispose du dossier des déclarations des témoins et, dans les grandes affaires commerciales, il peut également être prévenu par écrit de ce qui va se passer. Dans une affaire pénale, il est probable qu'il y ait des preuves pathologiques, dans une affaire civile, des experts peuvent témoigner, dans mon expérience, sur tout ce qui va de la chimie à l'économie. Les experts coûtent de l'argent. Si un expert est présenté, l'autre partie doit répondre avec son propre expert. D'où des retards et des dépenses. Le grand danger est que l'expert prenne le contrôle du procès. J'en parlerai plus tard, ainsi que des règles non écrites (pratiques judiciaires) qui permettent de s'en protéger (et qui me sont personnelles). Mais le droit en Irlande est conçu pour limiter les témoignages d'experts : parce que c'est dangereux.

Face à des litiges de plus en plus complexes et dans des domaines toujours plus spécialisés, le nombre de domaines qui peuvent justifier le recours à un expert augmente toujours plus.¹ La règle permettant de faire appel à un expert, seulement sur les questions "pour lesquelles la compétence pour former une opinion ne peut être acquise que par une étude spéciale",² remonte à 1782 en Angleterre.³ En Irlande, la règle appliquée dit ceci :

Les tribunaux autorisent les témoignages d'experts sur toutes les questions qui ne relèvent pas de la compétence et de l'expertise de la personne qui constate les faits, qu'elle soit juge ou jury. L'opinion d'expert doit apporter de l'information qui donne au tribunal l'aide dont il a besoin pour former ses conclusions.⁴

C'est notre approche: très stricte. Une approche alternative à notre juridiction a été proposée par la Commission de réforme du droit australien, mettant l'accent sur la question de savoir si le rapport d'expertise serait utile à la cour, plutôt que de se concentrer sur la question de savoir si le sujet abordé relève de la portée des connaissances générales.⁵ Mais les approches diffèrent dans le monde de la *common law* avec un degré important d'incertitude quant aux recours aux rapports d'expertise, plus particulièrement aux États-Unis. La règle fédérale 702 stipule que "le critère pour

¹ Lirieka Meintjes-Van der Walt, 'The Proof of the Pudding: the Presentation and Proof of Evidence in South Africa' (2003) 47(1) *Journal of African Law* 88 - 89.

² Hodge M Malek, *Phillips on Evidence* (20th ed, 2022) 1245.

³ *Folkes v Chadd* (1782) 3 Doug 157. References henceforth to England as a jurisdiction means the jurisdiction of England.

⁴ *The People (DPP) v Bove* [2017] IECA 250 at [104], Birmingham P.

⁵ Rapport de la Commission de réforme du droit, 'Consolidation and Reform of Aspects of the Law of Evidence' (2016) 73.

déterminer si un témoignage d'expert est justifié, est de savoir s'il "aidera le juge".⁶ C'est une approche floue, fortement influencée par le fait que chaque litige est traité différemment. Le juge de première instance aux États-Unis est considéré comme un "gardien", lui-même étant décideur des questions préliminaires concernant "la qualification des témoins".⁷ Cela peut parfois générer des incohérences comme l'appel à des experts se prononçant sur les rapports d'identification par témoin oculaire, pour adopter un exemple paradigmatique où les différences deviennent flagrantes, certains tribunaux américains choisissant de ne pas adopter la tendance libérale approuvée par la Cour suprême dans l'affaire *Daubert v Merrell Dowell Pharmaceuticals*,⁸ et certains critiques la considérant comme une invasion du rôle du jury dans la détermination du poids à accorder à ces preuves.⁹

Traditionnellement, en Irlande comme en Angleterre et au Pays de Galles, la règle interdit de faire appel à des experts pour témoigner sur la psychologie de l'identification par témoin oculaire. En soi, cet exemple peut sembler anecdotique, mais le fait d'autoriser le témoignage d'experts sur une question à laquelle les membres du jury et les juges sont confrontés dans leur vie quotidienne, met en évidence les dangers inhérents à tout assouplissement du critère actuel. Si cela devait se produire, si l'admission des témoignages d'experts n'était pas fondée sur une règle claire, mais sur quelque chose qui s'apparente à un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la nature des litiges, leur coût et leur durée, pourraient se transformer en un concours d'experts plutôt qu'en une analyse judiciaire. Alors que les États-Unis ont progressivement élargi le nombre de questions qui sont considérées comme pouvant faire appel à une opinion d'expert,¹⁰ en Angleterre et au Pays de Galles et en Irlande, les tribunaux ont adopté une approche restrictive, dont la psychologie de l'identification par témoin oculaire n'est qu'un exemple. Lorsqu'une question relève de la connaissance ordinaire, telle que la capacité d'un individu à reconnaître une personne et à se souvenir de son apparence plusieurs mois plus tard,¹¹ ces questions ne nécessitent pas l'assistance d'un expert.¹² Dans les procès criminels, l'approche est de s'appuyer sur une indication du juge au jury quant aux inexacitudes potentielles de l'identification par témoin oculaire, plutôt que de présenter un expert sur le sujet.¹³ Ce point de vue est largement fondé sur le fait qu'il existe une "conscience générale"¹⁴ des limites de ce type de preuves et aussi une reconnaissance du potentiel de "perte de temps et de preuves potentiellement confuses et trompeuses".¹⁵

⁶ Angela D Slater, 'Federal Standards for Admissibility of Expert Evidence on Causation' (1994) 61 *Defence Counsel Journal* 51.

⁷ Paul W Grimm, 'Challenges Facing Judges Regarding Expert Evidence in Criminal Cases' (2017) 86 *Fordham L Rev* 1601.

⁸ 509 US 579 (1993).

⁹ Robert J Hallisey, 'Experts on Eyewitness Testimony in Court' (1995) 39 *Howard LJ* 282.

¹⁰ Paul W Grimm dans 'Challenges Facing Judges Regarding Expert Evidence in Criminal Cases' (2017) 86 *Fordham Law Review* 1604 liste plusieurs types de cas aux États Unis où les rapports d'experts sont admis. Les sujets peuvent être très varié, par exemple, la crypto currency, comment fonctionne une tour de télécommunication et la fiabilité des tests the sobriété routière.

¹¹ Il est important de noter comme le fait Robert J Hallisey, 'Experts on Eyewitness Testimony in Court – a Short Historical Perspective' (1995) 39 *Howard Law Journal* 237 at 282, que quelques tribunaux aux Etas Unis n'adopte pas encore l'approche *Daubert* et sont plus stricte sur l'admission des experts.

¹² Prouver que l'expert sera utile a la cour en Irlande est le role du parti qui cherche a l'introduire: Collins J in *Duffy v McGee & Anor* at [23] ; *Kennedy v Cordia (Services) LLP* [2016] UKSC 6.

¹³ *DPP v Maguire* [1995] 2 IR 286.

¹⁴ Oliver P Holdenson, 'The Admission of Expert Evidence of Opinion as to the Potential Unreliability of Evidence of Visual Identification' (1987) 16 *Melbourne University Law Review* 521.

¹⁵ *Ibid* at 531.

Si l'on s'en tient strictement aux sujets très spécialisés, -qui est la loi en Irlande, les experts restent rares à témoigner devant les tribunaux ; cependant, les experts sont très présents dans les procès pour blessures corporelles, y compris pour les cas les plus banals. L'approche irlandaise donne l'avantage à la cour puisqu'aucune partie ne peut alors prétendre être contredite par une personne supposée plus qualifiée que le juge.

En Angleterre, depuis les réformes Woolf de la fin des années 1990, les tribunaux peuvent restreindre de manière significative le nombre d'experts autorisés à témoigner, ainsi que la portée des preuves fournies.¹⁶ En Irlande, comme indiqué dans l'affaire *Defender Ltd v HSBC France*,¹⁷ l'ordonnance 39, règle 58 des règles des Cours supérieures, stipule que les preuves d'experts "doivent être limitées à ce qui est raisonnablement requis pour permettre à la Cour d'avancer dans la compréhension des cas" et empêche les procès d'être submergés par des rapports d'expertise.¹⁸ Un expert pour chaque partie est maintenant la règle générale. Malgré ces efforts de restriction, il reste d'innombrables cas, dans toutes les juridictions, où de multiples experts sont appelés dans des procès, tous spécialistes dans la même discipline mais incapables de se mettre d'accord au-delà des principes fondamentaux. Les tribunaux n'ont pas besoin de s'encombrer ainsi.



¹⁶ PD 35 de les Civil Procedure Rules, mis en place après le rapport de Lord Woolf. Rule 35.4(3A) dit que les experts ne peuvent que témoigner sur un sujet spécifique dans chaque procès.

¹⁷ [2020] IESC 37.

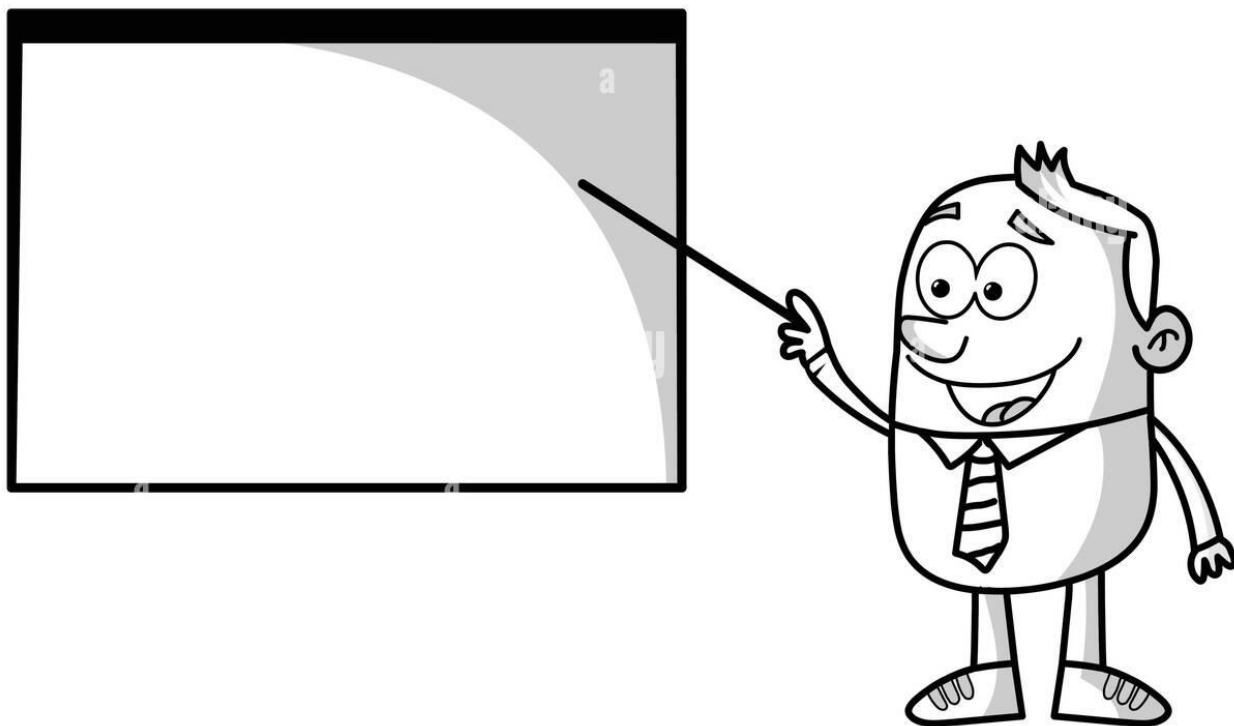
¹⁸ Kelly P, dans *O'Brien v Clerk of Dáil Éireann* [2016] IEHC 597, [2016] 3 IR 384, [36] dit que la Règle 58 "Donne un contrôle très nécessaire à la cour vis-à-vis les règles pour entendre les expert. »

Comment un juge peut-il prendre une décision indépendante lorsque l'expert dit au tribunal que vous devez conclure en conformité avec son opinion ? Où est l'indépendance ? Donc, la question c'est comment un juge de la common law évalue-t-il, ou devrait-il évaluer, un témoin expert ?

Tout d'abord, il existe une règle appelée "règle de la question ultime". Cette règle permet à un témoin expert de fournir au juge les éléments lui permettant d'évaluer l'affaire, mais l'expert ne peut jamais dire au juge de se prononcer dans un sens ou dans l'autre. Le témoin peut s'en approcher, mais la loi exige que le juge soit toujours libre.

Ensuite, vous devez prendre une décision - en réalité une décision sur (par définition) quelque chose dont vous ne savez rien, à part ce que vous avez entendu au tribunal, alors comment peut-on ce faire ?

J'ai cinq principes. Ils sont maintenant écrits mais, bien qu'ils me soient personnels, ils correspondent à ce que tous les juges doivent faire.



1. Le domaine de spécialisation d'un expert peut être aussi peu familier au magistrat qu'au jury.¹⁹ Par conséquent, le juge de première instance doit impérativement se concentrer sur la compréhension des éléments fondamentaux de la discipline spécialisée pour laquelle l'expert a été appelé. L'indépendance est au cœur du rôle du juge, qui doit veiller à ce qu'aucun expert ne puisse usurper sa position pendant l'audience. Sans une connaissance pratique de la discipline scientifique concernée, un juge ne peut ni instruire correctement un jury sur des questions telles que les preuves psychiatriques, ni prendre une décision sûre et valable dans les affaires civiles relatives aux preuves scientifiques.

Pour un juge, il est donc essentiel que les experts se réfèrent à des textes de référence médicaux et autres textes scientifiques. Ainsi, une étude de la matière en dehors du tribunal est possible et le juge peut alors maîtriser au moins les principes fondamentaux de la discipline.



Il est également important pour les experts de se rappeler qu'un juge est un juriste plutôt qu'un clinicien ou un ingénieur, et que l'esprit judiciaire a donc tendance à s'attacher aux définitions et aux descriptions. L'esprit juridique recherche la certitude juridique ; ce qui est concret, saisissable, racontable et réalisable. Le droit est une discipline qui, au fil des siècles, a neutralisé la réaction humaine instinctive face au mal et a remplacé l'émotion par un ensemble de règles sur la manière dont un juge doit réagir face à des circonstances particulières,²⁰ mais ces règles peuvent être contradictoires. Potentiellement, ce conflit est en place dans chaque cas. La raison pour laquelle toutes les règles juridiques existent, -comme celles relatives à l'irresponsabilité pénale selon laquelle

¹⁹ L'une des critiques de la fonction de 'garde-barrière' des juges dans le cadre de l'affaire *Daubert* repose sur le fait que les juges n'ont pas les connaissances scientifiques et l'éducation nécessaires pour savoir quand exclure des preuves d'experts non fiables ou illogiques : Rapport de la Commission de réforme du droit, 'Consolidation and Reform of Aspects of the Law of Evidence (2016) 251.

²⁰ Un exemple célèbre en Irlande se trouve dans le jugement de Kingsmill Moore J dans l'affaire *Re Julian* [1950] IR 57, où il a estimé que, bien que regrettant le résultat de l'application de la loi telle qu'elle était clairement énoncée, il était tenu de le faire, ce qui a entraîné l'exécution de ce qui était vraisemblablement un testament rédigé par erreur

l'accusé doit prouver clairement qu'il était, au moment des faits, atteint d'un trouble psychique ayant aboli sa perception de la réalité ou le contrôle de ses actes - est que tous les cas peuvent bénéficier de la même approche.²¹ En d'autres termes, la chimère insaisissable de la certitude juridique. Ainsi, un juge s'intéresse à l'opinion d'un expert, quel qu'elle soit, mais il doit exiger que cette opinion soit clairement fondée sur une explication scientifique.



En effet, l'objectif est de rendre son indépendance au juge. De plus, quelques connaissances de base permettent à un juge qui doit résumer les preuves pour un jury de reformuler ou de simplifier ce qui pourrait être des concepts difficiles dans une forme qu'ils peuvent aborder, ou si un juge doit écrire un jugement, cela lui permet de réduire des pages de transcription à un paragraphe compréhensible pour une cour d'appel.²²

2. La deuxième chose sur laquelle le juge se concentre est l'application du rapport scientifique au cas particulier exposé devant la cour. Ce processus de comparaison des déclarations des témoins à ce que d'autres ont dit se fait avec des témoins non-experts par habitude judiciaire ;²³ mais le processus de raisonnement est plus extrême dans le cas d'un rapport d'expertise, car l'expert est celui qui établit le chemin à suivre vers un résultat particulier et qui, souvent, prétend être le seul résultat plausible.²⁴ Le juge se demande toujours si c'est effectivement le cas, et cela ne peut se faire sans une compréhension approfondie des principes fondamentaux de la discipline.

²¹ L'importance de la certitude, en particulier en droit pénal, a été soulignée à de nombreuses reprises par les tribunaux irlandais; *King v Attorney General* [1981] IR 233, *Attorney General v Cunningham* [1932] IR 28, *The People (DPP) v Cagney and McGrath* [2008] 2 IR 111, *Douglas v DPP* [2011] IEHC 110 et *Dokie v DPP* [2013] IEHC 343.

²² Ce rôle a été de plus en plus important dans les audiences au cours des dernières décennies, car le fossé entre les connaissances d'un juré ou d'un juge et celles d'un expert en la matière s'est élargi : John E Lopatka, 'Economic Expert Evidence: the Understandable and the 'Huh?'' (2016) 61(3) *The Antitrust Bulletin* 434-436.

²³ Moffat Maitele Ndou, 'Assessment of Contested Expert Medical Evidence in Medical Negligence Cases: a Comparative Analysis of the Court's Approach to the Bolam/Bolitho test in England, South Africa and Singapore' (2019) 33(1) *Speculum Juris* 54.

²⁴ La position d'un témoin expert a été décrite comme une position de "privilège particulier devant les tribunaux" dans l'affaire *Condon v ACC Bank & Ors* and *Cuttle v ACC Bank Plc* [2012] IEHC 395.

3. Comme pour tout témoin, le juge se méfie de la tromperie. Cela ne veut pas dire que les experts sont plus susceptibles d'induire un tribunal en erreur, mais le risque est réduit si le juge est conscient du danger. Grâce au développement d'un langage spécialisé, les experts peuvent être tentés de présenter un témoignage plus confus que celui qui serait accepté de la part d'autres témoins et de formuler une conclusion dans un contexte où cette conclusion ne peut être facilement analysée. Comme l'a expliqué le juge Collins dans l'affaire *Duffy v McGee*,²⁵ ce sont les préoccupations concernant la possibilité de partialité ou de manque d'indépendance qui ont conduit au développement des devoirs et des responsabilités des experts par le juge Cresswell dans l'affaire *The Ikarian Reefer*.²⁶ On peut demander: peut-on identifier un expert de la vérité et de la compétence, quelqu'un que dont lequel vous pouvez faire confiance? Oui, mais seulement quand on comprend les principes fondamentaux du sujet!

Par conséquent, l'expérience a montré qu'on reconnaît un véritable expert à sa volonté de partager librement ses connaissances. En choisissant d'exposer la science comme faisant partie de la satisfaction de la connaissance, un expert signale qu'il n'a rien à craindre et, par conséquent, son témoignage devient de plus en plus persuasif ou significatif.²⁷ En outre, le fait que le juge cherche à mieux connaître la connaissance de l'expert lui permet de garder le contrôle sur le processus de prise de décision.

4. Quatrièmement, comme l'ont clairement montré la myriade de règlements et de directives de pratique établis dans plusieurs juridictions, les juges sont conscients, à divers degrés, des dangers potentiels des experts. Souvent, leur témoignage des experts est le pivot de l'affaire qui peut finalement déterminer le résultat de l'audience. Des opinions tranchées ont été exprimées dans le passé selon lesquelles les experts peuvent changer de théories ou de points de vue en fonction de la situation.²⁸ Par conséquent, un juge examine comment l'expert a été identifié et briefé. Il est donc utile pour les experts d'inclure dans un rapport la façon dont ils ont été contactés et quelle est la tâche qu'ils ont acceptée.²⁹ Il est important de se rappeler que, en *common law*, la préparation des déclarations des témoins est soumise au privilège (secret professionnel?) contre la divulgation, il y a donc beaucoup plus de mystère autour d'un expert qu'il n'y en a avec un témoin perspicace. La loi en Angleterre et au Pays de Galles sur cette question a été confirmée par Longmore LJ dans *Jackson v Marley Davenport Ltd*,³⁰ déclarant :

Il ne fait aucun doute que si un expert fait un rapport dans le but de permettre aux conseillers juridiques d'une partie de donner des conseils juridiques à leur client, ou pour

²⁵ [2022] IECA 254 at [20].

²⁶ [1993] 2 Lloyds Rep 68.

²⁷ Ceci est particulièrement important en ce qui concerne les avis d'experts qui ont changé au cours du procès. Keith Rix, *Expert Psychiatric Evidence* (2011) 9, En ce qui concerne les modifications apportées aux témoignages d'experts à la lumière de nouvelles informations ou en raison d'une mauvaise compréhension d'un critère juridique particulier, il a déclaré que "si vous changez d'avis, la base sur laquelle vous vous fondez doit être claire. Si ce n'est pas le cas et si la version antérieure de votre rapport a déjà été divulguée, vous serez accusé de partialité".

²⁸ WM Best, *Principles of the Law of Evidence* (11th edition, London, 1911) at 491 et Pitt Taylor, *Treatise on the Law of Evidence* (12th edition, London, 1931) 59.

²⁹ Ceci est particulièrement important lorsqu'il peut y avoir des inquiétudes concernant un biais structurel.

Deirdre M Dwyer, 'The effective management of bias in civil expert evidence' (2007) 26(Jan) *CJQ* 57.

³⁰ [2004] EWCA Civ 1224 at [14].

en discuter lors d'une conférence des conseillers juridiques d'une partie, un tel rapport fait l'objet d'un privilège de litige au moment où il est fait.

En Irlande, l'arrêt *Payne v Shovlin*³¹ confirme que la règle pertinente³² "exige la production ou la divulgation des rapports de manière à éviter les surprises, que ce soit au cours de l'interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire d'un témoin expert".

5. Enfin, tout juge qui écoute une affaire est à la recherche des points pivots, les moments où l'équilibre d'une affaire bascule dans un sens ou dans l'autre. Pendant l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire, le juge est idéalement silencieux, ouvert d'esprit, considérant les détails et les principes particulièrement significatifs et dressant une liste mentale reliant la science aux faits. Il le fait, de façon à ce que les idées saillantes soient recueillies pour instruire un jury ou pour justifier une décision écrite ultérieure (un arrêt). Le point de vue d'un expert peut être raisonné dans la conclusion finale ou peut éclairer une décision judiciaire. Cependant, un juge ne devrait jamais interposer sa propre théorie sur les opinions de l'expert ; lorsque la science n'est pas explicitement soutenue par un expert, elle ne devrait pas être inventée ou déduite.



Pouvez-vous donner un ou deux exemples (maximum) pratiques de la façon dont les difficultés liées aux témoins experts sont utiles et illustrer la raison pour laquelle les experts sont nécessaires au tribunal ?

Oui, j'ai parlé des témoins experts en termes de difficultés qu'ils posent. Mais dans de nombreuses situations - psychiatrie et folie légale ; droit des brevets et question de savoir si une invention est évidente ; évaluation des blessures causées par un accident d'usine ; et droit pénal - les experts sont indispensables.

³¹ [2006] IESC 5.

³² Order 39, rr 42-51 Rules of the Superior Courts.



Imaginez donc la scène suivante. C'est le week-end de la Saint Patrick, en mars 1996. Au milieu de la nuit, la co-proprétaire d'un bar-restaurant prospère à Wicklow appelle la police. Sa voix est angoissée. La police arrive. Ils la trouvent, Catherine Nevin, ligotée en bas de l'escalier au sud de l'établissement. Elle pleure et raconte que des hommes ont envahi sa chambre, l'ont saccagée et l'ont attachée en criant qu'ils voulaient de l'argent, alors qu'elle se débattait. Immobilisée sur son lit, elle a entendu ce qui ressemblait à la chute d'une "grosse casserole". Une télévision a été prise dans sa chambre et jetée près de la porte. Elle n'avait pas réussi, elle a dit, à se rendre dans la salle de restaurant où son mari Tom avait l'habitude de faire les comptes de la journée, après la fermeture de l'entreprise, seul dans son bureau en buvant tranquillement un verre. Elle est restée ligotée pendant plus d'une heure depuis le départ des voleurs, dit-elle.

La police se rend dans la partie restaurant de l'établissement. Il n'y a aucune trace de saccage. Dans le petit bureau au fond du salon, il y a un livre de comptes ouvert sur le bureau et une pinte de bière à côté. Sur le sol, allongé, Tom Nevin est mort. Il a une petite blessure par arme à feu à la poitrine, ses lunettes sont toujours en place sur son visage et le stylo avec lequel il faisait les comptes est serré dans sa main.



Maintenant, demandez-vous, sachant qu'un expert ne peut témoigner que sur une discipline obscure (hors de l'expérience commune des juges et des jurés), que vous révèle cette scène ?

Sans expertise : c'est la scène d'un vol - Tom Nevin a été fusillé, peut-être en affrontant les criminels ; Catherine Nevin est maintenant veuve et a été malmenée par le gang et abusée. Elle est la victime.

Maintenant, apportez des informations d'expert au sujet de la scène. La scène du crime change. Le stylo dans la main de la victime et le livre ouvert sur le bureau : ce sont des faits qui permettent à un juré/juge ordinaire de déduire que la victime a été surprise. Cela ajoute un peu. La médecine légiste examine le corps : elle affirme que la victime a été tuée d'une balle de fusil d'assaut en plein cœur. En outre, la balle présente des stries qui ne peuvent être comparées à aucune balle utilisée dans un crime antérieur. L'examen des vêtements de la victime ne révèle aucun résidu d'arme à feu.



Qu'est-ce que cela ajoute ? Beaucoup de choses. Lorsqu'ils sont expulsés du baril d'un fusil à cause de l'explosion de la balle, le plomb, l'antimoine, le baryum, le calcium et le silicium (constituants du gaz propulseur) peuvent être transportés jusqu'à 2 ou 3 mètres de l'arme. L'absence de telles traces sur la victime signifie que le tir a été effectué à 2 mètres ou plus de distance de la victime. Des résidus d'armes à feu sont trouvés sur la porte : c'est de là que le coup de feu a été tiré.

Le cœur est-il important ? Oui, parce que le corps est sous pression, tirer dans la tête fera expulser du sang librement, de même que frapper les artères. Si vous tirez dans le cœur, vous arrêtez la pompe : le tueur ne sera pas couvert de sang ou de tissus. La porte se trouvant à 4, 5 mètres du corps. Il faut donc un très bon tir pour tuer d'une seule balle dans le cœur. Déduction : il s'agit d'un meurtre professionnel.



Les analyses des experts de la police et les preuves médicales se tournent ensuite vers la victime et la chambre à coucher. Les poignets et les chevilles de Mme Nevin ne portent aucune marque de ligature. Les attaches n'étaient donc pas serrées - pourquoi a-t-elle fallu attendre si longtemps avant d'appeler la police ? De plus, il y a un bouton d'alarme dans la chambre à coucher, mais il n'a pas été actionné. L'expérience (et l'expérience fait autant partie de l'expertise que l'étude) du travail de la police montre que la chambre à coucher n'a pas été saccagée. Aucun voleur n'envisagerait de dérober une télévision, un objet encombrant ayant peu de valeur de revente. Ni la porte ni les fenêtres n'ont été brisées : donc, ceux qui sont entrés ont été admis ou disposaient d'une clé. Un examen approfondi montre qu'à côté du lit, il y a un rouge à lèvres ouvert sur la table de nuit ; debout, il n'est pas tombé. Il n'y a pas eu de lutte.



Cette analyse d'expert a mis la police en position de suspecter la veuve. Par la suite, en discutant avec elle dans son restaurant, les policiers remarquent dans le carnet d'adresses qu'elle a ouvert devant elle, le numéro de téléphone d'un homme ayant un casier judiciaire pour terrorisme. Cela les amène à parler à cet homme, puis à deux autres, qui disent tous que la veuve leur a demandé d'assassiner son mari en faisant passer le meurtre pour un cambriolage. Curieusement, en interrogeant le personnel du restaurant, alors que cette nuit-là, ils allaient en discothèque puis revenaient normalement dormir sur place, cette nuit-là seulement, la veuve leur a dit de ne pas revenir.³³

³³ *The People (DPP) v Catherine Nevin* [2010] IECCA 106.

La scène a complètement changé. Les experts sont utiles. Ils changent la perspective. Mais le juge doit rester indépendant et en control du procès.

Deuxième exemple

Un autre exemple est l'affaire C-613/14 - *James Elliott Construction v Irish Asphalt* 27 octobre 2016 CJUE. En termes simples, Elliott Construction a construit un bâtiment communautaire à Dublin, mais trois ans plus tard, les sols en béton posés sur des pierres concassées provenant d'Irish Asphalt se sont agrandis et ont apparemment fissuré l'ensemble du bâtiment. Les travaux de rénovation ont coûté plusieurs millions d'euros. Le sol s'est-il dilaté parce que la pierre concassée était pleine de pyrite ? Cette affaire a duré 60 jours et 14 experts se sont contredits. Par la suite, j'ai proposé un seul expert de chaque côté (une nouvelle règle). C'est désormais la norme. Pour la carrière, les experts ont dit que le bâtiment était mal construit. Pour les constructeurs, les experts ont dit que la pierre avait gonflé et fait monter les planchers comme un gâteau dans un four. J'avais des preuves chimiques d'experts des deux côtés et une analyse de la pierre au microscope électronique.³⁴



L'un des facteurs déterminants a été une démonstration au cours de laquelle la même pierre a été placée dans des conditions contrôlées et a fait l'objet d'un examen minutieux. La pierre s'est dilatée. Elle ne sert à rien si elle n'est pas totalement inerte. Pour la carrière, il a été prétendu que le bâtiment s'était enfoncé dans ses fondations à cause d'un mauvais travail. En tant que juge, j'ai écouté tous les ouvriers qui ont construit le bâtiment. Tout porte à croire qu'ils étaient prudents et qu'ils connaissaient leur travail. Il s'agit là d'un jugement ordinaire. Mais un plancher peut sembler s'élever si toutes les fondations s'enfoncent. C'est ce qu'a avancé les avocats et les experts pour la carrière. Mais, après analyse avec une tour voisine, les mesures ont montré une stabilité dans le temps. En outre, un expert canadien a déclaré que les fondations peuvent s'enfoncer, certes, mais

³⁴ *James Elliott Construction v Irish Asphalt* [2011] IEHC 338, [2014] IESC 74, C-613/14 - *James Elliott Construction v Irish Asphalt* 27 octobre 2016 CJUE.

que dans ce bâtiment, elles auraient dû s'enfoncer uniformément d'environ 4 à 8 cm sur toute la longueur et la largeur de ce grand bâtiment. L'enfoncement, a-t-il dit, est toujours partiel et il n'a jamais vu d'uniformité sur chaque partie d'un bâtiment.

Par conséquent, sans la preuve d'un expert, j'aurais été, en tant que juge, à la recherche de mes propres théories, mais avec l'aide d'un expert, j'ai reçu les outils d'analyse que mon expérience de la vie n'aurait pas pu me fournir. Le constructeur a obtenu des dommages-intérêts contre la carrière.



Tom Nevin, victim d'un tueur professionnel



Une tombe un peu exagérée



La propagation des résidus d'armes à feu



Le corps est enlevé pour examen médico-légal



Le rouge à lèvres est resté debout



L'édifice

Les experts représentent-ils un danger pour le bon déroulement de la justice ?

Le danger que peuvent représenter les rapports d'experts a été mis en évidence par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton Co*,³⁵ où les juges ont averti que "l'opinion d'expert peut être un élément clé dans la recherche de la vérité, mais elle peut aussi présenter des dangers particuliers". L'expérience montre que les rapports d'experts, contrairement à l'aide qu'ils sont censés apporter à la cour, peuvent entraver les procès et inciter la cour à commettre des erreurs en soutenant des théories insoutenables et niant les incohérences de théories partisans. Ces dangers, bien que reconnus, sont difficiles à réguler juridiquement, bien qu'ils aient fait l'objet de nombreuses tentatives de réforme structurelle au niveau international.³⁶ Dans ce contexte, c'est l'état d'esprit du juge face à l'expert et son affirmation déterminée de l'indépendance de la justice qui devient plus important que les règles juridiques. Certes, les bons experts sont capables d'expliquer clairement et simplement des concepts complexes à partir de leurs compétences et peuvent être aussi équilibrés et impartiaux dans leurs conclusions.³⁷

Les juges devraient cependant toujours être conscients du danger que représente le témoignage d'un expert. Le recours à des experts coûte cher et, en l'absence d'une règle claire quant à leur utilisation et d'une limitation du nombre d'experts qui peuvent être appelés, le principe de l'égalité de traitement des parties risque d'être déséquilibré en faveur de ceux qui ont le portefeuille le mieux rempli.

Les juges peuvent-ils faire confiance aux experts ?

La position privilégiée que les experts tendent à se voir accorder devant les tribunaux a suscité des inquiétudes quant à la partisanerie potentielle des témoins,³⁸ notamment en ce qui concerne la rémunération de l'expert. Les sommes importantes souvent versées aux experts pour leur témoignage peuvent susciter des inquiétudes, qu'il s'agisse de la perception ou de la réalité d'une "attraction de l'équipe",³⁹ ce qui soulève une mise en garde sévère quant à la possibilité d'une inégalité des armes entre les parties au litige.⁴⁰ Bien que le juge MacMenamin, dans l'affaire *O'Leary v Mercy University Hospital Cork Ltd*,⁴¹ ait considéré que des honoraires substantiels ne créent pas, en tant que tels, un conflit d'intérêts, son jugement a souligné l'importance pour un témoin expert de

³⁵ [2015] 2 SCR 182.

³⁶ The Canadian Supreme Court held in *R v DD* [2000] 2 SCR 275 at [52] that while experts were not biased in a "dishonest sense", a "lack of independence and impartiality can contribute to miscarriages of justice" and has done so in a number of "notable cases".

³⁷ The judgment of Noonan J in *Duffy v McGee & Anor* [2022] IECA 254 highlighted that the duty of impartiality "imports a willingness on the part of the expert to remain open to alternative possibilities, and if necessary, to change his or her mind when confronted with new information" at [94].

³⁸ For example, Gary Edmond in 'Secrets of the 'Hot Tub': Expert Witnesses, Concurrent Evidence and Judge-Led Law Reform in Australia' (2008) 27(1) *Civil Justice Quarterly* 51 at 52 noted that a survey of judges and magistrates in Australia found that "bias" and "partisanship" were two of the most pressing problems with expert evidence in that jurisdiction.

³⁹ Josefin Movin Østergaard, 'An Assessor on the Tribunal: How a Court Is to Decide When Experts Disagree' (2016) 35(4) *CJQ* 319 at 326 states that "despite their overriding duty to the court, party-appointed experts carry with them a truth-hindering risk of bias".

⁴⁰ Furthermore, disclosure by experts of the information they rely upon to other parties to the litigation has been emphasised as an important balancing requirement, per *Dana UK Axle Ltd v Freudenberg FST GmbH* [2021] EWHC 1413 (TCC).

⁴¹ [2019] IESC 48.

"pécher par excès d'indépendance et d'objectivité" et d'éviter une conduite qui le rende vulnérable à une allégation selon laquelle il est devenu un avocat ou un "membre d'une équipe juridique".⁴² Des jugements récents de la Cour d'appel ont clairement indiqué que le fardeau de s'assurer que les experts sont conscients de leur devoir envers le tribunal incombe aux parties qui les appellent à témoigner et que tout manquement à ces exigences risque à la fois l'exclusion de leur témoignage et des conséquences négatives sur les coûts.⁴³ Il y a, cependant, une gamme d'approches entre les juridictions quant à savoir si la preuve sera exclue, ou si on lui donnera simplement moins de poids, lorsque l'objectivité ou l'impartialité d'un expert est remise en question, avec la loi en Angleterre et au Pays de Galles et au Canada adoptant une approche similaire à celle vue en Irlande,⁴⁴ tandis qu'en Australie, un accent est mis sur le poids plutôt que sur l'admissibilité de la preuve.⁴⁵

Une tentative d'aborder l'impartialité et le poids financier a été l'introduction d'un seul expert commun aux deux parties qui, grâce à l'indépendance offerte par le fait d'être le seul témoin expert sur un sujet particulier, est supposé être moins à risque de tomber dans la partialité. Les préoccupations concernant la durée des procès et le coût des litiges peuvent être considérablement atténuées lorsqu'un expert unique est nommé pour une affaire. Ces considérations ont conduit à ce que de tels experts deviennent la norme en Angleterre et au Pays de Galles, en particulier dans les petites affaires.⁴⁶ Lord Woolf dans *Peet v Mid-Kent Healthcare Trust*⁴⁷ a souligné que le pouvoir discrétionnaire donné aux tribunaux par la Practice Direction 35.⁴⁸ En Irlande, l'article 20 de la loi de 2004 sur la responsabilité civile et les tribunaux prévoit la possibilité d'un accord sur un expert commun unique entre les parties, plutôt qu'un accord imposé par le juge du fond. Cela n'a rien changé ; un accord dans un système contradictoire est toujours possible. Dans le rapport "Review of the Administration of Civil Justice", présidé par Kelly P, l'une des réformes clés en ce qui concerne la preuve par expert a suggéré de conférer un pouvoir au tribunal pour nommer un tel expert dans cette juridiction, en adoptant la procédure de l'Angleterre et du Pays de Galles.⁴⁹ Mais même cette procédure comporte des dangers, car même s'il est soumis à un contre-interrogatoire, un tel expert est susceptible d'avoir encore plus d'influence sur le tribunal que dans un concours entre des experts nommés par les parties.⁵⁰

L'appréciation du rapport d'expertise reste cependant centrée sur le témoignage lui-même. Par conséquent, les préceptes énoncés par Stuart Smith LJ dans *Loveday v Renton (No 1)*⁵¹ demeurent utiles en déclarant que le juge se guide lui-même pour accepter ou rejeter l'expertise selon sa "cohérence interne et sa logique", la "précision et l'exactitude de la pensée telle que démontrée" en répondant, en particulier en faisant face à la logique d'une proposition contraire, peut-être dans le

⁴² *Ibid* at [40].

⁴³ Per the judgment of Collins J in *Duffy v McGee* [2022] IECA 254 at [38].

⁴⁴ See *Armchair Passenger Transport Ltd v Helical Bar Plc* [2003] EWHC 367 (QB) for the position in England and Wales and see *White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton Co* [2015] 2 SCR 182 for the position in Canada.

⁴⁵ See the judgment of the Court of Appeal of the State of Victoria in *FGT Custodians Pty Ltd v Fagenblat* [2003] VSCA 33.

⁴⁶ Aoife Beirne, 'Expert Evidence: Lessons from Abroad' (2017) 22(2) *The Bar Review* 48.

⁴⁷ [2001] 1 WLR 210 at [14].

⁴⁸ *Ibid* at [7].

⁴⁹ Review of the Administration of Civil Justice Report (2020) at 14.

⁵⁰ Josefin Movin Østergaard, 'An Assessor on the Tribunal: How a Court is to Decide When Experts Disagree' (2016) 35(4) *CJQ* 319 at 327.

⁵¹ [1989] 1 Med LR 117.

cadre d'un "contre-interrogatoire approfondi et informé", en n'hésitant pas à concéder "les points qui sont considérés comme corrects", et en examinant minutieusement "le soin avec lequel" la question a été examinée et le rapport au tribunal a été préparé. Une autre suggestion a été faite dans *Bolam v Friern Hospital Management Committee*,⁵² dans lequel il a été dit qu'un tribunal, tout en ayant le devoir de dire pourquoi la preuve d'un expert est rejetée,⁵³ et on pourrait aussi dire qu'elle est acceptée, peut rejeter ce qu'un expert dit lorsque:

- (a) l'opinion d'un expert est basée sur un raisonnement illogique ou même irrationnel ; ou
- (b) le raisonnement de l'expert est spéculatif ou manifestement illogique ; ou et peut-être et
- (c) le témoignage de l'expert est si contradictoire qu'il n'est pas fiable.

Il ne s'agit toutefois que d'une liste et elle ne peut être que suggestive. La réalité de la détermination de l'acceptation ou non d'un rapport d'expertise est beaucoup plus complexe. Des facteurs tels que la "clarté du raisonnement"⁵⁴ sont également pris en compte pour déterminer si le témoignage d'un expert particulier sera accepté, ou s'il soutient une proposition contraire au témoignage d'un autre spécialiste. C'est peut-être un excellent exemple de la psychologie de la loi que d'essayer de couvrir toutes les éventualités par la justification juridique. Il est donc utile d'examiner comment le juge du tribunal réagit ou évalue les rapports d'expert lorsqu'ils sont présentés. L'approche que nous suggérons n'est pas seulement basée sur l'expérience, mais elle est considérée comme essentielle pour opposer les privilèges des experts à la sauvegarde de l'indépendance judiciaire. Cela n'est possible que par la compréhension et l'analyse minutieuse.

⁵² [1957] 1 WLR 582.

⁵³ *Loveday v Renton (No 1)* [1989] 1 Med LR 117 at 125.

⁵⁴ Peter Heerey, 'Expert Evidence: the Australian Experience' (2002) 7(3) *The Bar Review* 166 at 168 provides a particularly helpful analysis of the judicial approach towards expert evidence in Australia.