



Faux sachant, vrai juge ? Le visage de l'expert

Mahunan Rodrigue Davakan

DANS **BULLETIN ERSUMA DE PRATIQUE PROFESSIONNELLE 2021/2 N° 42**, PAGES 4A À 7
ÉDITIONS **ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (OHADA)**

Date de mise en ligne : 06/01/2026

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-bulletin-ersuma-de-pratique-professionnelle-2021-2-page-4a?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

CHRONIQUES

FAUX SACHANT, VRAI JUGE ? LE VISAGE DE L'EXPERT

Par **Mahunan Rodrigue DAVAKAN**, Doctorant en Droit Ohada, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les travaux de Montesquieu ont suffisamment éclairé l'intérêt d'avoir une justice sous l'unique autorité de la loi. Seulement, les progrès techniques ont impulsé une certaine inflation du droit et accentué les besoins de spécialisation. En conséquence, les imbrications des domaines d'activité ont induit la complexification des litiges, obligeant le juge à recourir souvent aux lumières d'un homme de l'art, un sachant, un consultant, un constatant, un technicien...un expert. Ces auxiliaires de justice ne tranchent pas. Ils émettent des avis. C'est que le juge ne peut être médecin et ingénieur, mais il doit rendre justice en dépit de la technicité du litige. N'étant pas spécialiste de tout, il dépend d'autres professionnels. À mesure que les litiges ont pris corps dans des situations factuelles complexes, où l'appréciation de la normalité a exigé la maîtrise de compétences techniques particulières, l'expert est venu jouer un rôle de plus en plus important dans la détermination du droit applicable [O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, 2005, LGDJ]. En nommant un expert, le juge indique qu'au moment d'analyser les faits, il se trouve dans l'incertitude, faute de connaissances techniques suffisantes pour pouvoir juger. Le recours au technicien exprime la limite du pouvoir d'investigation personnel du juge ; ainsi, il ne peut que se résoudre à formaliser la réalité d'une filiation démontrée par les données acquises de la

science au moyen d'un test ADN. Il a besoin d'un avis extérieur pour évaluer l'étendue des imputations irrégulières d'agios à l'occasion d'un contentieux relatif à une convention de compte courant. Dans ces cas, le juge se borne souvent à mettre en style de jugement les conclusions auxquelles est parvenu l'expert. Avec les transformations socioéconomiques, la densité du fait absorbe la consistance du droit, et le technicien s'installe en face du juge. A partir du moment où le fondement de la décision judiciaire tient pour l'essentiel aux conclusions de l'expert, il est à se demander, qui de l'expert ou du juge, juge vraiment.

Si le juge se retrouve contraint de recourir au concours d'un sachant, c'est que l'objet des contentieux lui échappe de plus en plus. Le constat de l'abandon par le juge du pouvoir de juger entre les mains de l'expert (1), appelle à observer la posture du juge dans le lien expertal (2).

1. L'incursion de l'expert dans le champ judiciaire

Il faut rechercher les fondements et la justification du transfert du pouvoir de juger entre juge et expert.

La complexité des litiges et l'impossibilité d'agrèger des ressources personnelles encyclopédiques soutiennent l'abdication croissante du pouvoir de juger au profit de l'influence de l'expert. C'est un fait ; notre société connaît des mutations profondes. L'objet du litige qui

résulte en principe des prétentions des parties devient tributaire des observations techniques du spécialiste. Il y a donc deux spécialistes dans la décision : l'expert du droit (le juge), et l'expert des faits (le sachant).

La subsidiarité du recours au sachant qui fait que l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge (article 331 Code de procédure Civile Commerciale Sociale Administrative et des Comptes du Bénin CPCCSAC ; article 245 du Code de procédure civile du Mali) n'en fait pas une procédure de second plan. Le juge apprécie certes l'opportunité de recourir à un technicien (CCJA, ARRÊT N° 056/2013), mais une fois sollicitées, les conclusions du technicien prennent une place prégnante dans le débat. L'expert dispute ainsi quelque peu le pouvoir naturel du juge.

La loi tente pourtant de distinguer les deux offices en présentant le juge comme le seul acteur de la décision. Mais en dépit de ces efforts de distinction, il est manifeste que l'expert, par la science, dispute et partage l'imperium.

Ainsi la loi interdit à l'expert d'émettre des appréciations juridiques (article 308 CPCCSAC). Mais au fond, le rapport de l'expert est une pré-appréciation juridique et en soi un préjugement. C'est le cas du psychiatre qui conclue à une absence de discernement de l'agent pénal au moment d'une infraction ; une telle conclusion annonce la décision du juge basée sur l'irresponsabilité du mis en cause. Même si l'article 316 du CPCCSAC présente les conclusions du technicien comme ne liant pas le juge, l'expert est en réalité un juge délégué ; ceci explique qu'il est tenu d'« accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité » (article 307 CPCCSAC) ; qu'il peut être récusé (art 162 du Code de procédure civile du Sénégal), qu'il peut solliciter communication de pièces des parties ou des tiers, au besoin sur ordonnance du juge.

Le rapprochement des fonctions d'expert et de juge n'est pas sans conséquence sur l'œuvre de justice. Lorsqu'en effet l'expertise est nécessaire pour rendre une décision, l'impécuniosité d'une partie ne doit à notre sens pas faire entrave à l'instance. Il est du devoir de l'État de rendre justice. Dès lors, il

doit être du ressort de l'État d'avancer au besoin les frais d'expertise en amont pour éviter que ce débat pécuniaire limite l'œuvre de justice. Par la suite, l'Agent judiciaire de l'État pourra engager les actions en recouvrement des avances dont l'État a été tenues.

Une fois le recours à l'expertise engagé, le juge a tendance à s'aligner derrière l'expert dont la science conditionne la démarche du droit, saufs'il est démontré qu'une erreur est commise [Civ. Mons, 7 décembre 2011, R.G.A.R.,]. Les hypothèses de détachement du juge à l'égard des conclusions du professionnel de la science peuvent être recherchées sur le terrain des controverses dont on peut situer l'intensité à deux niveaux.

D'une part, le caractère contradictoire de l'expertise peut être remis en cause. Dans ce cas, ce n'est pas tant l'expertise qui est critiquée mais le respect des règles d'un procès équitable. Cette situation peut conduire le juge soit à écarter le rapport de l'expertise, soit à en ordonner derechef. Cette solution est onéreuse et retarde l'issue du procès.

D'autre part, la controverse peut tenir à la contradiction des conclusions si plusieurs experts sont commis et que les sachants ont des avis divergents. Cela arrive parce que l'expert n'est pas un professionnel de l'expertise mais un professionnel de la science, avec ses convictions, ses sensibilités académiques etc. De plus, les mêmes faits peuvent être présentés et appréciés différemment sous des angles d'observation distincts. Ce qui est important, c'est que le sachant ait procédé sans idées préconçues car la force probante de l'expertise tient à l'impartialité de l'expert. Le technicien a l'obligation de considérer au mieux et le plus précisément possible, l'ensemble des circonstances ayant précipité la naissance du litige. C'est cet exercice de reconstruction factuelle, au cours duquel certains paramètres émotionnels ont souvent eu le temps de perdre leur pertinence, qui augmente le risque d'imprécision et d'incertitude à la base des divergences en aval. Si en matière pénale, l'incertitude ne pose pas de problèmes majeurs en ce que les divergences d'opinion des experts peuvent conduire au doute qui profite au mis en cause, il en va autrement en matière civile

et commerciale où la divergence des opinions est source de préoccupations. La controverse concourt à la manifestation de la vérité en ce qu'elle éclaire par les points de désaccord, des hypothèses jusqu'à insoupçonnées. *À ce moment, un problème se pose : le juge initialement démuni sur la question qui s'en est remis aux sachants se retrouve face à des contradictions. Il lui faut distinguer les points d'accord et les éléments de désaccord et opérer son choix en regard du raisonnement, du postulat de base, et des précautions prises par chaque expert.*

Isolé dans le déploiement de l'office de l'expert, le juge s'aligne sur les conclusions et contre expertises, laissant sa conviction au gré de la science et de la notoriété du sachant. Sa décision n'est plus tellement son œuvre. Sa conviction est empruntée. Son autorité est partagée. Son savoir est dérivé. Son pouvoir est discuté. Il ne retrouve une marge que dans l'appréciation formelle du rapport de l'expert à l'occasion notamment d'initiative unilatérale d'une partie.

Dans ce contexte particulier où l'expert intervient dans la mise en état du dossier, un véritable lien expertal se noue, ouvrant au juge, une liberté d'appréciation encadrée.

2. La posture du juge dans le lien expertal

Après l'étude de l'expertise contradictoire, il y a lieu ici, d'analyser le pouvoir d'appréciation du juge face à la production d'un rapport d'expertise unilatéral (non contradictoire).

Pour soutenir ou réfuter une allégation, une expertise demandée unilatéralement par une partie peut être versée au dossier judiciaire ; le juge est tenu d'accepter la production du document. Seulement, pour que ce document pèse dans les discussions et la décision, il faut, soit que l'expert commis par la partie ait officié contradictoirement, soit que le document déposé par lui soit librement discuté à la barre. Le but est d'éviter que le juge se fonde exclusivement sur l'opinion d'une partie. Dans la pratique, l'expertise unilatérale n'est pas contradictoire. Une désignation d'expert obtenue par ordonnance sur requête en dehors de tout procès conduit aussi à une expertise unilatérale. Le comportement du juge face

à l'expertise unilatérale détermine l'efficacité du lien expertal. *Il faut distinguer deux situations : l'expertise unilatérale versée au dossier judiciaire en vue de débats, et l'expertise unilatérale appuyée par d'autres éléments de preuve.*

La question se pose de savoir si l'expertise unilatéralement initiée par une partie, réunit les conditions d'objectivité et d'impartialité pour valoir en justice. C'est le cas du rapport d'un garagiste évaluant à la demande du propriétaire d'un véhicule à moteur l'étendue des dégâts subis du fait d'une mauvaise manœuvre d'un usager sur un parking commun. Une telle évaluation demandée par le seul propriétaire du véhicule ne peut être récusée par le juge au motif qu'elle est unilatérale. En effet, l'article 17.2 du CPCCSAC dispose que le juge ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il s'ensuit que le document versé pour être discuté est nécessairement reçu par le juge. Ce qui gêne, c'est que dans l'expertise unilatérale, le technicien n'est pas tenu des contraintes qui lient l'expert judiciaire. Il ne peut lui être reproché de n'avoir pas provoqué les observations de la partie adverse. La valeur probante du rapport apparaît aussi exposée parce que l'expert est sous la puissance économique de la partie qui le sollicite. Mais au fond, quoique sais unilatéralement, l'expert demeure un technicien tenu aux exigences de son art et engageant sa responsabilité à raison des conclusions qu'il retient. La jurisprudence a retenu que le rapport d'expertise unilatérale vaut à titre de preuve dès lors qu'il est versé au débat et discuté contradictoirement [Civ. 1re, 24 sept. 2002, n° 01-10.739, Bull. civ. I, n° 220; D. 2002. 2777]. La position de la jurisprudence reste discutée notamment à cause de la place du contradictoire dans le procès. Les réserves autour de l'expertise unilatérale dans ces conditions, expliquent sans doute l'interdiction faite au juge d'y fonder exclusivement sa décision. D'autres éléments de preuve s'avèrent nécessaires.

Tenu de recevoir les preuves fournies par une partie sur la base d'une expertise unilatérale le juge ne peut y fonder exclusivement sa décision [Cass., ch. mixte,

28 sept. 2012, n° 11-18.710]. La jurisprudence conçoit donc que le rétablissement du contradictoire à la barre ne suffit pas à compenser entièrement son absence dans la mission de l'expert. Il faut encore que la partie qui a pris l'initiative de l'expertise unilatérale produise d'autres éléments de preuve entretenant des rapports de concordance avec les conclusions du technicien. On se demande raisonnablement la nature des preuves complémentaires requises. On admettra les modes de preuve reconnus en droit, aux côtés de l'admission jurisprudentielle d'une deuxième expertise unilatérale concordante. Mais la difficulté de l'absence de contradiction fait peser un malaise sur la décision judiciaire qui se fonde en substance sur une expertise non contradictoire.

Pour écarter cette gêne, aucune expertise unilatérale sollicitée après la liaison de l'instance ne doit déterminer le juge.

Face à une expertise non contradictoire, la partie adverse peut, soit solliciter une contre-expertise, soit produire à son tour une expertise unilatérale pour permettre au juge de ne pas suivre passivement la tendance annoncée par une partie.

L'importance accrue du rôle du technicien dans le procès fait prendre du recul à l'égard de la pensée de Montesquieu sur la force de la loi. J. Moury disait justement que « *le procès se gagne ou se perd... devant l'expert* » ■

RÉALISME JURIDIQUE : LES NON-DITS DE LA FABRIQUE DES NORMES DE L'OHADA

Par **Qowiyou FASSASSI, Juriste-Chercheur**, ancien Chercheur-stagiaire à l'ERSUMA

Une bonne pratique du droit ne peut se passer de la théorie du moment que le droit n'est pas seulement technique. Ainsi, à l'ère du renouvellement de la pensée juridique sur le courant du « droit dans les livres et le droit en pratique » (Roscoe Pound « Law in Books and Law in Action », American Law Review, N°44, 1910, pp. 12 - 36.), le droit OHADA peut être convoqué dans l'agora de ce courant de pensée théorique et sociologique sur le droit. L'intérêt d'une telle démarche réside dans la conscience que les acteurs et destinataires de ce droit ont des nouveaux défis normatifs auxquels il est confronté (<https://www.ohada.org/nouveaux-champs-normatifs/> V. également Willy Stéphane ZOGO, « Un Acte uniforme OHADA relatif aux transactions électroniques se prépare », [En ligne], le 31/10/2019, <https://www.ohada.com/actualite/5170/article-un-acte-uniforme-ohada-relatif-aux-transactions-electroniques-se-prepare.html> ; Désiré ALLECHI, « Le projet d'acte

uniforme sur les transactions électroniques dans l'OHADA : avantages et mesures à prendre », [En ligne], le 06/11/2019, mis à jour le 23/06/2020, <https://www.village-justice.com/articles/projet-acte-uniforme-sur-les-transactions-electroniques-avantages-mesures,32862.html>).

Du moment que plusieurs pistes sont envisageables dans une perspective de sociologie du droit OHADA (notamment la réception du droit OHADA, l'application jurisprudentielle du droit OHADA, les résistances au droit OHADA...), il semble opportun, car qui *étreint trop embrasse mal*, de cantonner la présente réflexion sur la fabrique de la norme OHADA.

La norme en droit OHADA qualifiée "Acte uniforme" tire son fondement du titre II du Traité OHADA du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008. De l'analyse des articles 5 et 1 dudit