

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg10>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 10 (2007)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg10/127-135>

Rg **10** 2007 127 – 135

Yves Mauten

Ex scientia et arte sua testificatur

A propos de la spécificité du statut de l'expert dans la procédure judiciaire médiévale

Abstract

From the very beginning of Roman-canonist legal science, the expert has a specific status, not to be confused with the one of the witness. This is obvious from the way his statement is presented: it can stand alone; it can also be given in public. Why indeed impose secrecy upon an expert when he can (and probably will) consult with his colleagues about his conclusions and when, knowing he is to testify, everybody, including witnesses and litigants, has the opportunity to learn beforehand what the expert will present to the judge? Moreover, why should a second examination be demanded when the scientific nature of its content presupposes on the one hand very precise observation, and on the other trust in its origin? Trust is also what determines the second aspect of the expert's specific status, which is obvious from the content of his statement and a direct consequence of his function's essence. Where witnesses are asked to account only for facts they know from their senses (as indicated by the *causa dicti*), an expert is at liberty to infer from the facts observed whatever his previous and specialized knowledge allows him to: in this respect, he is more of a judge than of a witness.



Ex scientia et arte sua testificatur

A propos de la spécificité du statut de l'expert dans la procédure judiciaire médiévale

L'expert se situe à la croisée des différentes problématiques que peut susciter une réflexion sur le droit et les techniques, au point que celle-ci y est comme mise en abyme: à travers lui, il ne s'agit pas en effet de traiter de techniques juridiques en général, ni de décrire la réception par le système judiciaire de telle technique particulière, mais bien de cerner la technique juridique spécifique que le droit met en œuvre lorsqu'il est confronté à un savoir technique qui lui est étranger, autrement dit la méthode que la justice applique pour s'informer dans des domaines dont seuls ceux qui ont les connaissances spécialisées nécessaires peuvent lui ouvrir l'accès.

Dès l'époque médiévale, le recours aux experts était une réalité devant les tribunaux et un objet d'étude pour les juristes dits savants. Dans la pratique, ce sont les questions médicales de tous ordres qui exigent le plus fréquemment l'audition d'experts. A partir des registres de Manosque des XIII^e et XIV^e siècles, J. Shatzmiller a édité de nombreux exemples de dépositions de médecins¹ et nous aurons l'occasion de proposer un autre cas inédit, tiré des archives du Parlement. Les personnes à qui il est fait appel sont la plupart du temps de simples chirurgiens, des praticiens donc, et non des docteurs en médecine. Dans le même ordre d'idées, les tribunaux de l'Eglise utilisent volontiers des matrones dès lors que l'objet des débats comporte des enjeux de nature gynécologique.² D'autres fois c'est sur un point de droit que les juges doivent être éclairés.³ Quant aux autres métiers, l'artisanat notamment, si les commentateurs du XIV^e siècle les évoquent à des fins illustratives, l'on ne connaît cependant guère d'exemple où les juridictions civiles se soient rapportées aux informations qu'auraient pu fournir leurs représentants.

C'est que, à lire les enquêtes médiévales, la distinction avec les simples témoins n'est pas forcément aisée à repérer, comme en témoigne la confusion du vocabulaire. Il est vrai que la qualification de »*testis iuratus*« qui suit habituellement la déclinaison d'identité du témoin peut être remplacée par un simple »*iuratus*«, accompagné le cas échéant de la mention de la profession de la

également la trace. Ainsi p. ex. à Castelnaudary, où quatre femmes sont dépêchées par la cour pour s'assurer que l'accusée est enceinte (A. D. de l'Aude, FF 9, f^o 33 r, 1392). V. également sur la preuve de l'impuissance, ANNE LEFEBVRE-TEILLARD, A défaut d'expert, expert, in: Figures de justice. Etudes en l'honneur de Jean-Pierre Royer, Lille 2004, 665-678.

1 JOSEPH SHATZMILLER (éd.), Médecine et justice en Provence médiévale. Documents de Manosque, 1262-1348, Aix-en-Provence 1989. V. aussi sur ce sujet OSVALDO CAVALLAR, qui s'y intéresse à travers l'analyse de certaines branches précises de la littérature savante (Agli albori della medicina legale. I trattati *De percussione* e *De vulneribus*, in: Ius commune 26 (1999) 27-89; La *benefundata*

sapientia dei periti. Feritori, feriti e medici nei commentari e consulti di Baldo degli Ubaldi, in: Ius commune 27 (2000) 215-281).

2 Devant la rareté des archives d'officialités qui nous sont parvenues, il peut suffire de lire les collections de décrétales pour se convaincre de la banalité de la démarche (v. p. ex. X. 2. 19. 4, X. 2. 19. 14, ...). Certaines juridictions séculières en conservent

3 Ainsi, le 3 avril 1322, le Parlement autorise le défendeur à produire, dans le cadre d'un supplément d'information, cinq hommes compétents en droit pour prouver la fausseté des actes que son adversaire essaie de faire valoir (XIA 5, f^o 201).

- 4 V. notamment A. D. de l'Aveyron, Registre de la Cour des Consuls de Peyrusse, C. 1067, 33^e affaire.
- 5 A. D. de l'Aude, Registres de la Cour de Castelnaudary, FF 10, ff^o 65 v.
- 6 C'est en effet ce que précise le quatrième supplément aux styles parisiens de la Chambre des enquêtes et des Commissaires (éd. PAUL GUILHERMOZ, Enquêtes et procès. Etude sur la procédure et le fonctionnement au Parlement au XIV^e s. suivie du style de la chambre des enquêtes et du style des commissaires du Parlement, Paris 1892, 285, art. 44). L'exemple proposé ne manque pas d'intérêt. L'auteur prend celui d'une chose immédiatement appréhensible par les sens, comme la qualité d'un vin. Tous les hommes possédant le goût, tous peuvent goûter le vin. Mais le tribunal croira davantage deux hommes »*nutriti de uino*« ou bien marchands de vin que »*tribus uel quatuor qui de seruisia uel aqua sunt nutriti uel non consueuerunt uinum nisi raro* [trois ou quatre qui boivent de la bière ou de l'eau ou qui n'ont pas l'habitude du vin si ce n'est rarement]«.
- 7 Que l'on nous permette de renvoyer une fois pour toutes, à propos de l'ensemble des questions qui concernent la preuve testimoniale, à notre propre travail: *Veritatis adiutor*. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XII^e–XIV^e siècles), Milan 2006. A compléter, pour la période antérieure, par LUCA LOSCHIAVO, Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo, Milan 2004, ainsi que, pour la période postérieure, notamment par les travaux réunis dans ANDRÉ GOURON, LAURENT MAYALI, ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, DIETER SIMON (éd.) Subjektivierung des justiziel- len Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.–20. Jahrhundert), Frankfurt a. M. 1994. Adde SUSANNE LEPSIUS, Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato, Frankfurt a. M. 2003.

personne interrogée. Il est vrai aussi que parfois l'on rencontre l'expression »*depositio experte*«,⁴ voire, plus explicitement encore, »*relatio*«. ⁵ Mais la spécificité de la première est immédiatement infirmée par le fait que l'expert en question se voit traitée de »*testis iurata*«, tandis que la seconde est loin d'être utilisée de façon systématique.

Au-delà du flou lexical, l'expert n'en occupe pas moins une place bien à lui dans le procès médiéval. D'un certain point de vue, le contenu particulier de sa déposition suffit seul à identifier son statut. Cette considération est à la base de l'idée selon laquelle, en cas de contradiction entre les différentes dépositions, ceux qui sont les plus experts en la matière doivent l'emporter, même s'ils sont les moins nombreux.⁶ Mais l'expert ne se définit pas seulement par le type de connaissance qu'il apporte au tribunal. Tout au contraire, sa singularité essentielle est à chercher ailleurs: d'un côté dans une procédure qui, pour être calquée sur celle qui préside à l'élaboration de la preuve testimoniale, se distingue cependant de celle-ci sur plusieurs points essentiels, à savoir le secret ainsi que le sort réservé à la déposition isolée (I), de l'autre côté dans l'abandon d'une règle constitutive de la nature du témoin, à savoir l'interdiction faite à celui-ci de procéder lui-même à l'interprétation des faits (II).⁷

I. La réception de la déposition de l'expert

Déjà l'empereur Constantin avait ordonné que »la réponse d'un témoin unique ne soit en aucun cas entendue«. ⁸ Le *Décret* de Gratien reprend cette disposition⁹ dont les auteurs savants ne méconnaissent pas l'importance puisqu'elle finit par être résumée dans l'adage fameux entre tous: »*uox unius, uox nullius*«. ¹⁰ Conformément à la lettre de la constitution impériale, peu important à cet égard la dignité ou la fonction sociale du témoin en question, même, ajoute tel canoniste, s'il peut se prévaloir d'être particulièrement *peritus* dans le domaine en question:¹¹ voici l'expert expressément désigné et rejeté au même titre qu'un témoin ordinaire. Pourtant le droit médiéval reconnaît volontiers des exceptions à la règle, exceptions générales – le témoignage isolé étant accepté en tant que présomption ou preuve semi-pleine, susceptible d'être complétée par d'autres indices – ou bien excep-

8 C. 4. 20. 9 (»*ut unius omnino testis responsio non audiatur*«).

9 C. 2 q. 2 et 3 c. 3.

10 Adage dont l'une des premières occurrences se trouve à la fin du XII^e s. dans *Inter homines litium* (British Museum, ms. Egerton 2819, f^o 8 ra). V. sur cette question les articles de ANDRÉ GOURON, *Testis unus testis nullus* dans la doctrine juridique du XII^e siècle, in: *Medievalia Lovanensia*, series I,

studies XXIV (1995) 83–93, réimpr. in: *Juristes et droits savants*. Bologne et la France médiévale, Aldershot 2000; ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, *Unus testis nullus testis*. Note sulla scomparsa di una regola processuale, in: *Studia Ghisleriana*, Serie speciale per il IV centenario del Collegio Ghislieri in Pavia (1967) 334–357; ainsi que CLAUDIETTER SCHOTT, *Ein Zeuge, kein Zeuge*. Zu Ent-

tions individuelles, qu'elles soient inspirées directement du droit romain – ainsi du tabellion appelé à authentifier un document ou du soldat prisonnier échappé à l'ennemi qui doit prouver qu'il n'a pas été déserteur – ou justifiées par les circonstances de l'espèce – ainsi par exemple au début du XIII^e siècle dans les coutumes d'Alès et de Montpellier pour les affaires dont l'enjeu ne dépasse pas cent sous.¹² En pratique, les seules enquêtes qui ne font pas appel à plusieurs témoins ensemble sont précisément de celles qui donnent à lire des expertises médicales.

Cela n'est pas à dire que l'expert est forcément seul à donner son avis, bien au contraire, comme le prouvent les documents de Manosque précités et comme le laissent supposer également les règles relatives aux inspections faites par les matrones. Mais vers le milieu du XIV^e siècle, le Parlement ajoute volontiers foi aux dires d'un chirurgien qui a seul vu le blessé. Ainsi le 17 mars 1352 les prévenus sont-ils libérés et leurs biens restitués sur la seule base du serment d'un chirurgien qui estime que les blessures de leur supposée victime n'entraîneront pas la mort de celle-ci.¹³ De même encore le 22 avril 1363. En l'espèce, Thomas Poulain *de Compendio* est accusé d'avoir détourné à son profit l'argent qu'Etienne de Ravenel lui avait confié à convoier. Il s'en défend en affirmant avoir été attaqué et volé en chemin, ce dont attesteraient ses blessures. Plusieurs témoins sont appelés à comparaître: l'homme qui a découvert Thomas gisant au bord de la route, celui chez qui il a été transporté pour être soigné, le prévôt de Boiscommun où se sont déroulés les faits, ainsi que deux autres personnes. Etienne argumente que leurs déclarations sont en contradiction avec les assertions de son adversaire, dans la mesure où les témoins établissent qu'il aurait été blessé à l'aube, ce qui lui semble impossible étant donné le temps hivernal. L'issue du procès dépend ainsi d'une ultime déposition, celle du chirurgien appelé par Thomas lui-même pour apprécier ses plaies. Nous aurons à revenir plus loin sur le contenu de son expertise. Qu'il suffise pour l'instant d'indiquer qu'elle a entraîné la condamnation d'Etienne aux dépens.¹⁴

Les experts sont-ils au contraire plusieurs à déposer, qu'il est une autre règle de procédure qui ne s'applique plus nécessairement, à savoir le caractère secret de leur examen.¹⁵ Ce secret possède un double aspect. Il s'agit d'un côté de ne pas admettre la présence des parties à ce moment du procès. Contraire au droit romain,¹⁶ cette interdiction est pourtant unanimement énoncée par les auteurs

stehung und Inhalt eines Rechts-spruchworts, in: Festschrift für Ferdinand Elsener zum 65. Geburtstag, Sigmaringen 1977, 222–232.

11 *Iudicandi formam* (v. 1180), éd. LINDA FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum uel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, Frankfurt a. M. 1984, 273.

12 Alès: éd. J.-M. MARETTE, *Recherches historiques sur la ville d'Alès*,

Alès 1860, 448, art. 36; Montpellier: éd. ALEXANDRE TEULET, *Layettes du Trésor des Chartes*, t. I, Paris 1863, n 721, 258, art. 25.

13 XIA 13, f^o 295.

14 XIA 17, f^o 373 v.

15 V. JEAN-MARIE CARBASSE, *Secret et justice, les fondements historiques du secret de l'instruction*, Clés pour le siècle, Paris 2001, 1245–1271; YVES MAUSEN, *Secrete et sigillatim*. Le secret de

l'examen des témoins à l'époque médiévale, in: JACQUELINE HOAREAU-DODINAU, GUILLAUME METAIRIE, PASCAL TEXIER (éd.), *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action?*, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique de Limoges 13 (2006) 115–122.

16 Justinien évoque en effet explicitement la nécessité pour la partie adverse d'être invitée à «être présente et entendre les attestations» des témoins produits contre elle (Nov. 90. 9).

- 17 LUDWIG WAHRMUND (éd.), *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, t. II, vol. 1, Innsbruck 1913, rééd. Aalen 1962, 52.
- 18 Dn. 13. On se souvient que les deux vieux juges, cherchant à se venger du refus que leur avait fait essayer la vertueuse épouse de Ioakim, témoignaient tous deux avoir surpris celle-ci en compagnie d'un autre homme. Daniel les interrogea séparément, ce qui lui permit de mettre en évidence leur mensonge, puisqu'ils ne tombèrent pas d'accord sur le lieu précis où se seraient déroulés les gestes interdits, l'un affirmant que c'était sous un tremble, l'autre sous un acacia.
- 19 V. cependant devant le Parlement, l'arrêt déjà cité du 22 avril 1363, où le médecin dépose en public (XIA 17, f 373 v).
- 20 A. D. de l'Aude, FF 5, ff° 90 r-91 r (1366), resp. FF 9, f° 24 v (1391). V. aussi FF 10, f° 65 v (*relatio* de trois *surgici* ensemble).
- 21 A. D. de l'Aude, 157, sans foliotation (1352). – L'obligation pour l'expert de prêter serment à l'instar des témoins ne semble cependant pas devoir être remise en question, l'indication contraire contenue dans la glose commune sur »iuris-iurandi« nonobstant, qui concerne les sages-femmes (*ad C. 4. 20. 9: »quando tractatur de uentre inspiciendo in renunciatione quam faciunt obstetrices etiam sine iuramento* [lorsqu'il s'agit de l'exa-

savants, qui avancent deux justifications concurrentes. D'abord – et historiquement c'est la première à se trouver sous leurs plumes – c'est le seul moyen de garder possible une éventuelle production ultérieure de témoins, dans la mesure où, dès lors qu'une partie connaît le contenu des dépositions déjà faites en justice, elle n'est plus autorisée à demander l'examen de témoins supplémentaires, de peur qu'elle soit tentée de suborner ceux-ci. Ensuite il faudrait craindre que, présentes, les parties intimident les témoins. C'est l'avis de Gualterus, l'auteur de *Scientiam*, un *ordo* rédigé avant 1234, qui soupçonne le défendeur de toujours vouloir empêcher les témoins de parler ou de les amener à confusion, tandis que le demandeur pourrait les influencer pour qu'ils se prononcent en sa faveur.¹⁷ Le secret signifie de l'autre côté que les témoins déposent *separatim*, séparés les uns des autres. Là encore, la règle est inconnue du droit romain. Son origine est clairement identifiable pour être canonique et même biblique, puisque le paradigme en est fourni par la manière dont le prophète Daniel, enfant encore, conduisit l'examen des deux vieillards qui accusaient Suzanne d'adultère.¹⁸ Sous l'une et l'autre de ses formes, l'observation stricte du secret est attestée par les documents de la pratique judiciaire, la seule exception admise concernant les experts.

Il est vrai que leur déposition publique reste exceptionnelle.¹⁹ C'est donc surtout le fait pour eux de déposer manifestement ensemble qui est remarquable et constant. Dans la seconde moitié du XIV^e siècle dans le Midi, où les registres d'enquête proposent normalement les dépositions des témoins ordinaires les unes après les autres, chacune étant précédée du nom du témoin, suivi de la mention »*testis iuratus*«, et rédigée au singulier, celles des médecins offrent une présentation différente: les noms des personnes entendues forment une colonne, réunis par une accolade, et l'énoncé des constatations des hommes de l'art se fait au pluriel. Ainsi à Castelnaudary, dans le cas de deux *surgici* qui se prononcent sur une blessure, ou encore de deux *fisisci* appelés par les consuls pour voir un mort suspect et discerner les effets d'un éventuel empoisonnement;²⁰ ainsi également à Mireval, où l'on ne trouve même plus mention du serment,²¹ mais aussi à Manosque.²²

En dehors de l'expertise médicale il existe un autre cas de figure où les témoins ne déposent pas à proprement parler *singulatim*: les enquêtes par turbe.²³ Il s'agit d'une procédure spéciale mise en œuvre la plupart du temps afin d'établir une coutume sur laquelle

men du ventre, dans la déclaration que les sages-femmes font même sans serment]«, allégation de D. 37. 9. 1; v. également AZON, *Lectura super Codicem*, Paris 1577, réimpr. *Corpus glossatorum iuris ciuilis*, vol. III, Turin 1966, 288). Il n'est pas interdit de penser que l'on a affaire en l'espèce à de véritables experts officiels, assermentés une fois pour toutes au moment de leur nomination.

22 V. l'édition citée, *passim*.

23 V. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, *Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises aux XIII^e et XIV^e siècles, notamment le rôle de l'enquête par turbe*, in: RHDFF, 4^e série, 65 (1987) 71-86; LAURENT WAELEKENS, *L'origine de l'enquête par turbe*, in: T.v.R. 53 (1985) 337-346.

les parties appuient leurs prétentions. Un arrêt du Parlement du 10 février 1319 détaille la marche à suivre. On procède à la citation d'un groupe de personnes à qui l'on transmet par écrit la coutume telle que la décrivent les parties. Ces témoins se retirent ensuite pour délibérer ensemble, puis chargent l'un d'eux de communiquer leurs conclusions au juge. Ce n'est qu'après cette première étape qu'ils sont tous interrogés séparément afin de vérifier leurs connaissances.²⁴ En pays de droit écrit, les coutumes de Toulouse de 1286 connaissent une procédure semblable, dans laquelle un témoin est interrogé au nom de tous, avant qu'ils répètent un à un leur déposition.²⁵ Il peut s'agir de véritables *sapientes*,²⁶ tout comme de simples justiciables. Mais en l'espèce ceux-ci n'en doivent pas moins être considérés comme des experts, puisqu'ils possèdent le savoir technique nécessaire pour prendre une décision dans l'affaire, savoir dont ne dispose pas le juge.

C'est également la raison pour laquelle on autorise les experts à interpréter les faits qu'ils observent, à la différence des simples témoins.

II. La formulation de la déposition de l'expert

L'approche médiévale est résolument empiriste. Dans cette optique, la connaissance que les témoins ont des faits ne peut venir que des sens. C'est à ceux-ci qu'ils doivent se référer pour rendre compte en même temps de l'origine de leur savoir et de son immédiateté. Ils témoignent donc le plus fréquemment *de visu*, au sujet de ce qu'ils ont vu, ou *de auditu*, de ce qu'ils ont entendu eux-mêmes; en aucun cas ils ne sont autorisés à se prononcer *de intellectu*. Ces préoccupations ont été celles des auteurs savants depuis les débuts de la science romanistique. Mais ce n'est qu'au XIII^e siècle, avec Hostiensis et Innocent IV, auxquels Guillaume Durant emprunte la majeure partie des développements qu'il y consacre dans son *Speculum*, et surtout au XIV^e siècle, dans les ouvrages de Bartole et de Balde, qu'elles acquièrent un statut véritablement problématisé: c'est la question de la *causa dicti*, de la cause – ou encore de la raison d'être – des dires des témoins.

Le témoin étant témoin d'un fait, *testis facti* et non pas *testis iuris*, il ne lui appartient notamment pas de juger d'une situation juridique. Il ne peut par exemple pas conclure à l'existence d'un

24 Les Olim, éd. AUGUSTE-ARTHUR BEUGNOT, t. II, Paris 1847, 678, n 4.

25 Ed. HENRI GILLES, Les coutumes de Toulouse (1286) et leur premier commentaire (1296), Toulouse 1969, 77.

26 V. XIA 17, f° 59 (21 février 1361), XIA 19, f° 420 v B (7 décembre 1370).

rapport de propriété, mais doit se contenter d'en indiquer les manifestations sensibles. Dire simplement »*scio quod talis dominus rei petitæ* [je sais qu'un tel est le propriétaire de la chose demandée]« ou même »*uidi ipsum dominum esse* [je l'ai vu être le propriétaire]« ne suffit pas pour constituer une *causa*, malgré le renvoi à la vue dans le second cas. En effet, »*nullo sensu corporis potest apprehendere quod sit dominus [...] sed oculis mentis, scilicet ratione, hoc apprehendit. Ipsa etenim ratio ex his quæ apprehendit sensibus corporis bene potest iudicare eum dominum.* [nul sens corporel ne lui permet de saisir qu'il s'agit du propriétaire [...] mais les yeux de l'esprit, c'est-à-dire la raison, le permettent. Le fait est que c'est la raison qui, à partir de ce qu'elle saisit par les sens du corps, peut bien juger que c'est lui le propriétaire.]«²⁷

A cette interdiction radicale, Bartole et Balde apportent une nuance essentielle en mettant l'accent sur le degré de difficulté du jugement requis: »*ratio testis debet procedere plana et simplici uia, non per difficultates intellectus* [la raison du témoin doit emprunter un cheminement facile et simple et non passer par les difficultés de l'intellect].«²⁸ On pourrait donc concevoir que certains raisonnements soient permis aux témoins, à condition qu'ils n'exigent pas une élaboration intellectuelle excessive. C'est ce qui donne l'occasion à Bartole de classer les différentes choses corporelles en fonction du degré de connaissance commune à laquelle leur substance donne accès. Il faut citer en entier ce texte majeur.

Rem aliquam esse constat omne id quod sensu percipitur, sed quæ sit uel fuerit eius substantia, si dubitatur ad testes decurritur: quamuis enim res corporales et uisibiles sint, ipsa tamen substantia inuisibilis est, ut in homine anima. Unde circa rationem dicti testis potest probabiliter hesitari. Aduertendum est igitur quod per rerum accidentia quæ sensu percipiuntur substantiam comprehendimus. Hoc autem tripartitum est.

Quædam enim ita nobis communia sunt, quod aspectu ab omnibus cognoscuntur, ut lapis, lignum, ferrum et similia. Et in his sufficit si testis dicat: »Lignum fuit quia uidi«. Et si ulterius interrogetur quid uidit et dixit: »Uidi habere formam ligni seu qualitatem ligni«, satis exprimit. Si ulterius interrogetur quæ erat illa forma seu quales illæ qualitates non cogitur respondere. Nec debet interrogari, quoniam non habemus nomina manifestiora his. Non enim color ligni est albus simpliciter nec niger, nec ullo alio nomine expressius dici potest quam cum dico: »Color ligni est« seu »Forma ligni est«. Recte igitur testis de his interrogatus dixit: »Nescio aliter quam dixerim«. Et si simpliciter dicat: »Nescio«, debet intelligi eo modo, ne sibi contrarius sit.

Quædam autem non omnibus communia sunt, sed certæ conditionis hominibus, ut aromata, lapides pretiosi et similia quæ a mercatoribus et eorum

27 INNOCENT IV, *Commentaria. Apparatus in V Libros Decretalium*, Frankfurt a. M. 1570, réimpr. Frankfurt a. M. 1968, f° 262 vb; HOSTIENSIS, *In Secundum Decretalium librum Commentaria*, Venise 1581, réimpr. Turin 1965, f° 97 vb, § 19; GUILLAUME DURANT, *Speculum iudiciale*, Bâle 1574, réimpr. Aalen 1975, 327, § 25.

28 BALDE, *Circa materiam testium, Tractatus uniuersi iuris*, Venise 1584, t. IV, f 72 va, § 10.

artificibus manifeste cognoscuntur, ab aliis non. Tunc pro causa sufficienti duo testem oportet dicere, scilicet se uidisse et se illius conditionis esse. Creditur enim ei in hoc cum nihil contrarium probetur. Sed si simpliciter dixerit se uidisse, ei non statur nisi per alia illius conditio sic doceatur.

Alia uero sunt quæ non per omnes illius artis nisi per ualde peritos cognoscuntur quid sit, quod sæpe contingit in his rebus quæ multas similes habent. Tunc si res de qua dubitatur potest haberi, qui ius dicit quibusdam peritis committat qui de rei quidditate renuncient. Quibus statur et illud magis iudicium quam testimonium est, ut in his quibus committitur litterarum comparatio facienda. Quod si de quidditate rei quæ desiit uel haberi non potest dubitetur et tam difficilis fuerit cognitionis et hoc constat testibus peritis qui talem rem uiderunt esse credendum est, ut in his qui priuilegiorum deperditorum tenorem probant. Constitutum per canones esse comperimus quod et a nostris præceptoribus approbatur.

[C'est un fait établi qu'est chose tout ce qui est perceptible par les sens, mais si un doute s'élève au sujet de ce qui est ou a été sa substance on a recours à des témoins. En effet, bien que les choses soient corporelles et visibles, la substance en elle-même est cependant invisible, comme l'âme dans l'être humain. C'est pourquoi le témoin peut en toute probabilité hésiter à propos de la raison de ses dires. Il faut donc être attentif au fait que nous comprenons la substance à partir des accidents des choses qui, eux, sont perçus par les sens. Or cela se fait de trois façons.

Certaines choses nous sont en effet communes au point que tout le monde les connaît à leur aspect, comme la pierre, le bois, le fer et d'autres semblables. Et pour celles-ci il suffit que le témoin dise: »C'était du bois, car je l'ai vu«. Et si on lui demande plus avant ce qu'il a vu et qu'il dit: »Je l'ai vu avoir la forme du bois ou la qualité du bois«, il l'exprime suffisamment. Si on lui demande plus avant quelle était cette forme ou quelles étaient ces qualités, il n'est pas tenu de répondre. Et il ne doit même pas être interrogé, car nous n'avons pas de termes plus évidents que ceux-là. En effet, la couleur du bois n'est pas simplement blanc ou noir, et aucun autre terme ne peut la désigner plus distinctement que si je dis: »C'est la couleur du bois« ou »C'est la forme du bois«. Le témoin qui est interrogé là-dessus fait donc bien en disant: »Je ne le sais autrement que je l'ai dit«. Et s'il dit simplement: »Je ne sais«, il faut le comprendre en ce sens, pour qu'il ne se contredise pas lui-même.

D'autres choses cependant ne sont pas communes à tout le monde, mais seulement aux hommes d'un certain statut, comme les aromates, les pierres précieuses et d'autres semblables que les marchands et ceux qui les ont faites connaissent de façon évidente, mais pas les autres gens. Dans ce cas, il faut que le témoin dise deux choses pour rendre une cause suffisante, à savoir qu'il a vu et qu'il relève de ce statut. En effet, on le croit sur ce point du moment que rien de contraire n'est prouvé. Mais s'il a simplement dit qu'il a vu, l'on ne s'en tiendra pas à ses dires, à moins qu'on apprenne son statut par un autre moyen.

Mais il y a d'autres choses pour lesquelles tous ceux qui relèvent de tel art ne peuvent point connaître ce qu'il en est, mais seulement ceux qui en ont l'expérience au plus haut point, ce qui arrive souvent pour les choses qui ressemblent à beaucoup d'autres. Dans ce cas, s'il est possible d'avoir la chose

au sujet de laquelle s'est élevé le doute, que le juge la confie à des hommes expérimentés, pour qu'ils rapportent ce qu'il en est de la quiddité de la chose. L'on s'en tient à leurs dires et il s'agit là plutôt d'un jugement que d'un témoignage, comme c'est le cas pour ceux à qui l'on confie la comparaison des écritures. Que si le doute s'élève au sujet de la quiddité d'une chose qui est manquante ou qu'il n'est pas possible d'avoir et dont la connaissance s'est révélée être si difficile, il faut alors assurément croire des témoins expérimentés qui ont vu pareille chose, comme c'est le cas pour ceux qui prouvent la teneur de privilèges perdus définitivement. C'est, nous apprend-on, ce qui a été institué par les canons et c'est aussi ce qui est approuvé par nos maîtres.]²⁹

Il y a ainsi trois catégories de choses, accessibles à un nombre de personnes de plus en plus restreint à mesure que l'on avance dans l'échelle proposée par Bartole. Or, dès lors que l'on passe d'une connaissance partagée par tous à la nécessité d'un savoir spécialisé, on se situe dans le domaine de l'expertise. Les deux dernières catégories de choses réclament donc toutes deux l'intervention d'un expert, malgré la distinction artificielle du commentateur qui suggère une différence essentielle entre elles. Toutes deux rendent nécessaires l'interprétation des faits sensibles par un autre que le juge, qui ne dispose pas plus que d'éventuels témoins ordinaires de la compétence technique requise. Le juge doit donc s'en remettre entièrement à un tiers pour la décision définitive, un tiers à qui il demandera encore dans la seconde hypothèse d'indiquer une *causa* toute formelle (« j'ai vu et je suis homme à comprendre ce que j'ai vu ») – *causa* qui continue d'indiquer l'immédiateté de la connaissance, en assurant que la personne qui dépose a inspecté elle-même la chose en question, en même temps qu'elle certifie l'autorité de l'expert –, mais un tiers à qui il ne peut faire autrement qu'apporter une confiance totale dans le dernier cas de figure.

C'est cette abdication du juge qui nous paraît en définitive le trait le plus important de l'intervention de l'expert devant la cour. Par elle celui-ci s'éloigne définitivement du statut de témoin et est érigé lui-même en juge. Les auteurs le font remarquer expressément. Déjà les canonistes du XIII^e siècle l'avaient indiqué en notant à propos du simple témoin à qui l'on interdit de décider si telle personne peut se prévaloir de la qualité de propriétaire ou non que « *ipse non adducitur in iudicem sed in testem* [on ne l'a pas fait venir comme juge, mais comme témoin] ». A propos de l'expert, nous venons de lire chez Bartole une conclusion qui va dans le même sens et Balde ne dit pas autre chose en affirmant que « *non enim sunt proprie testes, sed magis ut iudices assumuntur ad illum causæ*

29 Récemment SUSANNE LEPSIUS a donné du traité de Bartole une édition précieuse (*Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum* des Bartolus von Sassoferrato, Frankfurt a. M. 2003, 246 sq. pour l'extrait en question), qui vient utilement compléter les éditions modernes – dont l'historienne suppose d'ailleurs, grâce à des sondages ciblés, la commune dépendance de l'édition vénitienne de 1472 (op. cit., 224). Le parti pris de l'éditrice de réaliser une édition quasi-diplomatique sur la base du ms. B.A.V. Barb. lat. 1398 présente le mérite supplémentaire de mettre le lecteur plus d'une fois

face à de vraies alternatives textuelles. Notre prétention n'étant pas de fournir ici une nouvelle édition scientifique, notre souhait étant bien plutôt de proposer au lecteur un texte dont la compréhension puisse être autant que possible immédiate, nous nous sommes autorisé à éclairer, à compléter l'une par l'autre les deux versions du texte, en nous reportant cependant pour l'édition

moderne à celle livrée dans le t. IV du *Tractatus uniuersi iuris*, Venise 1584 (BARTOLE, *De testibus*, t. IV, f° 65 rb, §§ 21–25) – qui comporte à son tour quelques variantes par rapport au texte de 1472 tel que nous le donne à connaître l'apparat critique de LEPSIUS. Ajoutons que le même auteur commente notre extrait dans *Von Zweifel zu Überzeugung* (nt. 7) 98–100.

articulum iudicandum [ce ne sont pas à proprement parler des témoins, mais ils sont plutôt pris comme juges pour juger ce point de l'affaire]«.

Un exemple concret parmi d'autres d'un tel «jugement» d'expert est la déposition d'Etienne Coursini, le chirurgien à qui Thomas Poulain avait confié l'appréciation de ses blessures: »*Qui per iuramentum suum deposuit quod dictus Thomas requisierat consilium Parisiis ab ipso de uulneribus suis. Et de presenti recordabatur solum de duabus plagis, una uidelicet in capite et altera in manu. Sed si illa de manu aliquantulum plus ad manus musculam attigisset, prorsus uulnus mortiferum extitisset. Nec credit quod homo sane mentis pro quocunque auro seu argento se in tanto periculo uoluntarie posuisset. Nec etiam idem medicus se in tali periculo poneret pro tota uilla parisiensiense lucranda.* [Celui-ci a déposé par son serment que le dit Thomas avait demandé son avis à Paris sur ses blessures. Et à ce jour il se souvenait seulement de deux plaies, à savoir l'une à la tête et l'autre à la main. Mais si celle de la main avait touché un tout petit peu plus au muscle de la main, elle se serait révélée être une blessure absolument mortelle. Et il ne croit pas qu'un homme sain d'esprit se soit mis volontairement dans un si grand danger pour quelque or ou argent que ce soit. Et même lui, médecin, ne se placerait pas dans un tel danger, fût-ce pour y gagner Paris tout entier.]«.

Aucune *causa* sensorielle (même si, il est vrai, elle s'infère de la narration), aucune raison scientifique qui pourrait permettre de contrôler les affirmations du médecin ne sont alléguées, tandis que la subjectivité de son appréciation est totale. Il n'y a donc guère de sens à parler d'«expert-témoin», malgré la confusion sémantique relevée au début. Toutes sources confondues, cette conclusion ne fait que devenir de plus en plus évidente à mesure que la science juridique progresse. Les prémices en sont sensibles dès les premiers écrits explicatifs de la romanistique au XII^e siècle avant qu'elle s'impose à la fin du XIV^e.

Yves Mausen

