



HAL
open science

Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique

Rafael Encinas de Munagorri, Olivier Leclerc

► To cite this version:

Rafael Encinas de Munagorri, Olivier Leclerc. Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique. R. Encinas de Munagorri. Expertise et gouvernance du changement climatique, LGDJ, pp.199-229, 2009, Droit et société. halshs-00379852

HAL Id: halshs-00379852

<https://shs.hal.science/halshs-00379852v1>

Submitted on 23 Sep 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÉORIE DU DROIT ET EXPERTISE : CONCLUSION PROSPECTIVE SUR LES APPORTS DE L'ANALYSE JURIDIQUE

Par Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI (professeur à l'Université de Nantes, Droit et
changement social, UMR 3128)

et Olivier LECLERC (Maître de conférences à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense,
IRERP, UMR 7029)

paru in R. Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*,
Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », tome 51, 2009, pp. 199-229.

Les experts occupent une place prépondérante dans la gouvernance du changement climatique. Les contributions réunies dans cet ouvrage révèlent l'étendue et la variété de leurs interventions : les experts sont présents au stade de la production d'une vérité, de l'instauration de dispositifs techniques ainsi que de leur mise en œuvre. Le constat éclaire d'abord un trait marquant de la gouvernance du changement climatique. Il ouvre aussi la voie à la critique, tant l'émergence d'une gouvernance confiée aux experts ravive le spectre d'une technocratie internationale peu compatible avec les exigences démocratiques qui sont les nôtres. Le changement climatique fournit un exemple à la fois significatif et inquiétant. Significatif car la lutte contre le réchauffement suppose l'implication au niveau mondial des citoyens, des experts et des gouvernements. Inquiétant car si nous ne parvenons pas à conjuguer l'expertise et la gouvernance pour un tel problème, l'échec pourrait bien se reproduire pour d'autres, ce qui serait de mauvaise augure pour l'avènement d'une démocratie mondialisée dans une société technique.

Dans cette perspective, l'apport des sciences humaines et sociales ne peut certes être que modeste. Il mérite néanmoins d'être pris en considération par l'éclairage critique qu'il est susceptible d'introduire. De manière plus spécifique, la présente conclusion vise à expliciter les apports que la théorie juridique peut offrir à l'étude des problèmes sociaux engendrés par l'évolution des sciences et des technologies. Le rapport entre droit et science est au cœur de nos préoccupations. Mais comment l'envisager, en particulier du point de vue de la réflexion juridique ? Quelles sont les approches pertinentes dont disposent les juristes¹ pour éclairer les rapports du droit et de la science ? De plus en plus sollicités pour engager une réflexion sur des problèmes liés aux développements des sciences et des technologies, les juristes doivent être en mesure de préciser leurs objets d'étude et leurs méthodes s'ils souhaitent jouer pleinement leur rôle, y compris au regard d'autres sciences humaines et sociales.

Nourrie par l'étude de la gouvernance internationale du changement climatique, notre réflexion prendra pour point d'appui l'expertise. Depuis trois décennies au moins, l'expertise est un sujet de réflexion à la mode. Les questions posées sont récurrentes : comment définir l'expertise ? Qui sont les experts ? Quels sont leurs pouvoirs ? Ces interrogations ont donné lieu à de nombreux

¹ La dénomination de juriste est, par elle seule, équivoque. Elle renvoie à un statut professionnel (*lawyer*), plus qu'à une compétence académique (*legal scholar*). C'est bien pourtant le point de vue du juriste universitaire et chercheur qui sera ici développé, tout en restant lucide sur les liens qui peuvent exister avec la pratique du droit. On pourrait penser à utiliser l'expression de "théoricien du droit", mais elle semble trop restrictive. Dans la suite des développements, le mot juriste sera donc compris au sens de *legal scholar* et non de *lawyer* ; plus exactement, le juriste désigne dans notre propos une personne ayant à la fois des compétences juridiques et une réflexion sur le droit.

travaux dans le domaine des sciences humaines et sociales, que ce soit sur un plan général, ou à partir de l'étude d'un cas particulier. Les études sur l'expertise ayant prêté une attention à sa dimension juridique en constituent une frange, au demeurant conséquente. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de mentionner des travaux attentifs au droit et aux institutions, que ce soit sous l'angle historique², sociologique et politique³, ou juridique⁴.

Toutefois, la portée de la réflexion proposée ne nous semble pas devoir être limitée à l'expertise. Les découpages méthodologiques et épistémologiques exposés ici ont, en effet, vocation à s'appliquer à d'autres objets marqués par une interaction entre droit et science. Le caractère prospectif de la présente conclusion tient ainsi à ce qu'elle entend proposer un cadre méthodologique susceptible de s'appliquer à d'autres objets de recherche que l'expertise du changement climatique. Trois niveaux d'analyse nous semblent pouvoir être utilement distingués pour orienter les juristes lorsqu'ils sont confrontés à la problématique des rapports entre droit et science.

Un premier niveau d'analyse concerne l'étude du droit positif applicable aux sciences et aux technologies. L'analyse vise alors à comprendre la teneur des règles de droit (*de lege lata*), le cas échéant pour les critiquer et en proposer des améliorations (*de lege ferenda*). Rien de spécifique donc, si ce n'est l'objet pris en compte. Les juristes attentifs au droit de l'environnement, au droit biomédical, au droit des nouvelles technologies ou encore au droit des brevets, réalisent ici un travail utile et classique d'analyse et d'ordonnancement des sources formelles du droit⁵. Notons d'ailleurs que l'activité de recherche scientifique fait elle aussi l'objet d'un encadrement juridique

² Frédéric CHAUVAUD, *Les experts du crime. La médecine légale en France au XIXème siècle*, Paris, Aubier, 2000 ; du même auteur avec la collaboration de Laurence DUMOULIN, *Experts et expertise judiciaire, France, XIXe XXe siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003 ; Tal GOLAN, *Laws of Men and Laws of Nature. The History of Scientific Expert Testimony in England and America*, Cambridge, Harvard University Press, 2004 ; Christelle RABIER (ed.), *Fields of Expertise : A Comparative History of Expert Procedures in Paris and London, 1600 to Present*, Cambridge Scholars Publishing, 2007, cf. not. la riche introduction qui envisage à la fois l'expertise juridictionnelle et l'expertise publique.

³ Roger SMITH and Brian WYNNE, *Expert Evidence. Interpreting Science in Law*, London and New York, Routledge, 1989 ; Jacques THEYS et Bernard KALAORA (dir.), *La Terre outragée. Les experts sont formels !*, Paris, Editions Autrement, 1992 ; Nicolas DODIER, *L'expertise médicale. Essai de sociologie sur l'exercice du jugement*, Paris, éd. Métaillé, 1993 ; Christian BESSY et Francis CHATEAURAYNAUD, *Experts et Faussaires. Pour une sociologie de la perception*, Paris, éd. Métaillé, 1995 ; Sheila JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, cf. le chapitre intitulé "The Law's Construction of Expertise", p. 42 et s. ; Philippe ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Paris, INRA éditions, 1997 ; Danièle BOURCIER et Monique DE BONIS, *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, 1999 [coll. *Les empêchements de penser en rond*] ; Alexis ROY, *Les experts face au risque : le cas des plantes transgéniques*, Paris, PUF, 2001 ; Gary EDMOND (dir.), *Expertise in Regulation and Law*, Ashgate, 2004, cf. notamment la bibliographie en langue anglaise ; Steve JACOB et Jean-Louis GENARD, *Expertise et action publique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004 ; Pierre LASCOURMES, *Expertise et action publique*, Paris, La documentation française, 2005 ; Laurence DUMOULIN et al. (dir.), *Le recours aux experts. Raisons et usages politiques*, Grenoble, PUG, 2005 ; Laurence DUMOULIN, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007 ; Harry COLLINS and Robert EVANS, *Rethinking Expertise*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007.

⁴ Cf. not., pour se limiter aux travaux en langue française, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Denis MAZEAUD, *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995 [coll. *Thèmes et commentaires*] ; Marie-Angèle HERMITTE, "L'expertise scientifique à finalité politique", *Justices* 1997, n° 8, p. 79 ; Jacques VAN COMPERNOLLE et Bernard DUBUISSON (dir.), *L'expertise*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005 [coll. *Bibliothèque de droit privé*, tome 443], préf. A. Lyon-Caen ; Mireille DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, cf. le chapitre sur "La mondialisation des experts", p. 201 et s.

⁵ Au sens large, rappelons que ces sources formelles sont constituées non seulement des actes juridiques (Traités, Constitution, lois et règlements, contrats) mais aussi de règles coutumières et jurisprudentielles. cf. *Introduction générale au droit*, Paris, Flammarion, 2006 [coll. *Champs*], p. 95 et s.

dont l'étude peut être menée sous divers aspects, y compris de droit positif⁶.

Le second niveau d'analyse a l'ambition d'étendre les catégories d'intelligibilité du droit à l'ensemble des phénomènes normatifs. Bien souvent, le constat est fait de l'insuffisance de l'étude des sources formelles pour rendre compte du droit dans la réalité de ses pratiques. La réflexion s'oriente alors souvent, soit vers l'affirmation d'un pluralisme juridique, soit vers la prise en compte des sources matérielles du droit, c'est-à-dire des conditions historiques et sociales de production du droit, ces deux directions étant au demeurant compatibles l'une avec l'autre. L'un des apports des théories réalistes du droit est d'avoir permis ces élargissements. Il est aussi possible, selon nous, de mener une critique du droit à partir des catégories juridiques elles-mêmes, sans que cela ne conduise pour autant à adopter un point de vue dogmatique. Les juristes semblent toutefois souvent perturbés par la distinction entre des normes qui seraient juridiques et d'autres qui ne le seraient pas. Le partage opéré entre norme juridique et norme scientifique et technique traduit cette difficulté. Rien ne fait pourtant obstacle à ce que l'analyse juridique vienne éclairer l'élaboration et la mise en œuvre de normes considérées, à tort ou à raison, comme étant non juridiques. Outre qu'elle situe d'emblée l'apport des analyses juridiques au sein des sciences sociales, la perspective a le mérite de clarifier le rôle des juristes lorsqu'ils sont confrontés aux discours normatifs développés par certains détenteurs d'un savoir scientifique et technique⁷.

Le troisième niveau d'analyse paraît plus ambitieux mais il ne constitue qu'un prolongement du niveau précédent : l'analyse juridique peut être aussi appliquée à la constitution des vérités scientifiques elles-mêmes. Le tabou qui est ici transgressé relève de l'épistémologie. Dire que le droit, comme discipline, peut constituer un modèle pour l'épistémologie des sciences peut paraître un renversement provoquant. Depuis plus d'un siècle, l'épistémologie des sciences sociales en générale, et de la science juridique en particulier, est hantée par le souci de faire science, au sens d'un modèle idéalisé de science empirique fondée sur l'expérimentation. L'idée de soutenir, à l'inverse, que l'épistémologie scientifique mérite d'être soumise aux canons du droit ouvre plusieurs perspectives dont il est aisé de pressentir la vigueur. Cette direction a également une raison d'être toute stratégique dans l'étude du rapport entre droit et science. D'une part, elle permet de se donner les moyens d'identifier la part de normativité et de valeur logée au cœur même des vérités et des faits présentés comme purement scientifiques. D'autre part, elle donne l'occasion de raviver le dialogue entre la théorie du droit et les sciences sociales.

Le caractère prospectif et exploratoire de la présente conclusion sera illustré à partir de l'étude menée sur l'expertise dans le cadre du changement climatique. Les apports de l'analyse juridique nous serviront de point d'appui pour préciser les trois niveaux envisagés. L'analyse juridique peut contribuer aussi bien à un droit commun de l'expertise, à une théorie réaliste de l'expertise, à la formulation d'un programme de recherche à caractère épistémologique.

I- Pour un droit commun de l'expertise

La spécificité de l'approche juridique permet de préciser à la fois la notion d'expertise et son régime. L'un des enjeux d'une théorie juridique de l'expertise consiste d'ailleurs à forger une définition et un ensemble de principes communs à l'expertise.

Le droit international du changement climatique fournit un terrain d'étude privilégié pour

⁶ Il est ici possible de distinguer un droit de l'activité de recherche, un droit des chercheurs et des institutions de recherche et un droit de l'entreprise scientifique (organisation du capital, du travail et des richesses) : Isabelle DE LAMBERTERIE et Etienne VERGÈS (dir.), *Quel droit pour la recherche ?*, Paris, Litec, 2006, p. 225 et s.

⁷ On songe ici au cas des médecins à l'égard des normes biomédicales, aux ingénieurs à l'égard de normes dites techniques, et de manière plus générale, aux détenteurs d'un savoir spécialisé à l'égard des normes qu'ils considèrent comme relevant de leur discipline.

envisager l'expertise dans la diversité de ses manifestations et de ses contextes. L'expertise y est en effet omniprésente, comme le montrent les chapitres de cet ouvrage. A tel point qu'il est devenu difficile de concevoir une gouvernance du changement climatique en l'absence d'experts. Cette tendance conduit d'ailleurs diverses personnes et institutions à revendiquer la qualité d'expert. Plus encore, l'un des enjeux consiste pour elles à faire apparaître leur expertise comme étant la plus légitime au regard des questions posées. Il en résulte un certain flou dans la délimitation de l'expertise elle-même. Par ailleurs, la multiplicité des lieux d'expertise se présente comme un obstacle à l'énoncé de règles communes.

La théorie juridique de l'expertise a l'ambition de fournir un cadre d'analyse susceptible de relever le double défi tenant à la délimitation d'une notion et à l'élaboration d'un droit commun.

Notion d'expertise

Les définitions de l'expertise sont nombreuses ; elles se recoupent largement pour reposer sur un apport de connaissances à des fins de prise de décision⁸. Cette première délimitation mérite d'être consolidée par une approche stipulative de l'expertise. Pareille définition offre l'avantage d'établir des critères permettant de concevoir l'expertise dans son unité, tout en préservant la diversité des contextes où elle est mise en œuvre.

Les critères : l'expertise dans son unité

Envisagée dans ce qui fait son unité, l'expertise se caractérise par deux traits principaux⁹. En premier lieu, elle suppose l'existence d'une *procédure* orientée vers la décision. En second lieu, l'expertise est l'objet d'une *commande* qui fait naître un lien de droit entre l'expert et le commanditaire de l'expertise. Précisons le propos en fournissant des exemples tirés de l'étude de l'expertise dans le cadre du changement climatique.

La *procédure* doit ici être entendue au sens large d'un cheminement, d'un processus. Elle peut conduire à déterminer la qualité d'expert selon des critères variables. Ainsi ont été précisées des règles de procédure visant à encourager la participation des pays en voie de développement à l'évaluation du changement climatique¹⁰. L'un des enjeux consistait à attribuer la qualité *d'expert* à certaines personnes, même si leurs compétences scientifiques étaient éventuellement moindres que celles de leurs collègues des pays du Nord. Cela s'explique car la procédure d'expertise institue l'expert et non l'inverse. L'affirmation a une double portée. Non seulement la désignation procédurale peut être dissociée des compétences scientifiques ou techniques, mais elle doit être considérée comme première. Ainsi des experts désignés peuvent avoir des compétences scientifiques improbables. A l'inverse, la compétence scientifique et technique ne suffit pas à faire du spécialiste un expert ; cette qualité ne lui est attribuée que s'il est désigné *en vue* d'éclairer une prise de décision (et ce quand bien même cette décision ne serait jamais prise). Ajoutons que la procédure peut connaître une formalisation plus ou moins aboutie. La révision des règles de procédure relatives à l'élaboration des rapports du GIEC le montre aisément¹¹ ; la tendance à la procéduralisation de l'expertise mise en œuvre dans le cadre des mécanismes d'observance également¹².

La *commande* de l'expertise prolonge l'exigence d'une procédure. Que l'expertise suppose une commande préalable a deux conséquences. Négativement, cela exclut de prendre en compte les soi-disant experts. Présenter comme "expert" toute personne ou tout groupement qui se proclamerait

⁸ V. parmi d'autres, "Expert et expertise", *Dictionnaire de la Culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 686.

⁹ Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, "Pour une théorie juridique de l'expertise", *Experts*, n° 77, 2007, p. 7.

¹⁰ Chap. 1, p. 43 et note 118.

¹¹ Chap. 2, p. 67.

¹² Chap. 5, p. 189.

spécialiste d'une question – comme le font parfois les journalistes - ne contribue guère à clarifier la situation. Cela dit, il faut immédiatement ajouter que la commande ne provient pas nécessairement d'une autorité publique et officielle. Elle peut émaner d'un groupement privé, le cas échéant militant et citoyen, tel qu'une association visant à recueillir certaines données et évaluations relatives au changement climatique. Elle peut aussi provenir d'un ou de plusieurs organismes internationaux, comme cela a été décrit¹³. En revanche, la représentation selon laquelle de valeureux scientifiques du monde entier auraient constitué un réseau pour remettre un rapport sur l'état du réchauffement de notre planète n'est pas seulement idéaliste, elle est tout simplement inexacte. Positivement, la commande a aussi le mérite d'introduire une distance entre le commanditaire de l'expertise et l'expert. Elle permet d'identifier deux entités à la fois comme distinctes et comme liées entre elles. L'histoire du GIEC a montré à quel point l'identification d'un commanditaire était cruciale. Institué en 1988 sous les auspices de l'Organisation météorologique mondiale et du Programme des Nations Unies pour l'environnement, son devenir, pour ne pas dire sa survie en tant qu'institution, allait dépendre de la position prise par un nouveau commanditaire : la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, mise en place à partir de 1995¹⁴. De plus, lorsqu'une expertise est instituée, se noue un lien de droit entre l'expert et le commanditaire. Analyser la nature juridique de ce lien de droit constitue un préalable nécessaire à la détermination du régime juridique auquel l'expertise est soumise¹⁵, et cela quel que soit le contexte dans lequel elle prend place.

Les contextes : l'expertise dans sa diversité

Délimitée à partir de l'exigence d'une procédure et d'une commande, la notion d'expertise se rencontre dans des contextes de décision assez variés. Il est possible d'en présenter une typologie à partir de la *décision* susceptible d'être prise. Partons du connu pour aller vers ce qui l'est moins.

L'expertise juridictionnelle prend place dans le contexte d'une décision de justice¹⁶. Elle évoque un procès, actuel ou éventuel, opposant deux parties. Selon les systèmes juridiques et les procédures, l'expertise n'obéit d'ailleurs pas à un modèle unique. Tantôt l'expert est désigné par le juge, tantôt il est sollicité par les parties à l'instance, les deux solutions restant compatibles entre elles et soumises au principe du contradictoire. Quelle que soit la procédure retenue, il importe en effet que chaque partie puisse faire valoir ses arguments devant un juge et soit mise en mesure de contester ceux de la partie adverse. En pratique lorsque les faits allégués sont contestés, une bataille entre experts peut avoir lieu, comme le montre, dans le cas du réchauffement climatique, le conflit porté devant la Cour suprême des États-Unis¹⁷. L'expertise juridictionnelle est également présente dans les décisions prises par une juridiction internationale. Ainsi, dans le cadre du Protocole de Kyoto, la Chambre de l'exécution du Comité de contrôle établit si les Parties, c'est-à-dire les États, respectent ou non leurs obligations juridiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre¹⁸. Les expertises présentées devant cette juridiction obéissent à des règles de procédure précises¹⁹,

¹³ Chap. 1 p. 36.

¹⁴ Sur cette période de transition 1992-1995 ayant permis au GIEC de coexister aux côtés du SUBSTA, voir Chap. 1, p. 45-48.

¹⁵ Sur les liens de droit, contractuels ou statutaires, établis entre l'expert et le commanditaire de l'expertise, v. Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI et Olivier LECLERC, "Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise : réflexions sur le lien de droit" », in Yann BÉRARD et Renaud CRESPIEN (dir.), *Actes du colloque L'expertise comme objet flou : déplacements d'objets et nouvelles perspectives de recherches dans les sciences du politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2009 [coll. *Res publica*], à paraître.

¹⁶ Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Paris, 2005 [coll. *Bibliothèque de droit privé*, tome 443], préf. A. Lyon-Caen ; Laurence DUMOULIN, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007 [coll. *Études politiques*].

¹⁷ Cf. Chap. 6, p. 221.

¹⁸ Cf. Chap. 5, p. 191-192.

¹⁹ *Ibid.*, p. 193.

ainsi qu'il en est, de manière générale, pour les expertises juridictionnelles.

L'expertise de gouvernance, dite publique, nous semble être une dénomination propre à désigner celle prenant place dans un contexte de décision publique²⁰. Si les expressions d'"expertise publique", d'"expertise de gouvernement" ou encore "d'expertise à finalité politique" sont toutes insatisfaisantes²¹, il convient néanmoins de préciser que la pertinence de la dénomination proposée s'apprécie dans le cadre d'un choix d'intérêt général. A prendre la démocratie au sérieux, la décision publique ne saurait être réduite à la décision d'une administration, d'un État, ou d'un ensemble d'États réunis dans un organisme international. Elle concerne aussi et surtout les citoyens et les groupements, par définition intéressés à la décision susceptible d'être prise. C'est d'ailleurs pourquoi il y a débat public. En pratique, l'expertise de gouvernance peut être liée à une décision locale, nationale, internationale, ou même transnationale. Tous ces niveaux sont d'ailleurs présents dans le cas du changement climatique et ont vocation à être articulés entre eux²². Plus encore, le changement climatique apparaît, si l'on ose dire, comme le terrain d'une grande foire de l'expertise. L'expertise de gouvernance n'est pas toujours pour autant à la fête, car elle se réduit trop souvent à une servilité technique aux pouvoirs établis sans permettre la participation effective du public, comme en témoigne l'étude de la procédure de validation des projets "Mécanismes pour un développement propre"²³. Retrouver dans l'ordre international les défauts constatés dans l'ordre interne n'est pas résignation, mais appel à la vigilance et à l'imagination pour parvenir à des modalités satisfaisantes de l'organisation d'une expertise de gouvernance au niveau mondial.

L'expertise de clientèle, dite privée, mérite d'être évoquée en quelques mots. Elle recouvre les situations où un expert est désigné en vue de l'adoption d'une décision privative. En pratique, il s'agira le plus souvent d'un groupement privé. Ces expertises recouvrent notamment les pratiques d'évaluation des risques et des sinistres mises en œuvre par les compagnies d'assurance. Représentant d'ores et déjà un volume très important d'expertises²⁴, ces dernières devraient recevoir de nouvelles applications avec l'évaluation des dommages aux personnes et aux biens occasionnés par le réchauffement climatique. Il va sans dire que cette décision prise par une personne privée peut dans certains cas intéresser l'intérêt général ; l'expertise de clientèle sollicitée à cette occasion ne pourra pas toujours rester confidentielle.

Cette brève esquisse de typologie donne une idée de la diversité des expertises, en particulier dans le cas du changement climatique, mais c'est bien l'unité de la notion qui doit être retenue dans la perspective de l'édification d'un droit commun de l'expertise.

²⁰ Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, p. 203, propose l'expression "expertise mondiale de gouvernance" pour désigner l'expertise rendue nécessaire par la précaution, comme dans le cas du Protocole de Carthagène sur la biodiversité ou de celui de Kyoto sur le changement climatique. Cette expertise "contribue à la gouvernance mondiale sans se confondre avec elle".

²¹ L'expression "expertise publique" est sans doute trop large. Elle est surtout ambiguë du fait de la polysémie du terme "public" : tantôt elle renvoie à une expertise commanditée par une autorité publique, tantôt elle désigne une expertise portée à la connaissance du public, tantôt elle laisse entendre que son bénéfice est collectif, comme dans les notions de service public ou de bien public. Comp. Olivier LECLERC, *op. cit.*, note 20, p. 6. De plus, le problème est que les significations ne concordent pas : il est par exemple des expertises commanditées par le ministère de la défense qui restent secrètes, et dont le bénéfice d'intérêt général reste à démontrer. L'expression "expertise de gouvernement" est quant à elle trop stricte. C'est pourquoi a pu être proposée l'expression d'expertise à finalité politique (Marie-Angèle HERMITTE, "*L'expertise scientifique à finalité politique*", *Justices*, n° 8, 1997, p. 79).

²² Pour une approche critique sur le rapport entre "global" et "local", v. les contributions réunies par Sheila JASANOFF et Marybeth LONG MARTELLO in *Earthly Politics. Local and Global in Environmental Governance*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2004.

²³ Chapitre 4, p. 167.

²⁴ Selon une enquête menée en 2002, les expertises sollicitées par les compagnies d'assurances auraient été d'environ 4,2 millions, contre 270 000 à 300 000 expertise judiciaires (Bernard PECKELS, "Présentation", *Experts*, n° 62, 2003, p. 7).

Régime de l'expertise

A défaut d'un régime juridique unique, l'expertise est régie par une série de principes ayant vocation à servir d'armature pour un droit commun. Ces exigences tiennent notamment à la délimitation de la mission d'expertise, au caractère contradictoire de la procédure, ou encore à l'indépendance et à l'impartialité des experts²⁵. Rapportée au droit commun de l'expertise, quels enseignements offre l'étude du régime juridique des expertises menées dans le cadre du droit international du changement climatique ?

La mission d'expertise

Que ce soit au stade de l'évaluation du changement climatique ou du contrôle de l'observance du Protocole de Kyoto, les organes d'expertise reçoivent une mission de la part de leurs commanditaires.

L'une des singularités de l'expertise menée par le GIEC réside dans la diversité des missions qui lui sont confiées à partir d'une approche qualifiée de "globale"²⁶. A lire les Principes réglant le travail du GIEC, celui-ci reçoit la mission de délivrer une expertise "disciplinaire" : il doit offrir un état des connaissances disponibles les mieux établies au sein des communautés scientifiques associées à ses travaux²⁷. En cela, le GIEC se distingue de prime abord des expertises dans lesquelles le processus de décision au sein duquel elles prennent part imprime la marque de ses catégories d'analyse²⁸. Pareille déconnexion entre expertise et processus de décision trouve à s'expliquer dans le fait que cette mission a été fixée en 1988, par les institutions internationales commanditaires que sont l'UNEP et l'OMM, alors même qu'aucune négociation internationale n'était engagée en vue de réduire les émissions de gaz à effet de serre.

Cependant, l'insertion du GIEC dans le dispositif des négociations menées au sein de la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques adoptée en 1992 s'est accompagnée d'une inflexion de sa mission qui reflète l'incidence nouvelle des catégories juridiques utilisées dans le cadre de ces négociations. Le GIEC s'est ainsi vu confier, en outre, en partie sur son initiative, la mission d'élaborer des documents de référence nécessaires à l'encadrement juridique des engagements pris en matière d'émissions de gaz à effet de serre, qu'il s'agisse des scénarii d'évolution des émissions de gaz à effet de serre ou de la détermination des méthodologies appropriées pour le décompte des émissions imputables à chaque État²⁹.

La mission d'expertise ne se limite donc pas toujours à une activité d'évaluation des faits passés, elle peut aussi consister à établir des normes pour l'avenir. La fonction de normalisation précède d'ailleurs logiquement celle d'application. Le constat n'est pas sans importance et rejaille notamment, au stade de l'observance, dans la mission confiée à l'instance d'expertise que constitue la Chambre de la facilitation du Comité de contrôle³⁰.

²⁵ D'autres exigences, comme celles de publicité et de transparence ou celles tenant aux conditions matérielles de réalisation de l'expertise ne seront pas détaillées ici.

²⁶ Chap. 1, p. 37.

²⁷ IPCC 1998, *Principles Governing IPCC Work* (amended 2003 et 2006) : "le rôle du GIEC est d'offrir une évaluation complète, objective, ouverte et transparente des informations scientifiques, techniques et socio-économiques pertinentes pour la compréhension des fondements scientifiques du risque d'un changement climatique d'origine humaine, de ses impacts potentiels et des options disponibles pour s'y adapter et en atténuer les conséquences" (§ 2).

²⁸ C'est ainsi, notamment, que les experts judiciaires se voient confier des missions qui se rapportent à l'appréciation d'une série concrète de faits, envisagés dans la perspective de la notion juridique dont le juge envisage de faire application : "faute", "altération des facultés mentales", "image fidèle" de la situation financière de l'entreprise, "intérêt de l'enfant", "lien de causalité", etc. Cf. Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert*, op. cit., n° 116.

²⁹ Cf. Chap. 1, p. 39 et 47 et Chap. 5, p. 182.

³⁰ Cf. Chap. 5, p. 187.

Le caractère contradictoire de la procédure

La contradiction constitue une exigence constante des diverses expertises. Elle est particulièrement explicite dans le droit international de l'expertise du changement climatique.

Le caractère contradictoire de la procédure se manifeste, d'abord, par l'affirmation d'un objectif d'équilibre et d'ouverture dans la sélection des experts associés aux travaux du GIEC³¹. Cette volonté d'équilibre se traduit sur le terrain scientifique : les experts désignés doivent non seulement présenter une compétence indiscutable, mais il importe encore que les différentes sensibilités, opinions ou écoles soient représentées et mises en mesure de s'exprimer. Mais là ne s'arrête pas la recherche d'équilibre, qui est aussi diplomatique. Il faut encore que les experts désignés représentent une diversité géographique suffisante entre les différents continents³², ainsi qu'entre les pays, suivant le régime économique industrialisé ou en transition vers l'économie de marché qui est le leur.

La contradiction trouve ensuite un renfort dans le processus de *peer-review* que mettent en place les règles de procédure du GIEC³³. D'une part, les publications dont rendent compte les auteurs des rapports d'évaluation doivent, de préférence, être tirées de revues scientifiques à comité de lecture. D'autre part, les pré-rapports d'évaluation rédigés par les auteurs principaux sont, à leur tour, soumis à l'évaluation de leurs pairs dans le cadre d'une procédure de relecture associant plusieurs centaines de spécialistes.

Par comparaison avec d'autres expertises, notamment juridictionnelle mais aussi de clientèle, l'expertise du GIEC s'appuie sur une très large contradiction : elle n'est pas ouverte aux seules parties au procès ou aux personnes directement intéressées par la décision qui sera finalement prise. Très au-delà, elle vise à associer toutes les personnes reconnues comme particulièrement compétentes, soit par les auteurs des pré-rapports eux-mêmes, soit par les États participant au fonctionnement de l'organe d'expertise. Que l'objectif ne soit pas toujours atteint en pratique n'enlève rien de sa pertinence, mais invite au contraire à exiger l'application étendue du principe du contradictoire.

Ce même principe trouve également application devant les organes d'application du protocole de Kyoto, puisque l'expertise contradictoire y est la règle³⁴. La solution paraît ici plus classique car elle renvoie à l'expertise présentée devant une juridiction. Insistons cependant sur l'importance de concevoir l'application du principe du contradictoire *à la fois* dans l'expertise de gouvernance et dans l'expertise juridictionnelle.

L'indépendance et l'impartialité des experts

L'indépendance et l'impartialité de l'expert font partie des impératifs qui s'imposent à toutes les procédures d'expertise³⁵. Ces deux exigences sont en particulier difficiles à satisfaire pour les membres du GIEC en raison de la nature internationale et intergouvernementale de l'organe d'expertise. Si les experts sont désignés sur une liste dont les noms sont proposés par les États, ils doivent mener une appréciation scientifique objective au service de l'institution et non prendre partie en faveur des intérêts, notamment économiques, de l'État dont ils possèdent la nationalité.

Difficilement garanties *ab initio*, l'indépendance et l'impartialité des experts résultent de l'exercice d'une évaluation contradictoire des énoncés par la procédure de *peer-review* mise en

³¹ Cf. Chap. 2, p. 56.

³² Cf. Chap. 1, p. 44.

³³ Cf. Chap. 2, p. 70.

³⁴ Cf. Chap. 5, p. 193.

³⁵ V. Olivier LECLERC, "L'indépendance de l'expert", in Blandine ROLLAND et Karine FAVRO (dir.), *Regards croisés sur l'expertise*, Paris, Lavoisier, 2008, à paraître.

place³⁶. Sans surprise, c'est en réponse à des accusations de partialité de l'institution que le GIEC a été conduit à renforcer ses règles de procédure organisant l'échange de points de vue lors de l'élaboration des rapports³⁷.

L'indépendance et l'impartialité sont des exigences également requises des experts qui interviennent au stade de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto. Les fonctions d'expertise sont exercées à titre personnel et les experts ne peuvent procéder à l'examen de la situation des États dont ils sont ressortissants³⁸.

Dans l'ensemble, l'expertise internationale mise en œuvre dans le cadre du changement climatique obéit donc à une série de principes qui doivent être pris au sérieux dans la perspective de l'élaboration d'un droit commun de l'expertise. Plus encore, le respect de ces exigences peut être analysé comme une condition de réussite d'une expertise. L'échec relatif de *l'Advisory Group on Greenhouse Gases*, instance d'expertise ayant précédé le GIEC, le montre à titre de contre-exemple³⁹. L'absence d'une mission précise, de contradiction organisée et de conditions d'indépendance eut pour conséquence d'affaiblir la réussite de l'expertise ainsi mise en œuvre. Cela dit, il ne suffit pas de poser des normes juridiques pour qu'elles se réalisent concrètement. Le rôle du juriste n'est pas de conforter un discours officiel, mais de permettre la critique à partir d'une théorie réaliste de l'expertise.

II- Pour une théorie réaliste de l'expertise

Les théories réalistes du droit partagent, par-delà leurs différences, le refus d'une "vision idéaliste du droit"⁴⁰. Cette vision est véhiculée par le droit formel, en particulier les textes, auxquels il est souvent reproché de ne pas correspondre à la réalité des pratiques juridiques. C'est pourquoi les théories réalistes invitent à décrire le droit tel qu'il existe réellement. Il en résulte une critique des notions en usage dans le droit positif et, dans le meilleur des cas, une reconstruction à partir de concepts considérés comme valides sur le plan méthodologique et épistémologique.

Concevoir une théorie réaliste de l'expertise invite à mener une critique argumentée à l'encontre de sa représentation commune, ou du moins largement partagée, que nous stigmatiserons comme modèle officiel de l'expertise (ci-après modèle officiel), tout en restant conscients qu'il peut en exister plusieurs. Cette critique du modèle officiel a pu être menée sous plusieurs angles, notre souhait étant surtout de montrer les apports d'une critique *juridique* de l'expertise. Le propos mérite illustration à partir de l'idée reçue de l'absence de normativité du discours des experts. Aussi, dans un second temps, nous a-t-il semblé nécessaire de démontrer ce caractère normatif et de poser les jalons d'une conception réaliste de l'expertise qui nous semble scientifiquement adéquate.

La critique juridique du modèle officiel de l'expertise

Que le droit soit le vecteur d'un modèle officiel de l'expertise, il ne faut guère s'en étonner.

³⁶ Les règles de procédure régissant le fonctionnement du GIEC font peser une exigence d'indépendance sur les seuls experts engagés dans le processus de *peer-review*, qui ne doivent pas avoir participé à la rédaction des documents qu'ils sont chargés d'évaluer (IPCC 1999, Annexe A, § 4. 2. 4).

³⁷ V. chap. 2, p. 67.

³⁸ cf. chap. 5, p. 189-190.

³⁹ Chap. 1, p. 32-33.

⁴⁰ cf. ERIC MILLARD, "Réalisme", in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1297, qui met l'accent sur la présentation du réalisme juridique scandinave après l'avoir situé au regard du réalisme juridique américain. Sur ce dernier, FRANÇOISE MICHAUT, "Réalisme", in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 507. Pour étude approfondie mettant en garde contre des généralisations abusives, WILLIAM TWINING, "Talk About Realism", 1985 reproduit in *The Great Juristic Bazaar: Jurist's Texts and Lawyers' Stories*, Dartmouth-Ashgate, 2002, p. 93.

Encore faut-il identifier ses délimitations fondatrices, avant de clarifier la portée critique des théories du droit ayant vocation à prendre l'expertise pour objet.

Identifier le modèle officiel de l'expertise

Le modèle officiel que nous présentons est un idéaltype, et sans doute aussi une représentation largement partagée. Il a été construit à partir de l'expertise judiciaire, qui reste emblématique parmi les juristes pour penser l'expertise, y compris lorsqu'il s'agit d'une expertise de gouvernance ou de clientèle. L'étude de l'expertise mise en place dans la gouvernance du changement climatique a permis de montrer que ces expertises peuvent coexister tout en se rapportant à une représentation commune. Il est possible de définir ce modèle à partir de trois délimitations fondatrices.

Ratione personae, l'expert est distinct du juge, de l'autorité de décision, ou encore de celui qui le désigne, c'est-à-dire, pour utiliser une expression générique, du commanditaire de l'expertise. La personne ne désigne pas ici un individu donné, comme dans l'expression *intuitu personae*, mais bien la fonction ou la profession qu'il exerce. Or, l'expert ne saurait être confondu avec le commanditaire de l'expertise. L'affirmation formule un interdit à double sens. D'un côté, le juge ne peut apparaître comme un expert spécialisé, fut-ce en droit ; sa fonction ne consiste pas à délivrer des connaissances à des fins de décision, puisqu'il lui revient, précisément, de décider. Non seulement le juge est tenu de dire le droit (*jurisdictio*), mais il dispose aussi d'un pouvoir d'ordonner (*imperium*), ce qui justifie d'ailleurs qu'il puisse désigner... un expert⁴¹. De l'autre, l'expert ne peut prétendre exercer la fonction de juger. Il ne lui revient ni de juger, ni d'exercer un pouvoir de contrainte. Lorsqu'un spécialiste est intégré à une formation de jugement pour ses connaissances, il perd sa qualité d'expert au profit de celle de juge. Les deux qualités ne peuvent être cumulées ; elles sont exclusives l'une de l'autre. Il n'en va pas autrement lorsqu'un expert est désigné dans le cadre d'un processus de décision publique. L'expert ne se substitue pas à l'autorité en charge de la décision publique. Un conseiller ministériel ne saurait être à la fois expert et décideur. Selon le modèle officiel, une délégation du pouvoir de décider au profit des experts est exclue, l'idée même d'un gouvernement des experts étant à proscrire.

Ratione materiae, l'expert est compétent sur les faits, le juge sur le droit. La délimitation repose donc sur la distinction du fait et du droit. Elle emporte des conséquences qui ne sont pas réciproques : la délimitation vise moins à restreindre l'accès du juge à des faits relatifs à un litige qu'à cantonner l'expert dans ce domaine, lui interdisant donc de se prononcer en droit, y compris sur la qualification juridique des faits en cause. Cette prohibition apparaît à maintes occasions dans le droit de l'expertise juridictionnelle⁴². Quoique la distinction entre le droit et le fait n'y soit pas aussi présente, l'expertise de gouvernance (dite publique) reprend également les termes de ce partage. Les experts sont sollicités pour leurs connaissances scientifiques et techniques, et non pour leur aptitude à prendre une décision au nom de l'intérêt général. L'idée maîtresse reste que les experts doivent éclairer les autorités de décision quant aux faits. Lorsque l'avis demandé porte sur

⁴¹ Restant indissociable de l'exercice de la *jurisdictio*, la décision de désigner un expert peut être rattachée, plus précisément, à l'*imperium mixtum* dont le juge est titulaire. Sur ces distinctions, cf. Charles JARROSSON, "Réflexions sur l'*imperium*", in *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 245-279.

⁴² En droit français, l'injonction de ne pas se prononcer en droit est prévue par les textes encadrant la mission de l'expert. "Le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. Il ne peut répondre à d'autres questions, sauf accord écrit des parties. *Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique*" (art. 238 du Code de procédure civile) ; "La mission des experts, *qui ne peut avoir pour objet que l'examen des questions d'ordre technique*, est précisée dans la décision qui ordonne l'expertise" (art. 158 du Code de procédure pénale). Même si le texte est moins explicite (art. R. 621-1 du Code de justice administrative), la solution de principe est comparable en droit administratif : la mission d'expertise ne peut porter que sur des questions de fait à l'exclusion de toute question relative à la qualification juridique des faits (Conseil d'Etat, 10 décembre 1975, *Sté générale de construction industrielle dite Cotraba c. OPHLM de Marseille*, Rec. CE, p. 1201).

un risque, il est ainsi souvent recommandé de dissocier l'expertise portant sur l'évaluation des risques (*risk assessment*) de celle portant sur la gestion de ces mêmes risques (*risk management*). Cela dit, les divers rapports sur l'expertise publique ne sont pas tous unanimes et les conceptions évoluent⁴³.

La tendance générale demeure cependant toujours de séparer ce qui relève des faits et ce qui relève de la décision. Les faits semblent s'imposer hors de tout processus de décision. A vrai dire, le postulat repose sur une double réduction⁴⁴. D'abord les faits sont réduits aux faits accessibles à la connaissance. Ensuite, la connaissance est réduite à la connaissance scientifique et technique disponible au moment où la décision est rendue. La notion de fait se réduit ainsi à celle d'un fait scientifiquement établi à un moment donné.

Ratione temporis, l'expertise précède la prise de décision. L'expert délivre son avis *avant* que l'autorité compétente ne se prononce. Autrement dit, la décision est prise *après* que l'expertise a été délivrée. Le modèle officiel établit donc une chronologie entre la connaissance et la décision. Plus encore, la décision apparaît dans le droit fil de l'expertise, comme une conséquence toute linéaire. Ce montage temporel exclut deux hypothèses. La première est celle où l'expertise interviendrait postérieurement à une décision déjà prise. La finalité avouée de prendre en compte l'avis d'un expert pour se prononcer céderait alors la place au but inavouable de justifier une décision déjà prise par une expertise *ad hoc* établie à des fins de motivation et de légitimation. La seconde hypothèse, plus subtile, consisterait dans l'établissement concomitant de l'expertise et de la décision. Le temps de l'expertise serait alors coextensif à celui de la décision. Cette contraction temporelle serait une faiblesse : elle laisserait à penser qu'il peut exister des interactions entre l'expertise et la décision. Établir une linéarité entre l'expertise et la prise de décision offre l'avantage, pour les promoteurs de l'expertise, de se prémunir à l'avance de l'accusation d'une manipulation de l'expertise, ainsi que réciproquement, d'une prise de contrôle du processus de prise de décision par les experts.

La prise en compte de la personne, de la compétence et du temps contribuent à forger un modèle officiel de l'expertise. D'un côté, l'expert délivre, antérieurement à la prise de décision, un avis scientifique et technique sur des faits. De l'autre, le décideur tranche postérieurement à cet avis, le plus souvent en droit ou à partir d'autres considérations que celles fournies dans l'expertise.

Clarifier le point de vue critique des théories du droit

Les critiques formulées à l'encontre du modèle officiel de l'expertise sont fréquentes au sein des sciences sociales. Nombre d'entre elles montrent, exemples à l'appui, que la représentation officielle de l'expertise ne correspond pas à la réalité. En particulier, le postulat selon lequel l'expert interviendrait dans le seul domaine scientifique, hors de toute considération politique, irrite par son hypocrisie et donne lieu aux critiques les plus acerbes. Mains travaux portant sur l'expertise menée

⁴³ Sur le plan communautaire, cf. *Livre blanc sur la gouvernance*, rapport du groupe de travail "Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes", mai 2001. En France, a pu être proposée l'organisation systématique d'une expertise en deux cercles, le premier "composé exclusivement d'experts pratiquant une analyse scientifique et technique. Le second comprend quelques experts représentant le premier cercle, des économistes, des acteurs sociaux et des représentants du public... Son rôle principal est de procéder à une évaluation bénéfique/risque qui comprend une analyse économique et sociale" : Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution, rapport au Premier ministre*, Paris, Odile Jacob, p. 69 ; *contra* "il n'est pas souhaitable que les organismes d'experts siègent en deux collèges séparés, l'un représentant les scientifiques, l'autre, la société", *Mission LEPAGE*, 2008, 1^{ère} phase, p. 44. Cf. aussi, sur l'expertise dans les nouvelles technologies au niveau européen, 2^{ème} partie, remise le 11 Juin 2008. Pour un tour d'horizon des opinions sur l'expertise juridictionnelle et l'expertise publique, cf. le Compte rendu de l'audition publique sur *L'expertise scientifique*, du 6 décembre 2005, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée nationale, n° 2890.

⁴⁴ Cf. Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert*, *op. cit.*, p. 69 et s.

dans le cadre du changement climatique en témoignent⁴⁵.

Trop souvent toutefois, la dimension juridique de l'expertise est négligée et l'apport critique des théories du droit n'est pas pris en compte. Cette faiblesse traduit sans doute la difficulté à y voir clair parmi les théories du droit au sens large du terme, c'est-à-dire les analyses prenant le phénomène juridique pour objet. A défaut de donner lieu à un assentiment généralisé, la distinction entre point de vue interne et externe proposée par H. L. Hart⁴⁶ a souvent été utilisée, avec des variantes et des raffinements, pour établir diverses classifications au sein de la science du droit⁴⁷. Mettons provisoirement de côté le problème de savoir si les théories du droit peuvent prétendre à la scientificité, et retenons les vertus qu'offre la distinction afin de distinguer deux approches théoriques. La première, dite interne, est celle développée par les juristes dans le cadre de leurs argumentations et de leurs propositions doctrinales. Elle conduit à proposer des théories susceptibles de modifier le droit positif en s'intégrant à lui⁴⁸. La seconde, dite externe, entend proposer des théories permettant d'expliquer et de comprendre le phénomène juridique dans ses manifestations. Elle ne prétend pas avoir l'ambition de contribuer à l'évolution du droit positif.

L'aptitude des juristes théoriciens du droit à proposer des théories sur ces deux plans à la fois donne lieu à une controverse significative. Pour les uns, il est possible d'être présent au sein de ces deux espaces théoriques, sans qu'il soit concevable d'être simultanément ou successivement, pour reprendre la métaphore du jeu scénique d'une représentation théâtrale, à la scène et au balcon⁴⁹. Pour d'autres, une telle position est une tartufferie⁵⁰. Quoiqu'il en soit, ces deux plans semblent bien correspondre à des points de vue distincts. Le doyen Jean Carbonnier, qui connaissait aussi bien l'activité doctrinale propre au droit que l'activité de recherche à caractère sociologique, a médité et éprouvé les frontières entre points de vue interne et externe⁵¹. Afin de situer les rôles du juriste et du sociologue, il donne l'image suivante : "le droit, c'est, dans une forêt vierge, des lianes, un massif de lianes, c'est extrêmement embrouillé, c'est cela le droit. Et le juriste est là-dedans, c'est le perroquet, il est dans les branches et chaque fois qu'il parle il fait bouger les branches, tandis que le sociologue

⁴⁵ Cf. supra, p. xxx.

⁴⁶ Selon Hart, l'aspect interne des règles correspond au point de vue des acteurs qui les considèrent comme des normes d'évaluation de leurs conduites ; l'aspect externe des règles étant celui des observateurs. La distinction permet notamment de comprendre la différence entre une règle sociale (perçue comme telle à l'intérieur d'un groupe) et une habitude sociale (observée de l'extérieur comme formant une régularité). H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^{ème} éd. 1972, Oxford University Press, rééd. 1992, p. 55 et s.

⁴⁷ La distinction entre point de vue interne et externe a été, en particulier, envisagée à partir de la question des conditions de possibilité d'une science du droit. Cf., en langue française, les contributions réunies par Jean-Yves CHÉROT, dans un dossier commémoratif du centenaire de la naissance de Hart, "La question du point de vue interne dans la science du droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° spécial, 59, 2007.

⁴⁸ C'est le cas de la théorie de l'abus de droit, mais il y a bien d'autres exemples, cf. Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, PUF, 1987 [coll. *Les voies du droit*], p. 18.

⁴⁹ François OST et Michel de VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 43 et s. Situer la doctrine, qui relève à la fois de l'action de transformation du droit (la scène) et de l'observation scientifique (le balcon), est considéré comme problématique. Ils proposent néanmoins de distinguer la doctrine *strico sensu*, "point de vue interne savant", de la dogmatique, "point de vue externe descriptif rendant compte du point de vue interne de sujets de droit". Reconnue d'emblée par les auteurs comme fragile, cette distinction ne sera pas reprise dans un ouvrage postérieur enrichi de références à Hart, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 458 et s. Cela dit, la dualité des positions reste affirmée comme envisageable, sinon fondatrice, voire inaugurale : "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?" in *Normes juridiques et régulation sociale*, ss. la dir. de F. CHAZEL et J. COMMAILLE, Paris, LGDG, 1991, p. 67.

⁵⁰ André-Jean ARNAUD, "La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démythification", in *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 141. L'exercice de lévitation et de dédoublement permettant d'être sur la scène et au balcon relèverait "de la foi plus que de la science".

⁵¹ La posture de Jean Carbonnier a consisté à privilégier, en tant que juriste civiliste, le point de vue interne. Dans le domaine du droit du travail, et en assumant plus explicitement le combat doctrinal, ce choix a également été celui de Gérard LYON-CAEN, "Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée", *Droit ouvrier*, févr. 2004, p. 49.

est dehors ; il ne peut pas faire bouger de branche. Il n'est pas pleinement dans le droit"⁵². Gardons présent à l'esprit cette image fort colorée des points de vue interne et externe pour préciser la signification critique des théories juridiques relatives à l'expertise.

Les théories juridiques *à point de vue interne* entendent, par définition, travailler le droit de l'intérieur. Qualifiées de doctrinales ou de dogmatiques, elles prétendent décrire le droit positif en vigueur et contribuer à sa cohérence. Cette apparence de discipline policée ne doit pas induire en erreur. Dans la jungle du droit, les juristes perroquets ne sont pas toujours au diapason. Tantôt, ils parlent pour défendre et consolider les distinctions en vigueur⁵³. Le modèle officiel de l'expertise trouve alors des gardiens. Tantôt, ils parlent pour faire jouer les distinctions, par un combat plus ou moins long contre les idées reçues et les règles en vigueur. Le modèle officiel est alors appelé à évoluer, tant il est vrai que les propositions théoriques visent à modifier le droit positif existant, et sont, à cette fin et de manière toute stratégique, formulées le plus souvent dans la langue du législateur ou du juge⁵⁴. La subtilité des productions doctrinales invite certes à des nuances et à la modestie : d'abord, une même théorie peut présenter à la fois des aspects dogmatiques et critiques, ensuite, les postures doctrinales évoluent, même s'il est toujours plus simple de défendre des théories anciennes que d'en proposer de nouvelles, enfin, les théories juridiques peuvent avoir des effets pratiques inverses à ceux souhaités par leurs promoteurs. Pareil panorama, auquel il faudrait ajouter des pesanteurs institutionnelles, peut sembler peu propice à la critique. Il n'en est rien à qui connaît les lois de la jungle en vigueur au sein du jardin doctrinal à la française, ce qui suppose, il est vrai, de prendre au sérieux les catégories du droit.

Les théories juridiques *à point de vue externe*, en vertu de cette extériorité même, visent à présenter une description des phénomènes juridiques sans avoir l'ambition, du moins avouée, de modifier le droit et les institutions en vigueur. Ne subissant pas les contraintes inhérentes au jeu de l'argumentation au sein du champ juridique, elles sont plus diversifiées dans leurs références et libres dans leurs propos. Si l'affirmation mérite examen, il est clair que l'étude des sources réelles du droit est alors souvent privilégiée pour comprendre les sources formelles. Les conditions historiques, sociales et politiques ayant conduit à retenir telle conception juridique de l'expertise sont ainsi étudiées en détail⁵⁵. La plupart des analyses proposées ne se présentent pas, à proprement parler, comme des théories juridiques, mais comme des analyses historiques, sociologiques ou politiques ayant les règles relatives à l'expertise pour objet. Si certaines analyses confortent le modèle officiel de l'expertise, l'objectif consiste le plus souvent à prendre ses distances avec ce modèle pour montrer que le fonctionnement réel est autre que ne le dit le droit⁵⁶.

La confusion ne doit cependant pas être faite entre la représentation officielle de l'expertise véhiculée par le droit et des descriptions utilisant des catégories juridiques à des fins analytiques et

⁵² Entretien recueilli par André-Jean ARNAUD in *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit*, LGDJ [coll. *Droit et société*, tome 12], p. 54.

⁵³ En France, est ainsi souvent rappelé le rôle qui doit être assigné à l'expert au regard de celui du juge et des parties à l'instance : Jacques NORMAND, "Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du NCPC", in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 255 ; Serge GUINCHARD, "L'expertise judiciaire civile : l'expert, le juge et les parties", in *L'expertise, op. cit.*, p. 69. Aux Etats-Unis, un courant doctrinal s'évertue à établir des cloisons étanches entre faits scientifiques et décisions juridiques : ex. David L. FAIGMAN, *Legal Alchemy. The use and misuse of science in the law*, New York, W. H. Freeman, 1999.

⁵⁴ cf. I sur le droit commun de l'expertise.

⁵⁵ Cf. références *supra*, p. XXX.

⁵⁶ Caractéristique à cet égard est la démarche de Laurence DUMOULIN qui entend critiquer la "vision mythifiée de l'expertise judiciaire", au demeurant renforcée par certains travaux sur l'expertise qui "paradoxalement" (sic) "contribuent à renforcer une image mythifiée, fondée essentiellement sur ce que le droit dit et prévoit de l'expertise judiciaire, en faisant l'impasse sur la façon dont les acteurs mobilisent effectivement les procédures et capacités d'expertise dans le cadre de leurs activités de justice" (p. 8). De là le souci de démontrer que les présupposés à l'origine du modèle de l'expert judiciaire ne sont pas conformes aux "conditions réelles de réalisation de l'expertise" (p. 103 et s.)

critiques. La nuance est d'importance et ouvre sur une interrogation : le droit peut-il donner lieu à une critique *juridique* à partir d'une théorie adoptant un point de vue externe ? Et dans l'affirmative, quels sont les instruments permettant de mettre en œuvre cette critique ? Si plusieurs courants de théorie du droit ont fait la preuve de leur aptitude à déconstruire les notions juridiques les plus éprouvées, il importe de dire que ce travail d'analyse critique peut être fait à partir de notions contenues dans un système juridique. Tout au moins, une analyse juridique rigoureuse peut servir à donner une image toute autre de l'expertise⁵⁷ que celle véhiculée par le modèle officiel, assimilé au droit en vigueur par les théories classiques. Plus encore, l'analyse menée à partir des catégories juridiques peut servir d'instrument de connaissance critique dans une perspective autre que celle "doctrinale" d'approbation ou de transformation du droit positif en vigueur⁵⁸. Cette position, qui n'est pas toujours bien comprise dans le contexte académique français⁵⁹, situe d'emblée la théorie juridique parmi les sciences sociales.

Que le point de vue soit interne ou externe, les théories juridiques peuvent donc comporter une dimension critique. Tantôt, il s'agit de critiquer le droit en vigueur dans la perspective de sa transformation, tantôt d'exercer une critique sans laquelle il n'est de connaissance ni du droit ni de la société. Utile à des fins de clarification, la distinction interne/externe trouve cependant vite ses limites. D'une part, des théories internes à caractère doctrinal se nourrissent des arguments de théories adoptant un point de vue externe. D'autre part, des théories externes peuvent trouver à s'appliquer dans le jeu du droit lui-même⁶⁰. Le constat relativise donc la portée de la distinction interne/externe lorsqu'elle est appliquée à un point de vue théorique. Il suggère aussi que toutes les théories du droit ont, de manière plus ou moins directe et explicite, des prétentions, sinon dogmatiques, du moins normatives⁶¹. Rien ne fait d'ailleurs obstacle à ce que l'analyse juridique rende explicite la normativité propre à l'expertise.

La démonstration du caractère normatif de l'expertise

Affirmer le caractère normatif de l'expertise, c'est contester les idées traditionnelles. Le modèle officiel est en effet malmené dans ses trois dimensions : *ratione personae*, l'expert entre en concurrence avec le décideur chargé d'adopter une norme ; *ratione materiae*, il ne se limite pas à se prononcer sur des faits à partir de ses connaissances, mais s'engage sur le terrain du droit et des valeurs ; *ratione temporis*, il ne se cantonne pas à intervenir en amont de la décision, mais contribue à son élaboration jusqu'à son terme. De même, le commanditaire de l'expertise ne reste pas toujours dans son rôle de décideur : il est parfois associé de près à l'élaboration et à l'adoption des rapports d'experts, comme le montre l'implication des États au regard des rapports du GIEC⁶².

Pour autant, la contestation du modèle officiel de l'expertise repose souvent sur des considérations sociologiques. Plutôt que d'engager une critique directe pour mieux proposer une reconstruction, elle se limite parfois à constater l'écart entre le modèle officiel et la réalité des pratiques. Ainsi, par exemple, des études cherchent à montrer que l'expert *influence* ou est susceptible d'influencer l'appréciation que le juge ou le décideur font des faits, et partant la décision

⁵⁷ Pour une étude orientée en ce sens, Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert*, *op. cit.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ En ce sens, Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2002, [coll. *Méthodes du droit*] pour lesquels l'identité de la doctrine française repose sur le "primat de la dogmatique", p. 141.

⁶⁰ Ces théories ne sont d'ailleurs pas nécessairement qualifiées de juridiques, cf. par exemple la contribution de Gary EDMOND et David MERCER, "The Invisible Branch: The Authority of Science Studies in Expert Evidence Jurisprudence", in *Expertise in Regulation and Law*, *op. cit.*, p. 197.

⁶¹ Un auteur italien (E. di Robilant cité par Villa, *op. cit.*, note 78) a proposé d'appliquer la distinction science/technologie aux théories juridiques. Certaines théories auraient un objet de connaissance pure, d'autres viseraient une application concrète. L'analogie est judicieuse. Car les faiblesses de la distinction science/technologie dans le domaine scientifique suggèrent qu'il pourrait en être de même dans le domaine juridique.

⁶² Cf. chap. 2, p. 54.

qui sera finalement prise⁶³. Outre que cette démonstration n'est pas aisée, il nous semble plus efficace d'analyser l'expertise d'un point de vue critique à partir des catégories juridiques elles-mêmes. Cela suppose que ces dernières puissent être appliquées non seulement au droit en vigueur, mais aux phénomènes normatifs dans leur ensemble, ce qui appellera des précisions théoriques.

Analyser l'expertise à partir des catégories juridiques

Partir du modèle officiel de l'expertise suppose de prendre les notions qui le sous-tendent au sérieux. L'expert se prononcerait sur les *faits*, afin de permettre la *qualification*, sans toutefois se prononcer sur le *droit*. On retrouve ici trois notions à l'œuvre dans le syllogisme judiciaire, considéré comme la figure typique du raisonnement juridique. Une analyse rigoureuse menée à partir de ces catégories apporte une autre démonstration : l'expert peut aussi bien participer à la production de normes, réaliser des qualifications et prononcer des jugements de valeurs sur les faits⁶⁴.

Le droit est un domaine éminent de la normativité. Si toutes les normes ne sont pas juridiques, le droit permet d'en comprendre le fonctionnement⁶⁵. En quel sens peut-on dire que les experts contribuent à la production de normes ? L'étude de l'expertise dans le cadre du changement climatique nous fournit plusieurs exemples. D'abord, les experts peuvent se voir confier la préparation d'un texte. Il n'en a pas été autrement pour la préparation de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, qui sera adoptée en 1992 lors de la Conférence de Rio⁶⁶. Ensuite, les experts peuvent établir des normes dites techniques. Les standards relatifs aux inventaires nationaux de gaz à effet de serre furent d'ailleurs établis sur la propre initiative de l'instance d'expertise⁶⁷, avant de servir de modèle de référence pour préciser la forme et le contenu des informations que les États doivent délivrer à des fins de comparaison⁶⁸. Peuvent également être mentionnées, les normes relatives aux registres nationaux nécessaires à l'établissement du marché du carbone⁶⁹, ou encore, les standards de preuve relatifs à la force probante des énoncés du GIEC⁷⁰. Enfin, au stade de l'observance, qui est celui de sanctions qui ne disent pas leur nom, une instance d'expertise comme la Chambre de la facilitation du Comité de contrôle, adopte des mesures consécutives, dont le caractère normatif est indéniable⁷¹, même si leur force contraignante reste discutée, ce qui est une autre question.

⁶³ Cette approche est, il est vrai, encouragée par le juge européen. Ainsi, dans l'arrêt *Mantovanelli*, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour avoir méconnu le principe du contradictoire lors d'une expertise médicale. Après avoir reconnu que "la procédure "purement judiciaire" s'est déroulée dans le respect du contradictoire" (par. 34), les juges estiment que "bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celle-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits" (par. 36). C'est nous qui soulignons. CEDH, 18 mars 1997, aff. 8/1996/627/810 ; *JCP*, G, 1998, I, 107, n° 24, note F. Sudre ; *D.* 1997, somm., p. 361, obs. S. Percez ; *RGDP*, 1998, p. 238, obs. J.-F. Flauss ; *AJDA*, 1999, p. 173, note H. Muscat. La Cour de cassation elle-même ne se montre pas insensible à ce raisonnement. Cass., Civ. 2^e, 22 novembre 2007, *JCP*, ed. S, 2008, n° 1281, note Thierry TAURAN : "une expertise médicale qui, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer leur appréciation des faits, constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être débattu par les parties".

⁶⁴ L'ordre choisi n'est pas innocent et prend le contrepied de l'idée traditionnelle selon laquelle le fait scientifique exercerait une pression sur le droit en général, et sur la décision de justice en particulier.

⁶⁵ La dimension normative de l'expertise peut aussi être démontrée sur un autre registre. Pour une lecture attentive du droit médico-social, cf. Robert CASTEL, "Savoirs d'expertise et production de normes", in *Normes juridiques et régulations sociales*, ss. la dir. de F. CHAZEL et J. COMMAILLE, Paris, LGDJ, 1991 [coll. *Droit et société*], p. 177 qui oppose à l'expertise technique (modèle officiel), l'expertise instituante.

⁶⁶ Chap. 1, p. 41-43.

⁶⁷ Chap. 1, p. 48 ; Chap. 3, p. 121.

⁶⁸ *Supra*, Chap. 5, p. 183.

⁶⁹ Chap. 3, p. 127, note 333.

⁷⁰ Chap. 2, p. 90.

⁷¹ Chap. 5, p. 188.

La qualification est, au sens général, l'opération intellectuelle consistant à donner un nom à une chose. Dans le raisonnement juridique, elle est le plus souvent envisagée comme la qualification d'un fait au regard d'une règle de droit. Quel est le rôle joué par les experts dans l'opération de qualification ? Il est crucial, et ce qui a pu être démontré pour l'expertise juridictionnelle⁷² se retrouve, dans ses grandes lignes, dans l'expertise internationale du changement climatique. Le premier exemple qui vient à l'esprit concerne le mécanisme d'observance qui permet d'exercer un contrôle juridictionnel du respect par les États de leurs engagements internationaux. Le système de vérification prévu par l'article 8 du Protocole de Kyoto conduit les experts à réaliser des qualifications dont la portée est normative⁷³. Un deuxième exemple nous est fourni par les critères de validation des mécanismes pour un développement propre (MDP). Les experts dont les compétences relèvent pour l'essentiel de l'ingénierie énergétique et de l'analyse financière se prononcent notamment sur des critères d'effectivité et d'additionalité qui sont autant de qualifications nécessaires pour valider le volet gaz à effet de serre du mécanisme MDP⁷⁴.

Les faits relèvent, *a priori*, d'un domaine étranger à la normativité. C'est du moins l'opinion commune à l'égard des faits scientifiques et techniques. Doit-on en déduire que l'établissement des faits par les experts ne comporte aucune dimension normative ? Une réponse négative s'impose et la normativité des faits établis par voie d'expertise trouve plusieurs explications. En premier lieu, il convient de rappeler que l'expertise prend place dans un contexte qui n'est pas celui du jeu de la science. Elle est encadrée par une mission, des délais et des règles. Même en faisant abstraction de l'implication des gouvernements dans l'élaboration et l'adoption des rapports du GIEC, les énoncés établis par les experts obéissent à des règles de procédures précises, dont la révision a été rendue nécessaire afin de garantir leur fiabilité scientifique⁷⁵. En second lieu, les faits pris en compte par les experts sont en partie déterminés par la mission d'expertise et les qualifications susceptibles de produire des effets. Il en résulte une double conséquence : d'une part, la mission formulée par le commanditaire de l'expertise peut demander aux experts de se prononcer sur un plan descriptif *et* prescriptif⁷⁶, d'autre part, tous les faits ne sont pas pertinents, pour reprendre une notion utilisée dans le registre probatoire. Soutenir que les faits sont dissociés des valeurs devient alors problématique. La fabrique du fait scientifique est en partie juridique, renouant avec les origines étymologiques du "fait", *factum*, action ou ouvrage. En troisième lieu, même en se situant dans le schéma idéal d'une science pure, il est pour le moins simpliste d'affirmer que la science décrit les faits, sauf à demeurer dans un positivisme archaïque. La relation entre théories et faits est complexe. Loin de suggérer l'idée d'une représentation des faits par la science, elle correspond plus exactement à "la construction *d'artifices* et de *modèles* à partir de la réalité même"⁷⁷. Les théories scientifiques n'auraient alors pas un accès direct à des phénomènes empiriques, mais constitueraient une reconstruction idéalisée des phénomènes étudiés⁷⁸. Dans les sciences mobilisées pour l'étude du changement climatique, la place accordée à la modélisation, climatique et économique, illustre au plus au point cette affirmation⁷⁹. La prédiction s'émancipe alors des faits pour rejoindre des choix axiologiques, c'est-à-dire de valeurs⁸⁰.

⁷² Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert, op. cit.*, p. 159 et s. qui montre pourquoi et comment l'expert, au stade de la qualification, exerce une fonction normative.

⁷³ Chap. 5, p. 184.

⁷⁴ Chap. 4, p. 151.

⁷⁵ Chap. 2, p. 63.

⁷⁶ Chap. 1, p. 38.

⁷⁷ Vittorio VILLA, *La science du droit*, trad. Odile et Patrick Nerot, LGDJ, 1988 [coll. *La pensée juridique moderne*], p. 119, qui cite notamment Mario Bunge en ce sens.

⁷⁸ On retrouve ici l'opposition philosophique entre les sensibilités "essentialistes" et "constructivistes". L'opposition est présente aussi bien dans les domaines scientifiques (essence ou construction d'un fait) que juridiques (découverte ou création d'un principe).

⁷⁹ Chap. 1, p. 39, note 98.

⁸⁰ Confrontés à des temporalités longues, les économistes ont ainsi élaboré des scénarios, plus adéquats que les modèles, dans le cadre d'une prospective incluant des choix de société. Michel ARMATTE, "Les économistes face au

Ces modèles et scénarios ont-ils une portée régulatrice ? Sont-ils susceptibles de forger des communes mesures à même de déterminer des conduites à venir ? Poser la question suggère un lien entre les modèles scientifiques et les modèles de conduite⁸¹. La normativité axiologique (au sens faible d'une prescription évaluative) serait alors relayée par la normativité juridique (au sens fort d'une règle de droit). Quoi qu'il en soit, le but de notre propos consiste à démontrer juridiquement que l'expertise présente un caractère normatif susceptible de se manifester, selon les cas, dans la production des normes, la qualification des choses, et la détermination des faits.

Assumer les conséquences théoriques d'un réalisme juridique constructiviste

Sans développer plus avant l'incidence des normes dans la constitution des disciplines scientifiques, il nous importe d'insister sur un point méthodologique crucial pour les juristes portant leur réflexion sur les sciences et les technologies. Des questions intimidantes peuvent surgir à l'occasion : comment distinguer une norme juridique d'une norme scientifique et technique ? La preuve en droit est-elle autre que la preuve en science ? Les faits juridiques sont-ils distincts des faits scientifiques ? Ces interrogations conduisent à des ornières si le juriste entend limiter ses analyses à ce qui serait uniquement juridique. Il s'interdit alors de pouvoir projeter ses propres analyses et catégories à des objets autres que les règles de droit. Cette posture méthodologique le conduit à restreindre son terrain d'étude et à s'interdire d'avoir une compréhension fine du rapport droit/science. Le contraste entre ce caractère défensif des juristes et l'attitude conquérante des économistes est frappant. Les économistes ont étendu leurs analyses à tout ou presque tandis que les juristes semblent se cantonner à ce qu'ils considèrent comme relevant du droit et la justice *stricto sensu*.

Notre démarche est autre : elle vise à *étendre les catégories d'intelligibilité du droit à des phénomènes* qui ne sont pas toujours perçus, à tort ou à raison peu importe, sous l'angle juridique⁸². L'analyse n'est plus alors encombrée par la considération de la juridicité ou non d'un objet. Prenons l'exemple des normes techniques. Le terme de norme présente un caractère équivoque qui a souvent été relevé, puisque le terme peut désigner un *Sollen* comme un *Sein* : tantôt il est utilisé comme synonyme de ce qui doit être (règle, principe, canon, modèle, directive, standard, méthode à suivre), tantôt ce qui est (état habituel, normal, conformité à une régularité statistique). Dans les deux cas toutefois, comme a pu le relever Canguilhem⁸³, il suppose une activité normative, ne serait-ce que pour définir à quoi correspond la normalité. Pourquoi, dès lors, l'analyse juridique ne pourrait-elle saisir les deux aspects ? Il existe certes une tendance à dissocier une normativité juridique d'une normativité scientifique et technique, le droit trouvant alors pour contrepoint la normalisation⁸⁴.

long terme : l'ascension de la notion de scénario", in *Les modèles du futur*, dir. Amy Dahan Dalmedico, Paris, La découverte, 2007, spéc. p. 78 ; cf aussi, Roger GUESNERIE, "L'évaluation économique des politiques climatiques" in *L'Homme face au climat*, dir. E. Bard, Paris, Odile Jacob, p. 387 et s.

⁸¹ Pour une analyse des règles de droit comme modèle, cf. not. Antoine JEAMMAUD, "La règle de droit comme modèle", *Recueil Dalloz*, 1990, p. 199.

⁸² La démarche donne le primat méthodologique au droit sur l'objet étudié. Elle a pu être esquissée comme contrepoint aux nombreuses théories politiques du juridique. Il s'agit de proposer "des conceptions qui essaient de rendre compte des phénomènes politiques au sens propre, tout en se plaçant dans le champ théorique et institutionnel juridique". La proposition de "théories juridique du politique", correspond à des "approches qui abordent le (des) phénomène(s) politique(s) depuis le juridique, tout en revendiquant l'autonomie épistémologique de la "science du droit"". Carlos Miguel HERRERA, *Droit et gauche. Pour une identification*, Les Presses de l'Université Laval, 2003 [coll. *Dikè*], p. 4. Sur un mode comparable, il est tout aussi envisageable d'élaborer une théorie juridique du scientifique, ou du moins d'appliquer les cadres d'analyse aux institutions, règles et sanctions en vigueur dans le jeu de la science lui-même. En ce sens, Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, "La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 247.

⁸³ Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, 2^{ème} éd. 1966, Paris, PUF [coll. *Quadrige*], not. p. 114-116.

⁸⁴ Cf. "Normalisation", par Gabriel PARNET et Alain SUPLOT, in *Dictionnaire encyclopédique de la culture scientifique et technique*, op. cit., p. 390, qui évoque les distinctions proposées par Weber (règlement administratif/règlements régulateurs), Pasukanis (normes juridiques/normes techniques), Hayek (règles de juste conduite/règles

Toutefois, outre que le droit est lui aussi une technique⁸⁵, l'affirmation invite d'autant plus, selon nous, à appliquer les catégories juridiques aux phénomènes de normalisation, dont l'importance va grandissante, y compris dans les rapports internationaux⁸⁶. L'enjeu n'est pas de dire que les normes techniques *sont* des normes juridiques. Il est d'appréhender les phénomènes normatifs dans leur ensemble *à partir* du prisme d'analyse juridique qui, à défaut d'être le seul, nous semble avoir fait ses preuves à des fins heuristiques et pragmatiques. L'un des enseignements de cette étude sur l'expertise dans le changement climatique prend donc la forme d'un conseil méthodologique : plutôt que de chercher à démêler l'écheveau de normativités juridico-scientifiques, il est préférable de les considérer comme un bloc dont il s'agit d'éclairer la genèse, le fonctionnement et la portée.

Si le caractère prospectif de la présente conclusion ne permet pas de longs développements sur ce point, il convient de situer les conséquences de cette démarche sur le plan théorique. Ici aussi, les développements qui vont suivre sont bien succincts et les précautions de langage sans doute insuffisantes, surtout lorsque l'on connaît la facilité avec laquelle les théories du droit donnent lieu à des assimilations hâtives, si ce n'est à des déformations, avec le piment de la bonne foi propre aux quiproquos. Cela dit, deux précisions nous semblent importantes pour expliciter le réalisme juridique que nous avons à l'esprit.

La première précision est d'ordre épistémologique, puisque cet aspect conditionne le reste dans les écrits de géants de la pensée juridique auxquels il faut bien se référer. Pour faire bref, disons que le siècle du Cercle de Vienne n'est plus le nôtre. Ainsi le radicalisme d'un Alf Ross visant à fonder une science du droit sur des vérifications empiriques empruntées au modèle de la logique et aux sciences expérimentales ne correspond pas à notre approche⁸⁷. Ainsi également, les prétentions pour hisser la sociologie au rang d'une science prenant le droit pour objet nous semblent parfois flirter avec un positivisme sinon suranné, du moins en décalage avec le constat d'un pluralisme méthodologique qui rend caduc de se référer à un modèle unique de scientificité⁸⁸. Les analyses de sociologie du droit, il est vrai, sont diverses et leurs évolutions retiennent notre attention⁸⁹. Au demeurant, il est aussi possible, comme Karl Llewellyn en son temps, de prêter un intérêt relatif à ces questions de scientificité⁹⁰, sans pour autant renoncer à une réflexion juridique.

d'organisation) et surtout Foucault (droit/discipline) pour lequel la normalisation correspond à l'émergence "de nouveaux procédés de pouvoir qui fonctionnent non pas au droit, mais à la technique, non pas à la loi, mais à la normalisation, non pas au châtement, mais au contrôle, et qui exercent à des niveaux et dans des formes qui débordent l'Etat et ses appareils" (*La volonté de savoir*, p. 118). Pour une illustration dans le domaine de la génétique, cf. Antoinette ROUVROY, *Human Genes and Neoliberal Governance: A Foucauldian Critique*, Routledge Cavendish, 2007.

⁸⁵ Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, "Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social", *Recueil Dalloz*, 2004, p. 711.

⁸⁶ Estelle BROSSET et Eve TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La documentation française, 2006, cf. not. l'introduction qui montre bien "la porosité" des distinctions, p. 25 et s.

⁸⁷ Cela dit, nombre d'analyses de ce représentant atypique du réalisme juridique scandinave sont salutaires, Cf. en langue française, Alf ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris, LGDJ, 2004.

⁸⁸ Cf. en ce sens Vittorio VILLA, *La science du droit*, *op. cit.*, qui oppose le monisme méthodologique des conceptions néopositivistes à un pluralisme méthodologique de conception postpositivistes. Relevons aussi la subtilité du titre où la liaison "du" doit être entendue au sens fort.

⁸⁹ Le réalisme juridique américain a pu être perçu comme précurseur de l'approche *law in context*, distinguée par les sociologues critiques de celle de *sociology of law*, et plus encore de l'appellation fourre-tout de *sociological studies*, cf. sur ces points, William TWINING, *op. cit.*, p. 372 et s. Le réalisme juridique à la française a souvent été rapproché d'une conception sociologique du droit. Sur la pertinence de ces liens, cf. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 1978, PUF [coll. *Quadrige*], 1994 ; pour un inventaire récent de différents courants, Evelyne SERVERIN, *Sociologie du droit*, Paris, La découverte [coll. *Repères*], 2000, p. 71 et s. ; Baudoin DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, 2006.

⁹⁰ Ainsi, pour Karl LLEWELLYN, "knowledge...does not have to be scientific, in order to be useful and important", cité par TWINING, *op. cit.*, p. 134. Ce dernier retient deux directions théoriques dans l'héritage de la figure de proue du

Cela dit, le souci de faire science présente des mérites, y compris sur le plan juridique. Qu'une science du droit puisse exister, nous n'en doutons pas, mais c'est à la condition qu'elle puisse revendiquer ses propres méthodes et critères de validité, ce qui, après tout, est également le cas pour les autres sciences, qu'elles soient à caractère logique, empirique ou herméneutique. La cohérence du propos est renforcée dans la perspective constructiviste dans laquelle une science construit son objet.

La seconde précision concerne l'objet pris en compte. S'agit-il des normes ou des faits ? L'interrogation, comme on sait, sépare les tenants d'une conception normativiste de la science juridique, pour lesquels à l'instar de Kelsen, les normes juridiques, par définition valides, sont les seuls objets possibles d'une science du droit, d'autres conceptions réfutant cette approche jugée restrictive, le plus souvent pour élargir l'objet étudié en prenant en compte les valeurs ou la dimension sociale des pratiques juridiques. L'un des points de levier du réalisme juridique américain fut d'ailleurs de réagir à une conception formelle du droit, réaction qui se comprend dans un pays où le juge est une figure centrale de la construction du droit. Plutôt que de prêter attention au droit dans les textes, la question centrale devenait de savoir ce que faisait le juge, s'il était possible de prévoir ce qu'il allait faire, ou encore ce qu'il devait faire. Les considérations extra juridiques présentes dans la délibération judiciaire étaient aussi rendues explicites, ce qui permettait de reconnecter le droit à la morale et surtout, à la politique.

Ce qui a été dit du juge pourrait l'être de l'expert. Que fait-il ? Que devrait-il faire ? Quelle place occupent les considérations scientifiques et techniques dans l'élaboration du droit légiféré ou jurisprudentiel ? De l'importance du juge dans la production du droit, l'attention se déplacerait alors vers le rôle de l'expert dans la détermination des faits, mais aussi des qualifications et des normes. Des notions telles que l'expertise, la preuve et les faits paraissent alors cardinales. De même que les théories réalistes valorisant le rôle du juge ont permis de faire éclore, en leur temps, une nouvelle théorie de l'interprétation, il nous paraît envisageable de prendre appui, dans le contexte scientifique et juridique qui est le nôtre, sur une théorie réaliste de l'expertise pour envisager une nouvelle théorie de l'argumentation. Un prolongement possible concerne la théorie des théories scientifiques (métathéorie), ou si l'on préfère l'épistémologie des sciences.

III- Pour un "programme fort" d'épistémologie de la connaissance dans la théorie juridique

La perspective d'une contribution à l'analyse juridique de l'expertise invite, au-delà d'une conception réaliste, à engager une réflexion d'ordre épistémologique. S'il évoque l'importance de la normalisation dans la constitution des sciences météorologiques⁹¹ ou la portée normative des modèles climatiques et économiques⁹², le présent ouvrage ne met guère l'accent sur les fondements et méthodes des disciplines scientifiques. Tout juste peut-on relever le constat d'une diversification des sciences impliquées dans l'étude du changement climatique, et la difficulté de trouver des références communes, notamment pour établir des échelles de certitude et de conviction à des fins probatoires⁹³. Ces quelques éléments nous invitent cependant à envisager la perspective d'un renversement épistémologique susceptible de donner lieu à un "programme fort" dans la théorie du droit, dont on aura à cœur de montrer les interactions qu'il permet de susciter, en particulier avec l'important champ de recherches ouvert par les études sociales sur la science (*Science and Technology Studies*).

réalisme américain : la sociologie descriptive et l'étude de la technologie juridique (*legal technology*), c'est-à-dire des techniques artisanales (*craft technique*) et des méthodes des juristes (p. 130).

⁹¹ Chap. 1, p. 17 et s.

⁹² Chap. 1, p. 40 et *supra*.

⁹³ Chap. 2, p. 74 et s.

La perspective d'un renversement dans l'épistémologie de la connaissance

Les analyses juridiques portant sur l'expertise empruntent le plus souvent le chemin qui part des faits pour aller vers le droit. Prendre à rebours cette démarche linéaire conduit à partir du droit pour remonter vers les faits. L'expertise prend place sur ce chemin, mais au-delà ? Ne faut-il pas envisager, également, la dimension normative de l'activité de recherche et des énoncés scientifiques eux-mêmes ? Et ce d'autant plus que de la production des faits scientifiques à l'adoption d'une norme juridique, l'expertise semble donner lieu à une intégration verticale⁹⁴ ?

Cette inversion du modèle linéaire nous semble ouvrir la voie à *renversement*, situé sur le terrain de l'épistémologie, dans lequel le droit serait mis au service d'une révolution dans l'épistémologie de la connaissance. Alors que les soubassements épistémologiques des sciences de la nature ont été et sont encore souvent projetés sur les sciences sociales, il nous semble fructueux d'envisager la perspective inverse : ne pourrait-on concevoir de prendre le droit pour modèle des sciences plutôt que la physique ou la logique mathématique ? L'épistémologie des sciences ne prendrait-elle pas appui sur des notions et des catégories susceptibles de relever d'une analyse juridique ?

Envisager un tel renversement permet de construire un droit des sciences au sens plein, car il devient alors possible de se fonder sur une théorie juridique de la scientificité. Loin de restreindre l'objet de l'analyse juridique aux procédures de décision et aux énoncés consignés dans les supports normatifs qui en sont issus (lois, traités, décisions de justice...), cette démarche invite à mener une analyse juridique des fondements de la science et de la constitution des vérités scientifiques.

L'idée d'un tel renversement n'est pas tout à fait nouvelle. Michel Serres a pu relever, non sans emphase, que "L'histoire des sciences souvent se confond avec celle des prononcés de cours ou instance savantes et autres (...). Le savoir reconnu comme scientifique découle de cette épistémologie ; j'entends par ce mot nouveau l'ensemble des relations de la science et du droit, de la raison et du jugement"⁹⁵. Et d'ajouter, après avoir évoqué Galilée ou Lyssenko : "pas d'histoire générale des sciences sans enregistrement judiciaire. Pas de science sans procès ; pas de vérité sans jugement, ou intérieur ou extérieur au savoir. Son histoire ne peut se passer de tribunaux"⁹⁶. Ce sont bien sûr les procès intérieurs au savoir qui retiennent ici notre attention et justifient l'application de notions issues du droit processuel à l'affirmation des vérités scientifiques.

Vittorio Villa, dans un ouvrage trop méconnu en France, envisage lui aussi le renversement épistémologique évoqué à l'occasion de la critique qu'il formule à l'encontre des théories juridiques positivistes et néopositivistes (qu'il considère enfermées dans le carcan d'une scientificité monolithique) : "Le droit peut-il être un modèle pour les sciences naturelles ?"⁹⁷ La question ne vise pas à inaugurer une revanche des juristes pressés de sortir l'étendard et de mener croisade contre l'impérialisme positiviste. Pétrie du souci de favoriser un pluralisme méthodologique au sein des sciences, la proposition ne vise en rien à supplanter un modèle unique au profit d'un autre. Elle envisage plus posément et avec sérieux la question de savoir si le droit, comme modèle de rationalité, pourrait constituer un apport à la compréhension des sciences en général. Citant tour à tour des auteurs comme Toulmin, Kuhn, Polanyi, Popper ou encore Lakatos, le théoricien du droit souligne à quel point les philosophes et sociologues des sciences ont pu relever, ponctuellement, l'apport de la rationalité juridique et de ses techniques (procédures destinées à résoudre des controverses, modalités d'application d'une règle à des faits, importance des précédents

⁹⁴ L'idée d'intégration verticale a son origine dans l'économie de l'innovation, où le terme désigne la maîtrise d'une chaîne de la fabrication à la vente au consommateur : Cf. David MERCER, "Hyper-experts and the Vertical Integration of Expertise in EMF/RF Litigation", in *Expertise in Regulation and Law*, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁵ Michel SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992, p. 42 et s.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 103 et s.

⁹⁷ Vittorio VILLA, *op. cit.*, chap. V, p. 185 et s.

jurisprudentiels, choix rationnels en situation d'incertitude).

Le thème de l'argumentation occupe ici une place importante, au demeurant déjà signalée par Chaïm Perelman dans son essai pour fonder une nouvelle rhétorique⁹⁸. Plusieurs pistes de recherche restent ouvertes, notamment celle qui vise à déployer une science de l'argumentation au sein même de l'épistémologie des sciences. Les conditions auxquelles un énoncé scientifique donné pourra emporter la conviction et être dit vrai résultent de conditions argumentatives qui se prêtent à une analyse juridique. Des notions juridiques comme celles de la preuve, de la contradiction, de la fraude sont mises au service d'une rhétorique de la conviction tendant à établir l'exactitude d'un énoncé.

Alvin Goldman, l'un des fondateurs de l'épistémologie sociale contemporaine, accorde, il est vrai de manière singulière, une place importante à l'argumentation dans ses réflexions. Qu'il se soit demandé comment des jurés, au tribunal, peuvent départager deux experts qui se contredisent et quels critères ils devraient utiliser pour ce faire ne relève pas de la simple illustration⁹⁹. C'est que les notions de croyance, de croyance justifiée, d'acceptation occupent une place de plus en plus prépondérante dans la réflexion épistémologique actuelle. Ces domaines de réflexions ne sont certes pas stabilisés. En particulier, la place de l'épistémologie sociale des sciences au regard de la sociologie des connaissances donne lieu à controverses¹⁰⁰. Quoi qu'il en soit, l'éventualité d'une contribution des analyses juridiques aux dimensions normatives *et/ou* descriptives de l'activité scientifique paraît opportune, ou du moins mérite d'être formulée.

Un "programme fort" dans la théorie juridique

La perspective ainsi esquissée nous conduit à proposer l'élaboration d'un "programme fort" dans la théorie juridique. Il convient, pour en saisir l'ambition et les limites, de rappeler la genèse de l'expression de "programme fort".

La formule a été forgée par David BLOOR¹⁰¹, afin de préciser les exigences méthodologiques de la recherche qu'il entendait mener dans le domaine de la sociologie de la connaissance. La référence faite ici aux travaux de BLOOR peut apparaître surprenante. Objet de critiques, parfois virulentes¹⁰², le programme tracé par BLOOR n'occupe plus aujourd'hui une place importante dans les

⁹⁸ Cf. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5^e ed., Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1992 ; cf. aussi, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd. 1979, Paris, rééd. Bibliothèque Dalloz, 1999 ; Guillaume VANNIER, *Argumentation et droit. Une introduction à la Nouvelle rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001 [coll. *L'interrogation philosophique*].

⁹⁹ *L'épistémologie sociale. Une théorie sociale de la connaissance*, ss. la direction de A. Bouvier et B. Conein, Paris, Éditions de EHESS [coll. *Raisons pratiques*], 2007, p. 21 mentionnant le chapitre VII, de *Pathways to Knowledge*, Oxford University Press, 2002. V. not. Alvin I. GOLDMAN, "Experts: Which Ones Should You Trust?", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 63, n° 1, 2001, pp. 85-110. Afin de dissiper tout malentendu rappelons que l'épistémologie sociale étudie les sources dites indirectes de la connaissance, par exemple le témoignage, par opposition aux sources dites directes (perception, mémoire, raisonnement individuel). Cf. également Steve FULLER, *Social Epistemology*, Indiana University Press, 1991 [coll. *Science, Technology, and Society*], spéc. chap. 11, p. 263 et s.

¹⁰⁰ *L'épistémologie sociale. Une théorie sociale de la connaissance*, ss. la direction de A. Bouvier et B. Conein, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰¹ David BLOOR, *Knowledge and social imagery*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2d ed., 1991 [ed. originale : London, Routledge and Kegan Paul, 1976 ; trad. française : *Sociologie de la logique ou les limites de l'épistémologie*, Paris, Ed. Pandora, 1983].

¹⁰² Sur ces critiques, v. notamment : François-André ISAMBERT, "Un 'programme fort' en sociologie de la science ?", *Revue française de sociologie*, vol. XXVI, 1985, pp. 485-508 et la contribution du même auteur in Raymond BOUDON et Maurice CLAVELIN (dir.), *Le relativisme est-il résistible ? Regards sur la sociologie des sciences*, Paris, PUF, 1993, spéc. p. 52 et s. ; Karyn L. FREEDMAN, "Naturalized epistemology, or what the Strong Programme can't explain", *Studies in History and Philosophy of Science*, vol. 36, 2005, pp. 135-148. V. également les échanges entre David BLOOR et Bruno LATOUR : David BLOOR, "Anti-Latour", *Studies in History and Philosophy of Science*, vol. 30, 1999, pp. 81-112 ; Bruno LATOUR, "For David Bloor... and Beyond: A Reply to David Bloor's 'Anti-Latour'", *ibid.*

travaux de sciences sociales. Sans nous placer pleinement dans la filiation de BLOOR, nous voudrions toutefois retenir de ses travaux, pour notre propos, deux enseignements principaux.

D'abord, sur le projet lui-même. Le programme élaboré par David BLOOR visait à vaincre les réticences des sociologues à étendre leur domaine d'étude à la connaissance scientifique elle-même. Ce faisant, BLOOR s'opposait à une orientation des recherches sociologiques qui prenaient, selon lui, pour objet les seules croyances erronées et laissaient inexplorés les conditions et les mécanismes de production d'énoncés considérés comme vrais. Dans une perspective similaire à celle de BLOOR, il nous semble que l'analyse juridique mérite d'être portée sur la production de la connaissance scientifique. En conséquence, il n'apparaît pas pertinent de réduire l'analyse des rapports entre la science et le droit à l'*intégration* dans le droit de connaissances scientifiques formées en dehors de lui. Une telle démarche restreint, en effet, l'analyse juridique à la *réception* d'un énoncé scientifique, en vue de la mise en œuvre des règles de droit. Tout au contraire, le renversement par nous envisagé consiste à élargir le domaine de l'analyse juridique, au-delà de la seule réception des énoncés scientifiques, pour l'étendre à la *formation* même des énoncés scientifiques. Sur le terrain épistémologique, un tel renversement revient à faire porter l'analyse juridique sur la manière dont un énoncé scientifique vient à être considéré comme vrai, y compris sans doute au sein des communautés scientifiques.

Ensuite, sur la méthode. L'analyse menée par BLOOR repose sur quatre exigences méthodologiques, qui traduisent l'orientation épistémologique retenue. L'analyse sociologique doit être, soutient-il, causale, impartiale, symétrique et réflexive¹⁰³. Ces quatre exigences méritent considération dans la perspective d'une analyse juridique appliquée à la constitution des connaissances.

L'exigence causale désigne la nécessité de prêter attention aux "conditions qui rendent possible une croyance ou un état de la connaissance"¹⁰⁴. David BLOOR relève immédiatement que les causes qui déterminent une croyance ne sont pas seulement sociales et qu'elles se conjuguent à d'autres. Une telle perspective, qui rejoint les préoccupations de l'épistémologie sociale par l'attention qu'elle prête aux conditions sociales de la formation d'une croyance en l'exactitude d'un énoncé, invite à envisager la contribution qu'apporte le droit à la formation des connaissances. En effet, l'élaboration des connaissances ne saurait se concevoir sans règles et sans procédures, qu'elles soient formalisées ou non dans des instruments dotés de force obligatoire.

L'exigence d'impartialité permet de préciser la posture critique d'une démarche constructiviste. BLOOR y fonde la nécessité de ne pas prendre parti sur la vérité, la fausseté, la rationalité, ou encore l'irrationalité des connaissances : leur production doit être expliquée, qu'elles soient vraies ou fausses, et cela sans que leur véracité puisse être tenue pour un facteur explicatif suffisant. Le propos de BLOOR ne vise donc pas à décerner un brevet d'exactitude à certaines connaissances et à stigmatiser celles qui seraient erronées : il s'agit bien plutôt de rendre compte de la manière dont ce partage s'opère et de la manière dont il produit des effets. Transposée au terrain de l'analyse juridique, l'exigence d'impartialité emporte plusieurs conséquences. Elle conduit notamment à permettre l'analyse d'une règle, que celle-ci soit valide ou invalide au sein d'un système juridique donné. Car c'est la production de la validité en droit qui mérite analyse ; la validité elle-même n'étant pas un facteur explicatif. Le rôle du juriste ne se limite pas seulement à décerner des brevets de validité. Contrairement au parti pris théorique kelsénien, qui consiste à considérer comme juridiques les seules règles valides, les juristes sont alors appelés avec la même impartialité, à mener une analyse juridique des règles invalides. Tout observateur du droit positif sait d'ailleurs bien à quel point la frontière entre la validité et l'invalidité peut être mouvante dans le

eod. loc., pp. 113-129 ; David BLOOR, "Reply to Bruno Latour", *ibid. eod. loc.*, pp. 131-136.

¹⁰³ David BLOOR, *Knowledge and social imagery*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2d ed., 1991, p. 7 sqq.

¹⁰⁴ *Ibid. eod. loc.*

temps et dans l'espace.

L'exigence de symétrie formule une orientation méthodologique. Pour BLOOR, les mêmes types de causes doivent expliquer les croyances "vraies" et les croyances "fausses". Un même souci de symétrie doit, selon nous, guider l'analyse juridique. L'opposition entre règle valide et invalide pourrait à nouveau être donnée en exemple. La distinction entre le droit et le fait fournit une autre illustration possible. L'enjeu n'est certes pas ici d'opposer une vérité du droit à une inexactitude des faits, mais d'envisager de manière symétrique la formation juridique du droit et du fait. Ainsi, loin de réduire le champ de l'analyse juridique aux règles de droit et à leur mise en œuvre, une analyse symétrique invite à étendre son objet au fait. Plus encore, elle conduit à analyser la manière dont la distinction entre le droit et le fait s'est progressivement constituée et stabilisée, et comment elle a évolué, plutôt que de la présenter comme une ontologie ou de l'écarter en raison des faiblesses indéniables qui l'entachent.

L'exigence de réflexivité conduit enfin à étendre le domaine de cette analyse à la science juridique elle-même. Loin de se référer à des canons épistémologiques hérités des sciences de la nature¹⁰⁵, l'activité doctrinale se prête à une analyse relative à la construction des énoncés dotés d'une valeur de vérité au sein de la communauté des juristes et aux mécanismes susceptibles de forger et de maintenir la force de conviction qui y est attachée. La construction doctrinale se trouve ainsi objet d'un discours critique, au même titre que la production d'autres énoncés dotés d'une force de conviction au sein d'une communauté scientifique.

La perspective d'une contribution aux Sciences and Technology Studies

Le renversement de perspective ainsi proposé n'emporte aucunement une prétention totalisante. Nous n'entendons pas réduire la vérité à une convention juridique. Bien au contraire, le programme de recherche ainsi esquissé fournit l'occasion d'un dialogue avec les autres sciences sociales. Cette proposition forte nous semble mériter, en particulier, d'être prise au sérieux par le courant des *Science and Technology Studies* (STS).

Les auteurs s'inscrivant dans ce courant qui ont travaillé le plus finement sur les relations entre le droit et la science rencontrent comme une évidence la place importante du droit. Ainsi que l'indique Sheila JASANOFF, "le droit n'est pas seulement nécessaire pour produire et certifier de nouveaux types de connaissances scientifiques ; les pierres fondatrices de la rationalité résultent d'une interaction entre la science et le droit, par exemple les notions d'expertise, d'objectivité, de preuve [*evidence, and proof*]"¹⁰⁶. Dès lors, le droit ne s'analyse pas seulement comme un moyen pour encadrer l'activité scientifique. L'analyse juridique porte, plus largement, sur les catégories mêmes qui permettent de penser la production d'un énoncé scientifique. En cela, la grammaire de la *co-production* exposée par Sheila JASANOFF¹⁰⁷ constitue un point de référence pour un dialogue entre les sciences sociales. Dans la perspective qui est la nôtre, c'est sa contribution épistémologique qui est la plus riche. Elle permet, en effet, de faire apparaître "la contribution du droit pour faire et défaire des faits scientifiques, et à l'encadrement des processus d'élaboration des faits"¹⁰⁸.

Or, la co-production des énoncés scientifiques ne peut se concevoir, par hypothèse, que comme une construction collective : le savoir scientifique "inclut et est inclus dans des pratiques

¹⁰⁵ Vittorio VILLA, *op. cit.*

¹⁰⁶ Sheila JASANOFF, "Making Order: Law and Science in Action", in Edward J. HACKETT, Olga AMSTERDAMSKA, Michael LYNCH, Judy WAJCMAN (eds.), *The Handbook of Science and Technology Studies*, 3rd ed., Cambridge (Mass.), MIT Press, 2008, p. 779.

¹⁰⁷ Sur les différentes lignes de recherche engagées dans la perspective de la co-production, v. Sheila JASANOFF, "Making Order: Law and Science in Action", *loc. cit.*, p. 761 et les contributions regroupées dans Sheila JASANOFF (ed.), *States of Knowledge : The Co-Production of Science and Social Order*, London, Routledge, 2004 (spéc. Sheila JASANOFF, "The idiom of co-production", p. 1-12).

¹⁰⁸ Sheila JASANOFF, "Making Order: Law and Science in Action", *loc. cit.*, p. 763.

sociales, des identités, des normes, des conventions, des discours, des instruments, des institutions – en bref, dans tous les éléments constitutifs de ce que nous appelons le *social*¹⁰⁹. Le droit n'a ici aucune vocation prééminente. A l'inverse, il ne peut être réduit à une simple technique de mise en forme de la décision politique, nécessairement étranger, sur le plan épistémologique, à la formation même des connaissances. Replacer de la sorte l'analyse juridique parmi les sciences sociales permet de faire valoir un double enseignement. D'une part, pour les juristes, il apparaît que la science ne peut être conçue, dans une analyse juridique, comme un "donné", un savoir "auxiliaire". A l'inverse, pour les autres sciences sociales, il devient nécessaire de prêter pleine attention à la normativité juridique et de comprendre des notions aussi centrales de l'analyse juridique que celles de procédure, d'expertise et de preuve.

*

**

La diversification des voies de recherche ainsi esquissée ne doit pas être comprise comme reflétant une volonté de déplacement des objets de la science juridique. Elle en constitue plutôt un enrichissement. En effet, les trois orientations méthodologiques présentées dans cette conclusion prospective ne sont en rien parallèles ; elles se prêtent à des croisements multiples. Qu'il suffise d'en donner deux exemples. L'identification d'une contribution des experts à l'élaboration du droit conduit, sur le terrain de la dogmatique juridique, à prêter une attention renouvelée au caractère contradictoire de leurs opérations ou encore à leur indépendance et à leur impartialité. De la même manière, l'usage des catégories du droit de la preuve permet de comprendre comment se forge la conviction en l'exactitude d'un énoncé au sein d'une communauté scientifique et renforce l'intelligibilité des procédures d'élaboration des énoncés en son sein.

Autant dire que les apports de l'analyse juridique doivent être envisagés aussi bien sur le plan épistémologique, théorique et dogmatique. En premier lieu, les catégories de l'analyse juridique nous semblent pouvoir être mises au service de la compréhension de l'épistémologie des connaissances. En deuxième lieu, la perspective d'une théorie réaliste de l'expertise invite à considérer la manière dont les experts, et plus largement les scientifiques, participent à la formation du droit. En troisième lieu, le droit est irremplaçable et conserve sa pleine légitimité dans la mise en ordre concrète de la société, comme d'ailleurs les développements qui précèdent montrent son utilité dans la perspective d'un droit commun de l'expertise.

Ce dernier aspect reste crucial, autant qu'il est source de difficultés. L'apport des juristes à la compréhension des interactions du droit et de la science se trouve en effet bien souvent réduit à une présentation raisonnée des règles du droit positif relatives à un objet présentant une dimension scientifique. Il est vrai qu'un tel tropisme dogmatique s'explique aisément. Il est d'abord induit par la formation juridique dispensée par les universités françaises et il peut s'autoriser, à ce titre, d'une tradition marquée par l'ancienneté et la solidité. Bien que décrié par les chercheurs en sciences sociales, que ce soit comme prétention des juristes à décrire le social ou comme source de difficultés récurrentes à les associer à des travaux pluridisciplinaires, il est ensuite renforcé par la demande si souvent adressée aux juristes de dresser un panorama des règles du droit positif.

Ces difficultés bien réelles invitent à enrichir l'analyse dans la perspective réaliste et épistémologique esquissée plus haut. Elles ne plaident aucunement pour un délaissement de l'analyse dogmatique. Tout au contraire, là prennent forme et cohérence des catégories normatives qui, si elles partagent avec d'autres une prétention à régir le social, ne peuvent quant à elles en aucune manière faire l'économie d'un débat démocratique.

¹⁰⁹ Sheila JASANOFF, "The idiom of co-production", in Sheila JASANOFF (ed.), *States of Knowledge*, op. cit., p. 3.