



HAL
open science

Les problèmes de preuve posés par l'évolution des sciences et des technologies

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Les problèmes de preuve posés par l'évolution des sciences et des technologies. Applied Ethics at the Turn of Millenium, 2001. halshs-01652004

HAL Id: halshs-01652004

<https://shs.hal.science/halshs-01652004v1>

Submitted on 29 Nov 2017

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.

IVR-99

World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy

Les problèmes de preuve posés par l'évolution des sciences et des technologies

Article publié in *Applied Ethics at the Turn of Millenium*, 19 th IVR World Congress, ed. by Elspeth Attwoll, and Annette Brochmöller, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2001.

Abstract

That law is seeking for truth is certainly not new. However, proof and scientific expertise have received increasingly attention in the context of legal evidence. What are the relationship between scientific truth and legal evidence ? The aim of this paper is neither to assess the potential conflict between scientific truth and legal evidence, nor to measure in what extend scientific method might be applied to legal decision-making process. The paper is rather an attempt to point out some problems caused by scientific discoveries and technological advances in the context of legal evidence. Scientific progress is a chain of certainties and uncertainties. From their professional standpoint, lawyers and scientists have different understanding of truth, time and reality.

Le pouvoir a besoin de vérité, et la vérité des faits établis sur des bases scientifiques a une puissance rhétorique inégalable. Cela explique l'attrait que présente les sciences et les technologies dans le cadre d'une argumentation juridique. Lorsque la preuve d'un fait est controversé, le recours à des expertises scientifiques par les juges ou les parties est devenu banal. La preuve juridique conserve certes sa spécificité, mais elle subit l'influence de la preuve scientifique.

L'objet de la présente contribution est de formuler les problèmes de preuve posés par l'évolution des sciences et des technologies. Lorsqu'ils ont recours à la science, les juristes cherchent à établir des faits avec la plus grande certitude possible. Cependant les sciences et les technologies ne sont pas figées. Elles évoluent. Le processus de découverte scientifique conduit d'ailleurs à un enchaînement d'incertitudes et de certitudes. Autant dire que les juristes ne peuvent plus considérer la science de manière statique, mais dynamique. Ils

doivent pour cela intégrer l'incertitude qui est au principe même de l'évolution des sciences et des technologies.

Que l'on considère l'activité scientifique comme la découverte de vérités immuables ou comme la mise en ordre d'une succession de vérités provisoires, l'usage des connaissances scientifiques à des fins de preuve ne va pas de soi. Cela apparaît dès les premières analyses sur l'apport des vérités scientifiques à la preuve juridique (I). La question de savoir à quelles conditions une expertise scientifique peut contribuer à la preuve juridique reste d'ailleurs posée (II). Prendre en compte l'évolution des sciences et des technologies invite à réfléchir sur la manière dont le droit peut intégrer les temps de l'activité scientifique et de ses découvertes (III).

I. Quelle est l'utilité des vérités scientifiques pour la preuve juridique ?

Dans les lois civiles dans leur ordre naturel (1671), le juriste français Jean Domat définit la preuve en ces termes : "On appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité : et comme il y a des vérités de diverses sortes, il y a aussi différentes espèces de preuves." L'auteur établit ici une distinction entre les vérités scientifiques et les vérités juridiques : "les preuves qui conduisent à la connaissance des vérités dans les faits sont bien différentes de celles qui établissent des vérités qu'on enseigne dans les sciences. Car dans les sciences toutes les vérités qu'on peut y connaître, ont leur nature fixe et immuable, et sont toujours les mêmes nécessairement, et indépendamment du fait des hommes, et de toute sorte de changement."

A l'époque où écrit Domat, la vérité scientifique exprime les seules lois immuables de la nature. Aussi, elle est inutile pour la preuve juridique : elle ne concerne pas les faits des hommes. Or, cette double affirmation ne peut plus être soutenue aujourd'hui. En premier lieu, le domaine de la vérité scientifique ne se réduit pas à la vérité d'une loi scientifique, il concerne aussi la vérité des faits. En second lieu, les vérités scientifiques ne sont plus considérées comme fixes et immuables, mais au contraire comme variables et évolutives.

Dire que les faits peuvent être établis sur des bases scientifiques conduit à reconnaître une place aux sciences et technologies dans le droit de la preuve. Les sciences et les technologies peuvent éclairer les faits controversés et faciliter le rôle du juge lorsqu'il doit prendre une décision. Avoir recours à la science et aux

technologies dans la preuve des faits, c'est rechercher le bénéfice éthique, social et juridique des qualités attribuées à la science ; c'est vouloir s'assurer d'une preuve certaine et objective, d'une preuve incontestable. Plusieurs expressions portent d'ailleurs la marque de l'autorité des faits établis : les faits sont les faits, les faits ne se discutent pas, les faits sont la réalité du monde. Et la science est là pour les dire. Dans le cadre d'un procès, elle est là pour garantir l'identification d'un criminel, pour établir la certitude d'un lien de filiation, pour démontrer le lien de causalité entre un médicament et une maladie.

L'introduction des sciences et des technologies à des fins de preuve a été promue par le souci de conférer à la preuve juridique plus de rationalité. La lecture de Jeremy Bentham (1827) ou de John Henry Wigmore (1937) ne laisse aucun doute à cet égard.

L'objectif général a bien été de perfectionner les modes de raisonnement de la preuve en droit pour aboutir à des processus de décision inspirés par la logique scientifique. Le projet de Wigmore d'établir une Science de la preuve juridique contenait d'ailleurs, au moins sur un mode implicite, l'ambition de parvenir, au delà de la diversité des systèmes de preuve nationaux, à un droit uniforme fondé sur la raison.

Ce but s'est accompagné du souhait de favoriser un système de preuve libre où le juge serait libéré des entraves du formalisme inhérent à un système de preuve légale pour être guidé par la seule recherche de la Vérité. Dans cette perspective, le recours particulier aux sciences et technologies ne pouvait qu'être encouragé. Tout moyen permettant aux juges d'avoir une meilleure connaissance des faits avant de se prononcer et de prendre une décision méritait d'être introduit en justice. Plus encore, des premières études de graphologie jusqu'aux plus récents examens de génétique, l'évolution des sciences et des technologies a été prise en compte par la preuve juridique. Néanmoins toutes les sciences ou technologies ne sont pas égales à cet égard et des réticences ont pu s'élever pour écarter l'utilisation du détecteur de mensonge devant les tribunaux ou pour contester l'usage des statistiques ou d'études menées en épidémiologie.

II. A quelles conditions une expertise scientifique peut-elle contribuer à la preuve juridique ?

Le recours aux sciences et aux technologies en matière de preuve se justifie dans la mesure où il permet d'approfondir la connaissance des faits sur la base desquels une décision sera prise. Cependant, dans le cas général, les juges ne disposent pas des connaissances scientifiques suffisantes pour apprécier les situations complexes sur lesquelles ils doivent statuer. C'est pourquoi, selon des modalités procédurales diverses, des experts scientifiques sont sollicités afin qu'ils donnent leur avis sur les faits en question. Le rôle des experts scientifiques consiste donc à éclairer les personnes chargées de prendre une décision ou de trancher un litige. L'avis de l'expert est utile par son aptitude à dire la vérité des faits pris en compte par le droit. Cela suppose d'admettre le postulat selon lequel la vérité est unique : ce qui est vrai pour la science est aussi vrai pour le droit. Il n'y a pas deux vérités des faits.

Au demeurant, lorsque les juges ou les parties confient à un expert scientifique le soin de donner un avis ou d'apporter un témoignage, ils sont à la recherche d'une certitude sur un élément de fait. La science apporte une légitimité susceptible de confirmer ou d'infirmer une allégation avec le poids d'une vérité absolue et incontestable. Néanmoins, le caractère contradictoire d'une procédure conduit à perturber le schéma simpliste d'un expert chargé de dire la vérité absolue des faits. A la demande des parties au litige, ce sont souvent plusieurs experts qui s'affrontent pour imposer leurs vérités respectives et contradictoires. L'idéal de certitude s'éloigne alors car les juges doivent choisir entre deux versions de la vérité des faits. De plus tous les experts ne présentent pas les mêmes garanties, et les juges doivent écarter des prétoires les experts aux connaissances scientifiques incertaines et à l'intégrité douteuse. Autant dire que la préoccupation de garantir la fiabilité de l'expertise est permanente dans le souci d'une bonne justice. L'objectif est d'autant plus difficile à atteindre que les sciences et les technologies sont en constante évolution.

Comment, dans ces circonstances, les juges peuvent-ils s'assurer que les experts disposent des connaissances scientifiques appropriées ? La question est paradoxale puisqu'elle prend pour point de départ une défiance qui vient contredire la confiance justifiant à l'origine l'intervention de l'expert. Trois solutions sont ici envisageables et ont été utilisées.

La première solution contourne la difficulté en déplaçant le problème de l'expertise sur la qualité de l'expert. Sera suivi l'avis de l'expert officiellement

désigné en qualité d'autorité scientifique. La seule garantie consiste alors à désigner un expert compétent ayant une forte notoriété. Mais rien ne permet d'assurer qu'il sera porteur d'un savoir correspondant à l'état de la science à un moment donné, ni qu'il ne fera abus pas de sa position pour imposer ses vues au détriment d'analyses concurrentes aboutissant à un autre résultat.

La seconde solution consiste à se fier au groupe plus qu'à l'individu et à exiger de l'expert qu'il soit porteur de l'état de la science d'une discipline à un moment donné. L'avis de l'expert sera suivi parce qu'il exprime la position officielle de la science. Le positivisme juridique prend alors en quelque sorte appui sur le positivisme scientifique. Néanmoins, l'évolution des sciences et des technologies est susceptible de conduire à une double incertitude : soit que l'expert se fonde sur des connaissances trop anciennes et déjà dépassées, soit qu'il prenne appui sur des connaissances trop nouvelles et encore instables.

La troisième solution consiste à donner aux juges pour mission de contrôler si les experts disposent des connaissances scientifiques suffisantes. C'est dans cette voie que s'est engagée en 1993 la Cour suprême des États-Unis en formulant, par la méthode du faisceau d'indices, une définition juridique de la science à partir de quatre critères : la réfutabilité par l'expérience au sens de Karl Popper, l'évaluation notamment par le jeu des publications scientifiques, l'indication du pourcentage d'erreur connu ou potentiel, la reconnaissance générale par les membres d'une communauté scientifique. L'évolution permanente des connaissances et des disciplines scientifiques rend la solution à la fois stimulante et ambitieuse. Elle invite les juges à acquérir une compréhension de l'activité des chercheurs scientifiques et des experts. Prendre en compte les controverses et les incertitudes scientifiques inhérentes à la science "en train de se faire" conduit à envisager de nouveau la différence entre la preuve scientifique et la preuve juridique.

III. Quelle est la différence entre une preuve scientifique et une preuve juridique ?

La preuve est une notion qui s'applique à la fois au domaine de la science et du droit. Dans les deux cas, la preuve intervient dans un contexte de justification. Il s'agit de justifier une théorie scientifique ou une décision juridique. Mais le contexte de justification n'est pas le même car les deux activités obéissent à des finalités distinctes. L'opposition de la science et du droit peut être ici présentée sous une forme simplifiée, pour ne pas dire simpliste.

Alors que la science vise à élaborer un système général à partir de données particulières, le droit consiste dans la décision de cas particuliers sur la base de règles générales. Tandis que les faits doivent être reproductibles dans les sciences expérimentales, il n'en va pas de même en droit où cela est d'ailleurs souvent impossible. Si la science peut considérer de nombreuses hypothèses pendant un temps indéterminé, le droit est soumis à l'exigence de trancher des litiges dans un temps bien défini. L'annonce des faits découverts dans les sciences est réalisée au cours d'une succession de colloques professionnels et de publications académiques, les faits sont pris en compte en droit à l'occasion d'un temps donné et au cours d'une instance particulière. De même, l'autorité de la chose démontrée en science ne s'établit pas dans le même temps que l'autorité de la chose jugée en droit. Si la vérité de la science est par nature provisoire, la vérité du droit a vocation à être définitive. L'une cherche à éprouver le réel ; l'autre à consolider la réalité.

Il peut paraître alors étonnant que le droit cherche dans les sciences et les technologies des moyens pour établir la vérité des faits. Du point de vue de ses résultats, la science se présente certes sous l'apparence d'un continent de certitude et de faits stabilisés. Du point de vue de son activité, en revanche, elle est océan d'incertitude et fatras de données.

Ce constat est traversé par une querelle philosophique entre deux courants, ou familles de courants : les "réalistes" ou "essentialistes" d'une part et les "relativistes" ou "constructivistes" d'autre part. Pour les "réalistes", les faits sont des données de la nature qui préexistent aux hommes et que ceux-ci découvrent par la force de leur perspicacité et de leur intelligence. Pour les "constructivistes", les faits sont des produits de l'homme et sont réalisés au terme d'une activité créatrice supposant l'accès à des moyens de production. Considérer les faits scientifiques comme des faits naturels ou comme des artefacts produits par l'homme relève d'une prise de position philosophique et d'une conception du monde. L'on notera d'ailleurs que l'opposition se retrouve chez les juristes comme en témoigne les disputes relatives à la nature des principes généraux du droit : découverts dans la nature pour les uns, ils sont le fruit de l'intelligence politique et historique des hommes pour les autres.

Que l'on soit plus sensible à l'une ou à l'autre conception de la réalité ne nous semble pas déterminant dans la question des liens entre preuve juridique et preuve scientifique. Dans les deux cas, en effet, la question des frontières entre certitude et

incertitude scientifique se pose : soit que la nature n'ait pas été encore "découverte", soit qu'elle n'ait pas été encore "produite" par l'homme.

Les enjeux du problème peuvent être illustrés à partir d'un cas de responsabilité médicale. Que décider lorsque, à deux dates différentes, les juges sont placés successivement dans l'incertitude puis dans la certitude d'un lien de causalité entre l'utilisation d'un médicament et un dommage subi ?

La question a le mérite de signaler les effets de décalage entre le temps de la preuve scientifique et celui de la preuve juridique. La preuve scientifique connaît des temps au cours desquels se succèdent l'incertitude et la certitude, ou vice versa, la certitude et l'incertitude. Faire reposer la preuve juridique d'un fait sur la preuve scientifique peut conduire les juges ou les autorités compétentes dans des situations épineuses. Deux hypothèses peuvent se présenter. Dans la première la décision est prise dans un moment "d'incertitude scientifique", et les juges ne peuvent reporter leur décision sous peine de déni de justice. Dans la seconde la décision est prise dans un moment de "certitude scientifique", mais pour des faits antérieurs où ces certitudes n'existaient pas. Loin d'être anormales, ces deux situations sont inévitables et résultent de l'évolution des sciences et des technologies. Les juges sont contraints d'anticiper les connaissances à venir ou de faire rétroagir les connaissances actuelles sur des situations passées. Dans les deux cas, la certitude fait défaut. Cela explique en un sens l'engouement actuel pour le principe de précaution qui vise à justifier l'action et la décision sur l'incertitude et non sur la certitude. Un déplacement de l'objet de la preuve en résulte puisque l'ignorance doit être établie et non la connaissance. Est-ce là un premier pas pour rapprocher la certitude du doute, la réalité de l'artifice, et la vérité de la fiction ? C'est en tous cas demeurer dans le champ de la croyance qui est au principe de notre culture scientifique et juridique.

Rafael Encinas de Munagorri
Professeur à l'université de Bourgogne

Bibliographie

- BENTHAM Jeremy ,
- *Rationale of Judicial Evidence*, London, Hunt and Clarks, 1827.
- BURK Dan L.,
- "When Scientists Act Like Lawyers : the Problem of Adversary Science",
Jurimetrics, 1993, p. 363.
- DAMASKA Mirjan R.,
- *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997.
- DOMAT Jean,
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, éd. veuve Cavelier, t. 1,
1671, p. 204.
- EDELMAN Bernard,
- "Le droit, les «vraies» sciences et les «fausses» sciences" in *Science et droit*, *Archives de philosophie du droit*, T. 36, Sirey 1991, p. 55.
- ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael,
- "La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 247.
- "La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis", *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 589.
- FOSTER Kenneth R. and HUBER Peter W.,
- *Judging Science., Scientific Knowledge and the Federal Courts*, MIT Press, 1997.
- GIL Fernando,
- *Preuves*, Paris, Aubier, Bibliothèque du collège international de philosophie, 1988.
- *Traité de l'évidence*, Grenoble, Millon, Coll. Kriss, 1993.
- GULSON J.R.,
- *The Philosophy of Proof*, London, Routledge, 1905.
- JASANOFF Sheila,
- *Science at the Bar : Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, 1995.
- KAYE David H.,
- "Proof in Law and Science", *Jurimetrics*, 1992, p. 313.
- LAGARDE Xavier, "
- Vérité et légitimité dans le droit de la preuve", *Droits* n°23, 1996, p. 31.
- LATOUR Bruno,
- *La science en action. Introduction à la sociologie des sciences*, édition Gallimard, Folio Essais, 1995.
- LEGENDRE Pierre,

- *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983.
- LOEVINGER Lee,
 - "Standards of Proof in Science and Law" *Jurimetrics*, 1992, p. 323.
 - "Science as Evidence", *Jurimetrics*, 1995, p. 153.
- NAGEL Thomas,
 - *The Last Word*, Oxford University Press, 1994.
- PERELMAN Chaïm,
 - "La spécificité de la preuve juridique" et "la preuve en droit", reproduits in *Ethique et droit*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 693 et 706.
- ROQUEPLO Philippe,
 - *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Paris, INRA éditions, 1997.
- RORTY Richard,
 - *Objectivism, Relativism, and Truth*, Cambridge University Press, Philosophical papers, vol. 1, 1991.
 - *Truth and Progress*, Cambridge University Press, Philosophical papers, vol. 3, 1998.
- SAVATIER René,
 - "La science et le droit de la preuve," Rapport dans le cadre des *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VII, 1952, p. 607.
- TWININGS,
 - *Rethinking Evidence. Exploratory essays*, Oxford, Basic Blackwell, 1990.
- WIGMORE John Henry,
 - *The Science of Judicial Proof, as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials*, Boston, Little Brown and Company, 3 éd., 1937.
- WITTGENSTEIN Ludwig, *De la certitude*, 1969, Paris, Gallimard 1995.