



**HAL**  
open science

# La place des sciences dans les Constitutions et la jurisprudence constitutionnelle

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. La place des sciences dans les Constitutions et la jurisprudence constitutionnelle . M. Fatin-Rouge Stefanini, L. Gay,. La perméabilité du droit constitutionnel aux autres sciences, Cahiers de l'ILF (7), PUAM, pp. 5-10., 2017. halshs-01676450

**HAL Id: halshs-01676450**

**<https://shs.hal.science/halshs-01676450>**

Submitted on 5 Jan 2018

**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.

## Introduction

### La place des sciences dans les Constitutions et la jurisprudence constitutionnelle

Par Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Directrice de recherches au CNRS, UMR 7318 DICE-ILF, Aix-Marseille Univ, Université de Toulon, Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

S'interroger sur la perméabilité du droit constitutionnel aux autres sciences consiste à se demander quelle influence ces autres sciences peuvent avoir sur le droit constitutionnel. Cette question suppose tout d'abord quelques précisions en ce qui concerne le vocabulaire employé. Qu'entend-on par sciences ? La notion de science est associée à celle de connaissance. D'après la définition du dictionnaire *Larousse*, cela désigne les diverses branches du savoir, de la connaissance. Pour définir le périmètre de cette notion, le choix peut être fait de s'intéresser à ce qui est officiellement considéré comme une science à l'heure actuelle. Lorsque l'on se reporte au site du Conseil National de la Recherche Scientifique (CNRS), dix domaines de recherches sont présentés : la biologie, la chimie, la physique, les mathématiques, le nucléaire et les particules, la Terre et l'Univers, l'ingénierie et les systèmes, les sciences de l'information, l'écologie et l'environnement et enfin, les sciences de l'Homme et de la société. Le droit, dont la qualité de science a toujours été contestée<sup>1</sup>, est rattaché à ces Sciences de l'Homme et de la Société qui regroupent des domaines très divers tels que l'anthropologie, la philosophie, la sociologie, l'histoire, la géographie, les sciences du langage, l'économie, la gestion, les sciences politiques. Le droit constitutionnel n'est au final qu'une branche du droit identifiée dans le vaste domaine des Sciences de l'Homme et de la Société dans la section « Sociologie et science du droit »<sup>2</sup>. Il s'agit cependant d'une branche du droit particulière car la constitution occupe une place fondamentale dans une société, comme cela ressort de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, société dans laquelle ces sciences peuvent se développer.

Le droit constitutionnel a-t-il pour autant vocation à tout régir ? En somme, le droit constitutionnel peut-il s'occuper de tout et inversement toutes les sciences sont-elles susceptibles d'avoir une influence sur, ou des rapports avec, le droit constitutionnel au sens large du terme - c'est-à-dire regroupant à la fois le droit écrit, non écrit, mais matériellement constitutionnel, et la jurisprudence constitutionnelle- ? Ce débat fait écho à celui qui a donné lieu à de nombreux échanges entre juristes lorsque Louis Favoreu entendait démontrer la constitutionnalisation progressive des diverses branches du droit, par voie d'irrigation, au moyen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaborée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir notamment P. Amsekek, La part de la science dans les activités des juristes, D.1997, chron. p.341 et s. ; J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 1/2002 (n°50), p. 103-120. URL : <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2002-1-page-103.htm> ; Pierre Moor, « Savoirs juridiques et savoirs sur le droit », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLIII-131 | 2005, mis en ligne le 04 novembre 2009, consulté le 02 décembre 2016. URL : <http://ress.revues.org/362> ; DOI : 10.4000/ress.362 ; M. Troper, « Science du droit », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 1391-1394.

<sup>2</sup> Jusqu'à une date récente, la section 36 était intitulée « Sociologie, Normes et règles ».

<sup>3</sup> Voir notamment Louis Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon, *Economica*, 1982, pp. 235-244 et « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges Roland Drago*, L'unité du droit, *Economica*, 1996, pp. 25-42 et pour des thèses opposées ou médianes : G. Vedel, dans ses « Propos d'ouverture » à l'ouvrage de B. Mathieu et M.

Certaines branches du droit entretiennent, en effet, un rapport étroit avec les sciences : la sociologie, la psychologie, les neurosciences pour le comportement de l'individu en droit pénal, la génétique, la biologie, la chimie, la physique pour apporter une preuve ou pour démontrer la nécessité d'une loi, par exemple. Ces rapports entre droit et sciences peuvent se communiquer de ces diverses branches du droit vers le droit constitutionnel par ce même phénomène d'irrigation.

Dès lors un autre débat peut être imaginé dans le cadre de cette réflexion : les sciences irriguent-elles le droit constitutionnel ou, à l'inverse, est-ce le droit constitutionnel qui irrigue les sciences ? N'y a-t-il pas, plus simplement, des influences réciproques ou encore un phénomène de circularité entre ces domaines dont découle un enrichissement mutuel ? Toutes les sciences entretiennent-elles les mêmes rapports avec le droit constitutionnel ?

Une première réponse, la plus évidente, se trouve dans les constitutions écrites : les constitutions classiques, anciennes, font peu de cas des autres sciences. Elles définissent les sources du droit, l'organisation des pouvoirs et, pour certaines, les libertés sans, toutefois, entrer dans les détails. Cela ne signifie pas pour autant que les sciences dites sont absentes puisqu'elles peuvent avoir inspiré le texte constitutionnel. Cependant, cette inspiration provient souvent des sciences classiques faisant partie des sciences de l'homme et de la société : la philosophie, par exemple, ayant inspiré l'idée même de démocratie, d'organisation des pouvoirs, d'Etat, de libertés ; l'histoire, ... L'on s'aperçoit ainsi que les sciences ont une influence discrète et diffuse dans les Constitutions car l'évolution des sociétés est le résultat de progrès scientifiques, technologiques mais également le résultat d'influences idéologiques se basant sur des théories scientifiques (le libéralisme, par exemple). Cela conduit notamment à s'interroger sur la composition et l'apport des commissions de proposition de réforme institutionnelle et constitutionnelle, en particulier. La Commission Coppens sur la Charte de l'environnement et d'autres commissions qui ont suivi, telles que la Commission Veil, la Commission Bartolone-Winok, ont associé à la réflexion des chercheurs et enseignants-chercheurs juristes, politistes, sociologues, historiens, philosophes, biologistes... Sans faire directement partie de ces commissions, un certain nombre de scientifiques ont également été auditionnés. Ces commissions sont une illustration de l'influence que peut avoir la science sur le droit constitutionnel. La science informe, la parole scientifique peut convaincre mais en fin de compte les représentants politiques sont ceux qui tranchent, qui décident. Le point de vue du spécialiste, de l'expert, constitue simplement un élément de la réflexion, élément plus ou moins décisif selon l'autorité de l'avis présenté d'un point de vue académique, la convergence ou la divergence des opinions sur un même sujet, la manière dont les expertises sont utilisées...

Le risque est toutefois celui d'une instrumentalisation de la parole scientifique, c'est-à-dire une récupération de l'analyse scientifique à la seule fin d'étayer un choix politique ou juridique. Pour justifier une solution juridique, il peut être tentant de faire appel à l'avis scientifique par opportunisme : parce que l'avis scientifique donne aussi, aux yeux de l'opinion, et plus généralement de celui qui n'est pas expert, une forme de légitimité.

---

Verpeaux sur *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999, pp. 13-18 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, 624 p. ; D. Rousseau, « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? » in B. Mathieu et M. Verpeaux, précité, pp. 19-24 ; B. Stirn, « La Constitution et le droit administratif », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, pp. 7-20.

Par ailleurs, et *a priori*, le caractère général, abstrait et la vocation durable de la norme constitutionnelle semblent peu compatibles avec la précision, la technicité ou tout simplement le domaine d'investigation de certaines sciences (l'Univers par exemple)<sup>4</sup>. Toutefois, avec le temps, nombre de constitutions sont devenues beaucoup plus détaillées. Plus les constitutions sont modernes, plus les dispositions sont récentes, plus les précisions quant aux diverses sciences apparaissent notamment pour faire face aux nouveaux défis technologiques (la bioéthique, le numérique, la surveillance par satellites...), sociaux ou environnementaux. Ainsi, au-delà des consécutions générales relatives à la recherche scientifique, certaines constitutions se sont enrichies de dispositions intervenant directement en réaction à des nouveautés introduites par des avancées scientifiques (le respect de la dignité de la personne humaine dans le cadre de la bioéthique, le respect des données personnelles dans le cadre du numérique). A l'inverse, certaines dispositions constitutionnelles ont pu être provoquées par des découvertes scientifiquement prouvées (ex. le caractère nocif de diverses formes de pollution à la fois pour la santé et pour l'environnement qui a pu justifier l'adoption de règles et la mise en place de taxes).

Par exemple, en Suisse, souvent sous l'effet d'initiatives populaires, diverses dispositions ont été introduites dans la Constitution résultant de découvertes scientifiques et tenant compte de risques que comportent certaines d'entre elles. Peuvent être citées, par exemple, les dispositions sur la consommation économe et rationnelle de l'énergie, notamment les énergies fossiles et le développement de la recherche sur les énergies renouvelables<sup>5</sup>, ainsi que celles sur l'interdiction du clonage ou de toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains ou encore, plus généralement, l'interdiction de tout abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique<sup>6</sup>. Ces dispositions essaient d'être en phase avec l'état d'avancement de la recherche et de prévenir, dans la mesure du possible, certaines conséquences que pourraient engendrer de nouvelles découvertes. De même, la Constitution française s'est-elle enrichie en 2005 d'un certain nombre de principes avec l'adoption de la Charte de l'environnement. Des scientifiques ont été associés à l'élaboration de celle-ci notamment par le biais des travaux de la commission Coppens<sup>7</sup>. La consécration constitutionnelle de certains principes, tel que celui de précaution, a donné lieu à des débats nourris entre les différents membres quant à leur opportunité, leur contenu et leur portée<sup>8</sup>. Les préoccupations environnementales et liées aux nouvelles technologies se retrouvent ainsi de plus en plus directement inscrites dans les constitutions<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Ce qui n'exclut pas le recours à la métaphore, dont les juristes sont friands, pour faire un parallèle entre des domaines qui *a priori* n'ont pas vocation à se rencontrer : voir par exemple, pour un parallèle très précis entre les lois de la physique moderne et le droit constitutionnel des Etats-Unis, L. Tribe, « The Curvature of Constitutional Space : What Lawyers Can Learn From Modern Physics », 103 *Harvard Law Review* 1 (1989).

<sup>5</sup> Art. 89 Politique énergétique de la Constitution suisse.

<sup>6</sup> Voir les Art. 118*b* Recherche sur l'être humain ; Art. 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain ; Art. 119*a* Médecine de la transplantation ; Art. 120 Génie génétique dans le domaine non humain.

<sup>7</sup> <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000294.pdf>

<sup>8</sup> Voir le rapport précité, p. 27. Pour une synthèse récente sur ce sujet (en droit), voir J. Bétaille, « Le principe de précaution, un « droit » garanti par la Constitution ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 105-2016, édition électronique, E29-E60.

<sup>9</sup> Voir, par exemple, l'article 401 de la Constitution équatorienne qui encadre le recours aux semences et cultures génétiquement modifiées et qui interdit le recours aux biotechnologies à risque ou expérimentales.

Plus largement, dans la plupart des constitutions, les sciences et les recherches scientifiques sont abordées en tant que domaine que doivent promouvoir ou réguler l'Etat, ou du moins les pouvoirs publics, et dans de nombreux cas, la liberté de la recherche scientifique (ou un équivalent) est directement proclamée par le texte constitutionnel<sup>10</sup>. Les sciences sont alors traitées comme un objet constitutionnel.

Le droit constitutionnel, et le droit en général, apparaissent d'ailleurs avant tout comme des instruments servant à promouvoir ou/et réglementer la recherche scientifique. L'intérêt du droit constitutionnel pour les sciences se traduit notamment par une volonté de régir la recherche scientifique et l'exploitation des résultats de la recherche scientifique. Cette démarche traduit la nécessité dans la recherche scientifique, de respecter un certain nombre de valeurs constitutionnelles tout aussi importantes, en termes de hiérarchie des normes, que ne le sont la liberté de la recherche et la liberté d'exploiter les résultats de cette recherche : le respect de la dignité de la personne humaine, le droit à la vie, le respect de la vie privée et des données personnelles...

Au-delà des constitutions, la jurisprudence constitutionnelle peut à son tour instaurer des gardes fous face aux avancées scientifiques et technologiques en se fondant sur ces principes constitutionnels ou les libertés classiques rappelés à bon escient. Le droit constitutionnel, par le rappel de ces limites et les conciliations qu'il opère, joue ainsi le rôle de conscience des sciences.

La perméabilité des Constitutions et des juges constitutionnels aux autres sciences se manifeste également, de façon souvent implicite, par une utilisation du vocabulaire des autres sciences (rationalité, proportionnalité, adéquation...) ou encore des méthodes des autres sciences (études d'impact, bilan coût avantage ou appréciation de l'adéquation entre les moyens utilisés et la finalité poursuivie, recours au faisceau d'indices permettant une déduction...). Ainsi, l'autre science peut elle-même devenir un outil du droit constitutionnel, comme cela est le cas pour les mathématiques, la biologie, les sciences cognitives, l'histoire... Par exemple, le droit se présentant lui-même comme une science obéissant à une certaine logique, le raisonnement juridique a tendance à vouloir se calquer sur le mode de déduction mathématique en particulier, voire même se référer à certaines théories développées par les autres sciences. Ce recours aux autres sciences dans le raisonnement juridique se fait d'ailleurs de façon plus ou moins consciente par les constituants et par les juges, d'autant que certaines de ces théories peuvent être fondées sur des principes généraux dépassant le cadre d'une science en particulier, comme le bon sens par exemple<sup>11</sup>.

Les décisions de certaines juridictions étrangères, présentées sous forme d'opinion, sont le mieux à même de rendre compte de cette perméabilité mais aussi d'en montrer les limites. En effet, dans le cadre de cette réflexion, la problématique de la place que doivent accorder les constituants et les juges constitutionnels aux méthodes et théories scientifiques se pose. Quelle place accorder aux idées avancées par les écoles d'analyse économique du droit, par exemple, au regard des intérêts et des lobbies sous-jacents ? Jusqu'à quel point imposer une rationalité normative et une efficacité des normes juridiques sans que cela se fasse au détriment du facteur humain ?

---

<sup>10</sup> Voir par ex. l'article 20 de la Constitution espagnole (droit à la production et à la création scientifique), l'article 33 de la Constitution italienne (liberté de la science), l'article 73.4 de la Constitution Portugaise, l'article 18 de la Constitution Suédoise, l'article 20 de la Constitution suisse.

<sup>11</sup> Le Marquis de Laplace, mathématicien et astronome, affirmait ainsi que « la théorie des probabilités n'est au fond que le bon sens réduit au calcul », *Essai philosophique sur les probabilités*, Bachelier, Paris, 1840, p. 273.

En somme, quelles sont les limites de l'influence que peuvent exercer les autres sciences sur les juges constitutionnels notamment ? Cela pose notamment la question de la recherche de la vérité scientifique et de la part que doit accorder le juge à l'expertise ou à la méthode scientifique.

S'agissant tout d'abord de la vérité scientifique, on peut se demander s'il appartient au juge de décider dans certains cas, si une théorie scientifique peut être considérée comme avérée. Une juge québécoise posait, dans un article de 2002 sur « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques », la question suivante : peut-on considérer les juges comme « les filtres du savoir ? »<sup>12</sup>. L'auteur de cette contribution mettait en lumière les difficultés que peut rencontrer le juge face aux découvertes et théories scientifiques et notamment le fait que ce qui peut être considéré comme une vérité à un moment donné peut s'avérer faux quelques décennies plus tard. Elle rappelle ainsi que pendant longtemps, les experts scientifiques étaient des théologiens et que ceux-ci ont été par la suite remplacés par des médecins. Or, des démonstrations qui peuvent sembler aujourd'hui ridicules ont parfois été prises très au sérieux<sup>13</sup>. Face à cette problématique, aux Etats-Unis, en 1923, la Cour suprême, avait mis en place le test de *Frye* (critère du *general acceptance standard*) pour guider les juges dans la prise en compte des données scientifiques qui leur étaient présentées. Ce test se fondait sur le degré d'acceptabilité, de la théorie avancée, par la communauté scientifique. Or, les théories de Darwin n'auraient pas réussi ce test si elles y avaient été soumises car ses contemporains ne croyaient pas en ces démonstrations<sup>14</sup>. Ce test a donc lui-même rapidement montré ses limites.

Inversement, certaines théories non scientifiques cherchent à obtenir le label scientifique afin de gagner en crédibilité. Ainsi, les partisans du mouvement créationniste aux Etats-Unis ont-ils cherché à ce que leur théorie soit traitée sur un pied d'égalité avec la théorie évolutionniste de Darwin, et donc enseignée comme telle dans le primaire et le secondaire, avant que la Cour suprême mette en doute le caractère scientifique de la théorie créationniste et constate une violation du Premier amendement et de la clause d'establishment<sup>15</sup>. Dans ces affaires, les juges ont eu à déterminer ce que l'on pouvait considérer comme une science et pour ce faire, ils se sont eux-mêmes référés à des critères définis par des scientifiques<sup>16</sup>. Le danger pour le droit et le juge constitutionnels serait donc de prendre pour argent comptant une théorie scientifique et de se laisser influencer au point de considérer qu'il s'agit d'une vérité. Les résultats de recherche scientifiques reposent finalement sur des théories qui peuvent s'avérer fausses, de telle manière qu'il y a plusieurs interprétations scientifiques d'un phénomène et plusieurs méthodes scientifiques pour tenter de répondre à une question. Or, face à une multiplicité de points de vue scientifiques, le juge constitutionnel bien souvent ne prend pas partie laissant au législateur le soin de faire ses choix au regard

---

<sup>12</sup> Cf. N. Hesler, « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques », *Revue des barreaux*, Tome 62, automne 2002, pp. 361-385.

<sup>13</sup> Et l'auteur de poser la question : « Se pourrait-il que la science soit plus relative, et moins objective, qu'on ne le croit au premier abord ? », *id.*, p. 364.

<sup>14</sup> *Id.*, p. 366.

<sup>15</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Edwards v. Aguillard*, 482 US 578 (1987).

<sup>16</sup> Dans un arrêt de 1982, *McLean v. Arkansas* (US District Court), le juge Overton a retenu le critère de la « démarcation » en se fondant sur les réflexions de plusieurs philosophes des sciences en particulier : Karl Popper ou encore Carl Hempel. C'est dans l'arrêt *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* en 1993 (509 US 579) que la Cour suprême va énoncer les critères de la validité et de la fiabilité de l'expertise scientifique. Voir sur cette question, Mathias Girel, « La science en procès. Pièce en trois actes » in J.-M. Besnier et alii, *Le débat public autour des sciences*, Arles -Actes Sud, 2012, pp. 153-165.

des données scientifiques, même contradictoires, dont il dispose. Cela est particulièrement vrai en France. Si le Conseil constitutionnel peut procéder à des auditions, le recours à l'expertise scientifique semble avant tout relever du législateur qui procède, lors de l'élaboration des projets de lois, à l'audition d'experts ou se réfère aux travaux scientifiques. Ces données recueillies par le législateur sont portées à la connaissance de tous, y compris à celle du Conseil constitutionnel. Pour autant celui-ci se montre très prudent comme l'ont révélé les décisions sur les OGM<sup>17</sup>, le gaz de schiste<sup>18</sup> ou encore la vaccination obligatoire<sup>19</sup>. L'influence des théories scientifiques sur le juge est d'autant plus absente, dans notre système juridique, que le contrôle de constitutionnalité est abstrait et que les décisions de justice sont motivées *a minima*. Bien souvent, donc, la question scientifique marque la limite de l'appréciation du juge constitutionnel qui rappelle qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du parlement. Par exemple, dans la décision 2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013 sur la Bioéthique, alors que les saisissants contestaient certaines théories scientifiques sur lesquelles se fondait le législateur, le Conseil constitutionnel s'est contenté de vérifier si les droits, libertés et principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine étaient suffisamment garantis par le dispositif adopté par le législateur.

De même, dans la 2015-458 QPC du 20 mars 2015 sur l'obligation de vaccination, le Conseil constitutionnel énonce au considérant n° 10 : « Considérant qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé ». Le même raisonnement se retrouve dans les décisions rendues par la Cour constitutionnelle belge, par exemple<sup>20</sup>.

Au contraire, les juges nord-américains, connaissant une procédure de type accusatoire et pratiquant un contrôle concret, semblent plus intrusifs et n'hésitent pas à considérer qu'une théorie scientifique avancée ne convainc pas<sup>21</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence américaine a élaboré une méthode permettant aux juges de faire preuve de

---

<sup>17</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

<sup>18</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*.

<sup>19</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Epoux L*.

<sup>20</sup> Dans l'arrêt 2008-110 du 31 juillet 2008, la Cour constitutionnelle belge indique qu'« Aucune disposition constitutionnelle ne subordonne l'intervention du législateur à l'existence de données scientifiques ou statistiques. Il dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation pour prendre des mesures qui, à son estime, répondent à l'attente des citoyens. Ces mesures résistent au contrôle de constitutionnalité si elles ne portent pas d'atteinte discriminatoire aux droits des justiciables » (§ B.8.4.).

<sup>21</sup> Voir Cour suprême du Canada, décision du 11 juin 2015, à propos de l'interdiction d'utiliser la Marijuana à des fins médicales (2015-CSC-34). De même en France, le contrôle opéré par les juges du fond peut laisser place à l'influence ou au rejet de certaines théories scientifiques alors que le Conseil constitutionnel ne prend pas position (ex. à propos de la conduite après usage de stupéfiants, réprimée par l'article L 235-1 du Code de la route, dispositif validé par le Conseil constitutionnel – 2011-204 QPC - alors que certains juges du fond n'appliquaient la sanction que dans la mesure où l'effet psychotique était démontré s'appuyant pour ce faire sur une étude publiée par la « Société française de toxicologie analytique »).

discernement face à l'expertise scientifique<sup>22</sup>. Les juges américains et canadiens disposent également d'un guide concernant le rapport à l'expertise<sup>23</sup>.

Enfin, concernant l'utilisation des méthodes des sciences exactes, le professeur Laurence Tribe dans un retentissant article de 1971<sup>24</sup> a sérieusement mis en doute la pertinence du recours aux démonstrations mathématiques (notamment les tests de probabilité ou de plausibilité) devant les membres d'un jury. Il a démontré d'une part, qu'aussi exactes que puissent être qualifiées les sciences, elles ne sont pas toujours assez précises pour prendre en compte la complexité du fonctionnement de l'humain et d'autre part, que la froideur de ces raisonnements logiques risquait de déshumaniser les juridictions chargées de rendre un jugement.

Si « l'expert est l'œil du juge », le juge doit conserver un regard critique sur l'expertise et en dernier lieu, c'est au juge qu'il appartient de rendre la décision de justice donc de trancher le litige en prenant en considération tout un ensemble d'éléments parmi lesquels les sciences prennent place<sup>25</sup>. Se pose donc la question de la distance que le juge constitutionnel doit garder par rapport aux sciences que ce soit face à de nouvelles découvertes scientifiques mais également lorsqu'il est tenté d'utiliser les sciences comme un outil dans son raisonnement juridique.

Enfin, on peut se demander si, au-delà de la perméabilité, il existe véritablement un dialogue entre le droit constitutionnel et les autres sciences. Si l'on s'accorde à dire qu'il est toujours intéressant d'avoir un regard extérieur sur le droit, beaucoup constatent que ce dialogue est variable selon les sciences et que son intérêt est relatif. Le dialogue au sens large entre le droit constitutionnel et les autres sciences a toujours existé, mais en ce qui concerne le dialogue au sens strict, il n'existe pas toujours. Ainsi, peut-on déplorer le peu, voire l'absence, d'études scientifiques, non juridiques, portant sur le droit constitutionnel<sup>26</sup>, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel en particulier. L'élaboration de cette journée d'étude a montré que, dans bien des cas, mais pas toujours (environnement, bioéthique par ex.), le dialogue est inexistant. Il convient alors, et c'était l'un des objets de cette manifestation, de s'interroger sur les raisons de cette absence ou quasi absence de dialogue. Est-ce parce le droit constitutionnel par essence ne s'y prête pas ? Est-ce en raison d'un cloisonnement systématique des matières et donc des sciences ? Est-ce typiquement français ? Qu'aurait-on à gagner, ou à perdre, à organiser et développer un tel dialogue et de quelle manière ?

Techniquement, toutes les sciences ne sont pas concernées de la même manière par le droit constitutionnel. Le colloque organisé à Aix-en-Provence était sur ce point assez révélateur d'un constat d'absence de dialogue avec les sciences dures en particulier car il a été difficile de mobiliser les chercheurs d'autres sciences sur le thème proposé. Cela provient, semble-t-il, de la difficulté des scientifiques extérieurs à la discipline juridique

---

<sup>22</sup> Arrêt Daubert *précité*. Voir notamment Rafael Encinas de Munagorri, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 n°3, Juillet-septembre 1999. pp. 621-632.

<sup>23</sup> Pour les Etats-Unis : *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, éd. 1994. Pour la Canada : *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens* publié par l'Institut national de la magistrature.

<sup>24</sup> L. Tribe, « Trial by Mathematics : Precision and Ritual in The Legal Process », *Harvard Law Review*, 1971, vol. 84, p. 1329.

<sup>25</sup> Voir également, Rainer Maria Kiesow, « La science à la barre », *Socio*, 3 | 2014, 199-208. E. Truilhé-Marengo, *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, 2011, 360 p.

<sup>26</sup> A l'exception de la science politique qui est par nature très proche du droit constitutionnel, et de manière plus limitée, la sociologie.



à appréhender la norme constitutionnelle et à discerner la spécificité de cette norme constitutionnelle par rapport aux autres règles juridiques qui sont perçues comme s'inscrivant dans un ensemble plus vaste, constituant le cadre dans lequel interviennent les recherches menées. Ce cadre prend notamment place dans un « protocole » défini préalablement à la recherche et regroupe des règles méthodologiques et techniques dont les règles juridiques font partie. Par ailleurs, la disposition constitutionnelle en soit est souvent considérée comme trop générale et abstraite et la jurisprudence constitutionnelle est jugée complexe.

Le vocabulaire juridique est cependant aussi ésotérique que peut l'être le vocabulaire des sciences dures pour un juriste.

De plus, les questions qui préoccupent les uns ne sont pas nécessairement source de questionnement pour les autres, et inversement.

Le problème est d'ailleurs plus vaste et très révélateur de la place de la Constitution dans la société française, dans la pratique : même si Denis Baranger affirme dans le rapport Bartolone-Winock que « La Constitution est l'affaire de tous », ce qui est une réalité puisque la Constitution contient les dispositions les plus fondamentales de notre démocratie, les citoyens, qu'ils soient ou non savants, ne se sont pas appropriés la Constitution car cette dernière n'est pas, en France, objet de discussions au quotidien. Cela est dû à un manque de visibilité des normes contenues dans le texte constitutionnel, manque lui-même dû, peut-être, à la place assignée au juge constitutionnel dans nos institutions.

Le dialogue expert-juriste n'existe pas véritablement non plus lorsque la parole scientifique est utilisée pour donner une légitimité objective à des décisions. La référence scientifique peut, dans ce cas, avoir simplement pour objet de convaincre de la justesse d'un choix politique.

La journée d'étude organisée à Aix-en-Provence le 2 octobre 2015 a ainsi tenté de mettre en perspective l'ensemble de ces rapports entre sciences et science du droit constitutionnel à travers diverses illustrations touchant à l'économie, l'histoire, les mathématiques, les sciences du psychisme ou encore les sciences morales et politiques. Elle s'est inscrite dans le cadre de la réflexion menée par l'Association française de droit constitutionnel en 2015 sur *Le droit constitutionnel et les autres sciences*.