



HAL
open science

Introduction

Eve Truilhé

► **To cite this version:**

Eve Truilhé. Introduction. La relation juge expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux, 2011. halshs-02556014

HAL Id: halshs-02556014

<https://shs.hal.science/halshs-02556014v1>

Submitted on 27 Apr 2020

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

Science et technique font partie intégrante de la décision publique contemporaine et le phénomène ne cesse de soulever des réflexions et des propositions visant à tracer la voie d'une expertise multidisciplinaire, pluraliste, démocratique.

Il en va progressivement de même pour la décision juridictionnelle. Ne pouvant se soustraire à l'action de juger, lorsque le contentieux soulève des difficultés scientifiques ou techniques, le juge ordonne parfois une expertise et ce n'est pas fait nouveau, même s'il faut bien noter une certaine tendance à la « *prolifération du phénomène expertal* »¹. Mais si le thème de l'expertise judiciaire a été longuement étudié², ce n'est pas tout à fait le cas des liens que le juge entretient avec la réalité extra juridique. En effet, visités fréquemment par les autres sciences humaines³, les relations entre le droit et les autres courants du savoir ont, un temps, été laissés de côté par les juristes⁴.

¹ Champaud (G.), Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur de la juridiction, *Mél. J. Béguin*, Litec 2005, p. 97.

² Boulez (J.), *Expertises judiciaires : désignation et mission de l'expert*, Dalloz, Paris, 2006, 320 p. ; Chauvaud (F.), Dumoulin (L.), *Experts et Expertises judiciaires en France, XIXe et XXe siècles*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2003, 284 p. ; Cadiet (L.) *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 2006, pp. 390-400 ; Doll (P.-J.), *La réglementation de l'expertise en matière pénale*, LGDJ, Paris, 1969, 196 p. ; Olivier (M.), *De l'expertise civile et des experts*, Tome 2, Berger-Levrault, Paris, 1995, 402 p., Champaud (J.), Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire, *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 63 ; Van Compennolle (J.), Dubuisson (B.), (dirs), *L'expertise*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 267 p. ; Travaux du XXème colloque des IEJ, *L'expertise*, Dalloz, Paris, 1995 ; Travaux et recherches de l'Institut de droit compare de Paris, *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Tome XII, Edition de l'Epargne, Paris, 1969, 455 p. ; De Belval (B.) et Rolland (B.), L'expert dit-il le droit ?, *Droit de l'environnement*, n° 142, 2006, pp. 294 et s. ; Encinas de Munagorri (R.), Expert et expertise, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p. 686. ; Leclerc (O.), Les réformes du droit de l'expertise : avancées partielles et occasions manquées, *Revue Experts*, n° 71, 2006, pp. 12-15 ; Marganne (H.), L'expert judiciaire et le droit - A propos de l'article 238 du NCPC, *JCP G*, 2007, I, pp. 103 et s. ; Restier-Mellerey (C.), Experts et expertise scientifique, *Revue française de science politique*, Vol. 40, 1990, pp. 546-585 ; White (G.), The Use of experts by the International Court, in Lowe V and Fitzmaurice (M.), (eds.), *Fifty Years of International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 528-540 ; Savadogo (L.), Le recours des juridictions internationales à des experts, *AFDI*, 2004, pp. 231-258.

³ Voir tout particulièrement : Dumoulin (L.), L'expert dans la justice : De la genèse d'une figure à ses usages, Economica, collection « *Etudes politiques* », Paris, 2007, 216 p. Trépos (J.-Y.), *Sociologie de l'expertise*, Presses universitaires de France, Que sais-je ?, Paris, 1996, 127 p.

⁴ Pour être aujourd'hui au cœur de leurs préoccupations : Moury (J.), Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et juridiction, *RTD civ.* Oct. Déc. 2009/4, p. 668. Walker V.R., The Myth of Science as a "Neutral Arbiter" for triggering Precautions, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 26, n°2, 2003, pp. 197-228; Steinlé-Feuerbach (M.-F.), La place de l'expertise scientifique dans le raisonnement du juge : l'incendie du tunnel du Mont-Blanc et les inondations, *Journal des accidents et catastrophes*, n° 66, 2006 (www.jac.cerdacc.uha.fr); Remy (M.), Le juge et l'expert, *Revue Experts*, n°1, 03/1988, pp. 5 et s. ; Leclerc (O.), Scientific expertise and judicial decision-making : comparative insights, in Ferrer Beltrán (J.) and Pozzolo (S.) (eds.), *Law, Politics, and Morality : European Perspectives III. Ethics and Social Justice*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007, pp. 15-26; Jasanoff (S.), Biotechnology and Empire: The Global Power of Seeds and Science, *Osiris*, 2006, 273-292; Just Evidence: The Limits of Science in the Legal Process, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, n°2, 2006, pp. 328-341; Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings, *American Journal of Public Health*, Vol. 95, n°1, 2005, pp. 49-58; Breaking the Waves in Science Studies: Comment on H.M. Collins and Robert Evans, 'The Third Wave of Science Studies', *Social Studies of Science*, Vol. 33, 2003, pp. 389; The Epistemic Discretion of Judges and Daubert's Legacy, *Science, Law and the Courts*

L'équipe du Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC-UMR 6201) avait approché la question de l'expertise au détour de programmes de recherche antérieurs et le financement de la Mission de recherche Droit et Justice⁵ a permis aux membres de l'équipe de s'y consacrer de manière plus spécifique. Que cet organisme se trouve ici chaleureusement remercié pour sa contribution aux présents travaux. En guise d'introduction à cet ouvrage nous présenterons tour à tour la recherche en questions (I) et les questions de la recherche (II).

I – LA RECHERCHE EN QUESTIONS

Il n'est pas inutile de commencer par évoquer cette relation particulière qui constitue l'objet de la recherche (A) avant d'apporter des précisions sur le champ spécifique dans lequel nous avons souhaité la placer (B) et dire ensuite quelques mots sur les principaux enjeux de celle-ci (C).

A - L'objet de la recherche

Le projet se proposait d'interroger la réalité de la relation qui se noue entre l'expert et le juge à l'occasion du contentieux. Etudier une relation, quelle qu'elle soit, suppose de définir préalablement les éléments qui la composent.

1. Juge, Juges, « quasi-juge »

Le terme de juge au singulier est bien évidemment employé ici pour désigner un collectif, celui des juges qui ont fait l'objet de notre attention.

Si la qualification de juge va de soi pour la plupart des juges et juridictions étudiés, elle est davantage problématique pour d'autres, singulièrement dans l'ordre international. S'agissant de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, nous employons ce terme sciemment en tenant compte des doutes qui pourraient encore peser concernant la qualité de juridiction de l'Organe de règlement des différends (ci-après ORD) en adhérant à l'analyse du professeur Hélène Ruiz Fabri qui désigne la juridictionnalisation de l'ORD comme « un

in Europe, in Santosuosso (A.) et al., (eds.), *Science, Law and the Courts in Europe*, Collegio Ghisleri, Pavia, 2004, pp. 37-53; Robert (C.), L'expertise comme mode d'administration communautaire : entre logiques technocratiques et stratégies d'alliance, *Politique européenne*, n° 11, automne 2003, pp. 57-78, 4 Noiville (C.) et De Sadeleer (N.), La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres, Le droit entre enjeux scientifiques et politiques, *RDUE*, 2/2001, pp. 389-447 ; Vos (E.), Les agences et la réforme de l'administration européenne, *Revue française d'administration publique*, L'administration dans l'Union européenne, juillet-septembre 2000, n° 95, p. 409. Alemanno (A.), The European Food Safety Authority at Five, *European Food and Feed Law Review*, 1/2008, disponible à <http://works.bepress.com/alemanno/3Press>, 1991; C. Joerges, Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level, *Journal of European Law*, 2001, n°1. Barbier de la Serre (E.), Sibony (A.-L.), Expert evidence before the EC courts, *CMLR* 2008, p. 959. Encinas de Munagorri (R.), Expertise et principe de précaution, *RJE*, 2001, pp. 67-73. Chan (E.J.), The 'Brave New World' of Daubert: True Peer Review, Editorial Peer Review, and Scientific Validity, *New York University Law Review*, Vol. 70, 1995, pp. 100 et s. Leclerc (O.), *Le juge et l'expert – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, 471 p. Smith (R.), Wynne (B.) *Expert Evidence ; interpreting Science in the law*, Routledge, London, 1989, 288 p. Roqueplo (P.), *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Inra Editions, Paris, 1997, 111 p. Naim-Gesbert (E.) *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 808 p. Encinas de Munagorri (R.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, Droit et société, Paris, 2009, 239 p. Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit* (III), *La refondation des pouvoirs*, Seuil, Paris, 2007, 299 p.

⁵ Mission de recherche Droit et Justice, Convention 27.09.17.07. Le rapport final remis à la Mission est disponible sur son site Internet : <http://www.gip-recherche-justice.fr/> (consulté le 4 octobre 2010).

processus plutôt qu'un état ou un produit fini »⁶. Il en va de même pour ce qui est d'autres organes comme le comité d'observance du Protocole de Kyoto ou la Commission d'indemnisation des Nations-Unies aux fins du traitement des réclamations environnementales (CINU). Même si ces instances hybrides ne peuvent pas à proprement parler être qualifiées de juridiction, ils remplissent des fonctions matériellement juridictionnelles⁷. Dès lors, en dépit de ces doutes et parce que la définition de la juridiction internationale reste discutée, la question du traitement des informations scientifiques par ces organes nous semblait tout à fait pertinente dans l'objectif de notre recherche. Précisons, enfin, qu'en raison du champ que nous avons choisi pour notre étude, mais aussi de la spécificité de l'expertise en matière pénale, celle-ci se trouve, de fait, exclue de nos recherches. Le système français, avec ses différentes facettes, a donc été mis en parallèle avec les « juridictions » supranationales suivantes : Cour Internationale de Justice (ci-après CIJ), Tribunal International pour le Droit de la Mer (TIDM), l'ORD de l'OMC, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) et son Tribunal de première Instance (TPICE). Nous éloignant encore d'une conception stricte de la notion de juridiction, nous avons également jugé utile de faire un détour par le recours à l'expertise dans les arbitrages internationaux.

2 - Expert, Expertise, Expertises

La notion d'expert, si elle vise dans le langage courant, une personne compétente et expérimentée sur un sujet donné, elle désigne dans le langage juridique une « *personne ou une institution expérimentée que ses connaissances techniques désignent pour se livrer à des constatations, des examens, des appréciations, des diligences qui viendront nourrir l'instruction de l'affaire* ». Mais, « *personne désignée dans le cadre d'une expertise, c'est-à-dire d'une procédure destinée à éclairer une autorité chargée de prendre une décision* », l'expert ne peut être véritablement défini qu'à travers la notion d'expertise, puisque « *ce n'est qu'en raison de son intégration dans une procédure de décision que celui qui détient un savoir particulier est qualifié d'expert* »⁸.

Or la notion d'expertise, recouvre des situations diverses, les définitions varient donc aussi. Mais elles se recoupent largement, puisque, comme le dit très justement le professeur Loïc Cadiet, « *sans avoir la même fonction technique, ces procédures ont la même fonction idéologique* »⁹ : il s'agit toujours de la « *mise à disposition par un spécialiste de connaissances qui permettent, ensuite, à un tiers de prendre une décision éclairée* »¹⁰.

Dans une conception étroite, l'expertise est une « *mesure d'instruction consistant, pour un technicien commis par un juge, à examiner une question de fait et à donner un avis purement technique de manière à éclairer le juge* »¹¹. Liée à l'obligation de juger, l'expertise

⁶ Voir : Ruiz Fabri (H.), La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats, *Rev. Arb.*, 2003-3, pp. 881-947). Sur cette question voir également : Ascensio (H.), La notion de juridiction internationale en question, in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Pedone, Paris, 2002, pp. 163-202. Santulli (C.), Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD, *AFDI*, 2000, pp. 58-81 et *Droit du contentieux international*, Montchrétien, Paris, 2005.

⁷ Notamment, on ne peut pas toujours parler de véritable différend, à moins de considérer que lorsqu'il est saisi par le Secrétariat, l'une des parties au litige est la Communauté conventionnelle. En outre, le caractère obligatoire des décisions continue de faire débat, malgré le caractère auto-exécutoire de la majorité des « mesures consécutives au non-respect ».

⁸ Leclerc (O.), *Le juge et l'expert – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Paris, 2005, p. 5.

⁹ Cadiet (L.), Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés, in : *Prospective du droit économique – Dialogue avec M. Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 151-160.

¹⁰ Leclerc (O.), *Le juge et l'expert*, op. cit., p. 5

¹¹ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2002, p. 374.

est alors dite judiciaire ou plus justement juridictionnelle le recours à l'expert n'étant pas le propre du juge judiciaire.

La notion désigne aussi le fait pour l'auteur d'une décision publique de recourir à un expert lorsqu'il est amené à régler une question présentant des aspects techniques. Dans ce cas, elle est qualifiée d'expertise décisionnelle, d'expertise à finalité politique¹² ou encore d'expertise de gouvernance. Très répandues en matière sanitaire et environnementale, ces expertises sont diversifiées¹³. Il peut s'agir d'études scientifiques produites par des établissements publics, d'études commandées par les autorités publiques (comme le Rapport Zmirou sur les « *téléphones mobiles, leur station de base et la santé, état des connaissances et recommandations* »¹⁴). Il peut s'agir d'études publiées de leur propre initiative par des chercheurs et dans le contentieux des antennes relais, il faut citer le rapport Rapport Bio-initiative rédigé par un groupe d'universitaires synthétisant les multiples études consacrées à l'impact sanitaire des champs électromagnétiques sur l'homme. Si l'étude ne porte pas directement sur ce type d'expertise, elle ne saurait totalement le laisser de côté. Tout d'abord, parce que l'observation de la jurisprudence nous a montré que de plus en plus souvent le juge se prononce sur, ou à partir, d'une expertise « décisionnelle » : une autorisation d'essais en plein champ d'OGM peut être contestée devant le juge administratif¹⁵, une interdiction d'antibiotiques dans l'alimentation animale devant le juge communautaire¹⁶. Dans le domaine qui nous intéresse, le juge, les juges, loin de se cantonner à la procédure de l'expertise judiciaire sont en effet de plus en plus souvent amenés à tenir compte des expertises dites « décisionnelles », comme le note d'ailleurs le rapport d'étape de la mission de Corine Lepage relative au Grenelle de l'environnement¹⁷. D'autre part, l'expertise décisionnelle est même de plus en plus souvent l'objet de la demande en justice, le juge devant décider si celle-ci a été correctement menée, si ces résultats justifient la mesure litigieuse... Enfin nous ne pouvons ignorer le fait que face au débat relatif à l'intégration de la science dans les décisions publiques il a été suggéré que l'expertise juridictionnelle pourrait offrir un modèle à l'expertise décisionnelle. Dès lors, l'étude ayant pour objectif d'étudier les enjeux d'une « relation », celle qui se noue entre le juge et l'expert, d'avantage que ceux d'une « procédure », celle de l'expertise juridictionnelle, se limiter à envisager l'expertise sous le seul angle procédural reviendrait probablement à « *désamorcer* » les questionnements, à en « *neutraliser* » les enjeux.

B – Une recherche conduite en « univers controversé »

Les auteurs du « *Traité des nouveaux risques* »¹⁸, distinguent les « *univers stabilisés* » des « *univers controversés* », dans lesquels les décisions sont prises dans un contexte collectif marqué par l'incertitude scientifique et une grande divergence des intérêts. Il nous semble précisément que le champ de cette recherche constitue l'un de ces univers et ce à un double titre. D'abord parce que le domaine sanitaire et environnemental est caractérisé par

¹² Hermitte (M.A.), L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts, *Justice*, 1997, n°8, pp. 79-103.

¹³ Pour de plus amples développements concernant l'utilisation de ces différents types d'expertise par le juge judiciaire, voir *infra* la contribution de Mathilde Boutonnet.

¹⁴ Rapport du 17 juin 2001, disponible sur <http://www.sante-jeunesse-sports.gouv.fr/rapport-zmirou-2001.html>.

¹⁵ CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France et al./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, aff. C-6/99.

¹⁶ TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health/Conseil*, aff. T13/99 ; TPICE, 11 septembre 2002, *Alpharma/Conseil*, aff. T-70/99.

¹⁷ Deharo (G.) et Bertella-Geffroy (M.O.), *Environnement*, dossier spécial, avril 2008, art. 5 et art. 6, p. 19 s.

¹⁸ Godard (O.) Henry (C.) Lagadec (P.) Michel-Kerjan (E.), *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Paris, 2002, p. 53 et s.

l'incertitude (§1), ensuite parce que l'enchevêtrement des niveaux normatifs étudiés vient encore ajouter à la controverse (§2).

1. Environnement, santé et incertitude

Médecine légale, architecture, immobilier, informatique, les domaines dans lesquels le droit a recours à des « *savoir-faire extérieurs* »¹⁹ sont variés. Cependant, le constat selon lequel les pouvoirs publics paraissent ne plus pouvoir se passer de l'expert est particulièrement flagrant sur le terrain sanitaire et environnemental. Il faut ici préciser que s'il est pertinent de regrouper les litiges relatifs à la santé et ceux relatifs à l'environnement c'est tout d'abord que les deux matières font bien souvent l'objet d'un traitement similaire dans les textes comme dans la jurisprudence. Mais surtout parce que dans ces domaines la complexification des faits se double d'une complexification du droit. Parce qu'il s'agit des domaines caractérisés par l'incertitude et le risque, que ce sont deux domaines qui soulèvent de forts enjeux sociétaux, que le principe de précaution bouleverse les questions liées à la preuve, parce que, finalement, ce domaine, plus que les autres, est marqué par la difficulté de juger. Antennes relais de téléphonie mobile, dissémination des organismes génétiquement modifiés dans la nature, effets du rejet des gaz à effet de serre, sont autant d'illustrations d'une certaine complexification des faits, conséquence, notamment, de l'apparition de ces nouveaux risques, dommages, caractérisés par l'incertitude scientifique, non seulement s'agissant de leur évaluation mais aussi de leur réalisation. Dès lors ici, le recours de plus en plus fréquent à l'expert relève du paradoxe : la haute teneur scientifique des décisions impose presque systématiquement un recours à l'expert alors que, dans le même temps, l'incertitude scientifique couplée au fort enjeu politique entourant la décision complexifie l'utilisation de l'expertise. Bref, dans ce domaine, il faut aujourd'hui faire avec le doute²⁰ et penser le droit sans socle de certitude, car partout « *l'incertain fondamental est tapi* »²¹.

Les domaines étudiés constituent le terrain sur lequel s'est développé le principe de précaution. Or, à la faveur de celui-ci, le recours à l'expertise scientifique conduit le juge à s'aventurer plus que d'habitude sur le terrain scientifique. Loin de récuser la démarche scientifique, le principe de précaution la renforce, en obligeant les autorités de décision à adopter une démarche scientifique et en poussant le juge à un examen plus approfondi de la proportionnalité entre la mesure prise et l'objectif poursuivi²². En conséquence, la complexification factuelle est par ailleurs indissociable d'une certaine complexification du droit. Au final, un mouvement circulaire se dégage de la complexification des faits et du droit au regard du rôle de l'expertise auprès du juge, quel qu'il soit. Au préalable, le juge fait appel à l'expert pour mieux appliquer les règles de droit et vérifier que les faits entrent dans les diverses catégories juridiques traditionnelles telles celles de trouble ou préjudice. Puis, l'expertise lui dévoile la complexité des faits, notamment l'avènement des risques incertains et des dommages écologiques. Le rapport le conduit alors, indirectement, à créer des nouvelles catégories juridiques adaptées à l'évolution des faits.

2. Variété des niveaux d'analyse

¹⁹ Dumoulin (L.), L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, *Droit et société*, 2000, pp. 199-223.

²⁰ Comte-Sponville (A.), Justice et vérité, in Expert du juge, expert de partie, vérité scientifique et vérité judiciaire, XVIIe congrès national des experts judiciaires, p. 90.

²¹ Morin (E.), *La Méthode 3 : la connaissance de la connaissance 1 : anthropologie de la connaissance*, Éd. du Seuil, Paris, 1986, p. 15.

²² Noiville (C.), *Du bon gouvernement des risques*, op. cit., p. 57.

En répondant à l'appel à proposition lancé par la Mission droit et Justice, centré sur le droit français, nous nous proposons de le mettre en lumière en le comparant avec les systèmes avec lesquels il est en interaction directe : le système international et le système européen et communautaire. Or, élément de la conception qu'une société s'est faite du procès, le système de preuve varie fortement d'un ordre juridique à l'autre. Les règles applicables entretiennent un lien intime avec la société dans laquelle elles sont édictées, comme l'a très justement noté le professeur Emmanuelle Jouannet²³, elles informent « *sur les régimes de vérité qu'une société se donne à un moment de son histoire* », s'agissant d'« *un objet construit et modelé par les juristes suivant les rationalités successives de chaque époque, suivant la façon dont chaque époque répond, en fonction des valeurs privilégiées par le groupe, à la question du rôle du juge dans la recherche de la vérité, et à la question de la relation du droit et du fait* ». La procédure d'expertise, composante du système légal applicable à la preuve, n'échappe pas à ce constat et varie d'un système juridique à l'autre. Les systèmes de *Civil Law* et de *Common Law* diffèrent grandement. Il suffit de rappeler que dans l'un, le juge nomme seul l'expert alors que dans l'autre, chaque partie peut nommer un expert, dont elle assume la charge financière, et qui intervient en qualité de témoin dans la procédure.

Quant au système juridictionnel mis en place au plan international il revêt lui aussi des caractéristiques en ce qui concerne le recours à l'expertise. À l'origine droit de la coexistence, appelé à organiser le bon voisinage entre États, l'ordre juridique international, faisait un usage réduit de l'expertise en dehors du domaine spécifique des délimitations frontalières. Et le peu d'enthousiasme des institutions et juridictions internationales à recourir à l'expert a mis pour un temps la question de l'expertise à l'abri du débat doctrinal. Mais, avec la révolution scientifique ou technologique, le droit international est progressivement devenu un droit de la coopération, l'outil de la poursuite de buts communs²⁴. Son champ d'intervention s'est donc tout à la fois élargi et complexifié, entraînant presque mécaniquement une extension du recours aux experts²⁵. Mais si la question de l'expertise se pose avec une acuité particulière dans l'ordre juridique international c'est qu'ici plus qu'ailleurs, la recherche de la vérité scientifique se fait dans un contexte d'opposition : opposition d'intérêts, opposition de modèles, opposition de méthodes. Les différends qui se forment sont des différends entre États, donc le jugement rendu est, en partie au moins, politique. C'est un des enjeux de cette étude que d'essayer de déterminer la place de la science dans un tel contexte.

C - Enjeux et choix méthodologiques

Entre exigence démocratique et bouleversement des ordres juridiques, les enjeux de l'explosion du phénomène expertal sont multiples.

La crainte de la dépossession du juge de sa fonction de *juris dictio* par l'expert a été maintes fois formulée. Foucault craignait que le juge ne soit plus maître de la vérité judiciaire, Michel Serres qu'« *se rendant propriétaires de l'espace de non-droit, les sciences, compétentes, fournissent les experts auprès des tribunaux, donc décident avant et pour eux* »²⁶ et le Tribunal de première instance de l'Union européenne affirmait déjà en 2002 que « *les experts, s'ils disposent d'une légitimité scientifique n'ont pas de légitimité démocratique*

²³ Jouannet (E.), La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale, in Ruiz-fabri (H.), Sorel (J-M) (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, collection Contentieux international, 2007, p. 239.

²⁴ Voir en ce sens : Maljean-Dubois (S.), La gouvernance internationale des questions environnementales ; Les ONG dans le fonctionnement institutionnel des conventions internationales de protection de l'environnement, in : *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?* Boisson de Chazournes (L.), Mehdi (R.), dir., Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 86-103.

²⁵ Voir en ce sens, Rios-Rodrigues (J.), *L'expert en droit international*, Thèse, 2008, 583 p.

²⁶ Serres (M.), *Le contrat naturel*, Flammarion, Paris, 1999, p. 134.

ni de responsabilité politique. Or une légitimité scientifique ne suffit pas pour justifier l'exercice de l'autorité publique »²⁷. Le spectre d'un juge « ravalé au rang de spécialiste du droit »²⁸ constitue pour le juriste une raison suffisante de s'intéresser à ce sujet.

Mais parallèlement, le développement de l'expertise renouvelle aussi la question de l'instrumentalisation de la science. A travers les programmes de recherches qu'elles lancent et/ou financent, les autorités publiques exercent un rôle déterminant sur la production scientifique²⁹. L'expertise ne participe-t-elle pas aussi à cette tendance ? A travers la composition des groupes d'experts, la rédaction des questions posés aux experts, les délais impartis pour y répondre ? Plus encore, la marge de manœuvre que s'octroie le juge lorsqu'il utilise le rapport d'expertise, proche parfois, nous le verrons, de la méthode du « *pick and choose* », ne constitue-t-elle pas la forme ultime d'instrumentalisation ?

D'autres enjeux, plus politiques, plus « pratiques », émergent également : quelle marge de manœuvre un Etat conserve-t-il à l'égard des décisions prises au niveau communautaire et international dans cette sphère aussi fondamentale de la protection de la santé ou de l'environnement ? A quel niveau de compétence – national, européen, international, mais aussi régional, local – doit se prendre la décision en matière de gestion des risques ? Le respect scrupuleux des procédures prescrites constitue-t-il la véritable garantie de conserver cette marge de manœuvre ?

Ensuite évidemment, informant sur les régimes de vérité qu'une société se donne à un moment de son histoire³⁰, la question du recours à l'expert, intimement liée à celle du régime de la preuve, permet de révéler l'état de la société. Le système de preuve constitue une construction intellectuelle élaborée à un moment donné en fonction de l'évolution de la société, l'étude de l'un des éléments contemporains de ce système ne peut manquer d'être instructif à cet égard.

Comment embrasser un sujet si riche ? Dès le départ, la méthodologie choisie reposait sur la conjugaison de quelques analyses transversales à des études de cas. Cette approche nous apparaissait tout à la fois plus réaliste et plus adaptée. Elle nous a contraints à faire des choix et certaines questions ne sont pas traitées alors qu'elles auraient pu l'être. Certaines juridictions ont été particulièrement éclairées, d'autres laissées de côté, certains contentieux ont particulièrement retenu notre attention, d'autres n'ont pu être explorés. Néanmoins, cette méthode a l'avantage de permettre d'aborder des questions très diversifiées tout en évitant le risque d'une étude démesurée. Face à la « *mosaïque* »³¹ de l'expertise judiciaire, cette méthode présentait l'avantage de permettre d'établir plus facilement des éléments de comparaison. Pour assurer la cohérence des recherches individuelles, une grille d'analyse commune a été déterminée, imposant à chacun des membres de l'équipe de se plier à une série de questions³².

²⁷ Tribunal des Communautés européennes, 11 septembre 2002, aff. T.-13/99 Pfizer Animal Health.

²⁸ Testu (F.-X.), Présentation générale, in *L'expertise*, Dalloz, Paris, 1995, p. 5.

²⁹ Godard (O.) Henry (C.) Lagadec (P.) Michel-Kerjan (E.), *Traité des nouveaux risques*, *op. cit.*, p. 60. Voir également : Bonneuil (C.), Introduction au dossier 'De la République des savants à la démocratie technique : conditions et transformations de l'engagement public des chercheurs', *Natures Sciences Société*, Vol. 14, n° 3, 2006, pp. 235-238 ; Cultures épistémiques et engagement des chercheurs dans la controverse OGM, *Natures Sciences Société*, Vol. 14, n° 3, 2006, pp. 257-268.

³⁰ Jouannet (E.), La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale, *op. cit.*, p. 239.

³¹ Dumoulin (L.), La mosaïque de l'expertise judiciaire : entre public et privé, monopole et concurrence, Les cahiers de la Sécurité intérieure, 34, 1998.

³² Ces questions étaient, en substance, les suivantes :

- identification des règles entourant le recours à l'expertise
- contenu de ces règles

II – LES QUESTIONS DE LA RECHERCHE

Du point de vue théorique, la distinction entre expertise et jugement est limpide. Un truisme, une règle de procédure établie. L'expert apporte ses lumières au juge sur une question de fait ou d'ordre technique et n'a pas qualification pour porter une appréciation juridique. Il fait advenir la vérité du fait hors du droit. La réalité est toute autre. Et il faut suivre Beck qui nous invite à penser la modernité en prenant soin de se tenir à l'écart des « *catégories zombies* »³³ dans lesquelles il est permis de se demander s'il ne faut pas ranger les notions de fait et de droit.

Il n'y a pas de fait qui puisse être constaté ou prouvé sans référence à une règle de droit et donc que le fait est « *construit juridiquement par le droit* »³⁴ et le professeur Atias affirme que la distinction du fait et du droit est elle-même « *juridique de part en part* »³⁵. Il peut donc difficilement être nié aujourd'hui que les conclusions expertales revêtent une certaine fonction normative. Pour reprendre l'expression du Professeur Denis Zmirou, la question délicate de la définition des conditions du « *passage de témoin* »³⁶ entre les domaines respectifs de l'expert et du décideur reste plus que jamais posée, des exemples concrets illustrent en effet comment les conclusions des experts s'insinuent parfois dans les éléments juridiques du procès en glissant de l'évaluation à la gestion des risques, en liant expertise et décision.

Déconstruit, le mythe de l'expertise, demeure tenace. Parce qu'il perdure réellement dans certains domaines et dans certaines situations. Parce que sa remise en cause est récente, et bien peu souvent le fait des juristes. Enfin parce que les praticiens, eux, répugnent à le remettent en question. Déconstruit, il conserve aussi son utilité, en servant de modèle, qui comme tout modèle, ne se révèle vraiment intéressant qu'à travers ses impuretés. Et il nous semble que l'univers controversé dans lequel se situent nos travaux donne à ses impuretés une dimension observable.

Un survol des différentes jurisprudences, conduit à penser que la société du risque décrite par Beck est probablement en train de conduire à renforcer l'importance du respect des procédures. Face au recours massif à l'expertise, et pour garantir la légitimité du jugement, l'encadrement juridique du recours à l'expert devient incontournable. Et il se pourrait en effet que, malgré la diversité des règles juridiques s'élabore progressivement une harmonisation des contenus. Mais cette harmonisation va-t-elle jusqu'à la consécration de critères commun de recevabilité de l'expertise ? De tels critères existent-ils ? Quels sont-ils ? Si oui, quelles conclusions en tirer sur les rapports entre science et droit ? L'ordre juridique, les ordres juridiques seraient-ils en train d'imposer sinon une « *union sacrée du droit et de la science* »³⁷, ou au moins de bâtir des ponts entre science et droit ? S'agissant du poids de l'expert dans la construction du jugement, les questions sont variées : Quel est le poids du

- modalités de désignation des experts
 - teneur de la (ou des) question(s) posée(s) à l'expert
 - conditions pratiques de l'expertise (individuelle, collégiale, durée...)
 - identité des experts
 - statut de l'expert : rémunération, responsabilité, conditions de récusation.
 - critères de recevabilité de l'expertise ? existent-ils ? quels sont-ils ?
 - poids de l'expertise dans l'issue des litiges : quelle est la suite donnée au résultat de l'expertise par le juge ?

³³ cite par naïm gesbert (e.), beck (u.), *risk society, toward à new modernity*, london, sages, 1992, p. 16.

³⁴ salmon (j.), la construction juridique du fait en droit international, *apd*, 1987, t. 32, pp. 135-151.

³⁵ atias (c.), *épistémologie juridique*, paris, précis dalloz, 2002, 1ère éd., p. 102.

³⁶ zmirou-navier (d.), De la démocratie en expertise. Le cas des risques sanitaires environnementaux, *Santé publique*, 2006, volume 18, no 3, pp. 485.

³⁷ mazeaud (d.), l'expertise de droit à travers l'amicus curiae, in : *L'expertise, op. cit.*, p. 116.

rapport de l'expert dans le prononcé final ? Comment le juge utilise-t-il les données scientifiques qui lui sont fournies ? Comment opère-t-il un choix entre les différents éléments ? Le rapport de l'expert n'est-il pas un moyen de donner au juge une apparente objectivité pour ne traduire en fait que son intime conviction ?

La multiplicité des pratiques qui ressort de nos travaux incite à la plus grande prudence et nous dissuade de tirer des conclusions générales et définitives d'un ensemble jurisprudentiel à la fois disparate et évolutif. La recherche n'a en effet pas permis d'apporter des réponses univoques, encore moins définitives, à cette série de questions. La relation juge-expert semble ne pouvoir être abordée que par la casuistique et le rôle que joue l'expert dans la recherche de la solution être un rôle à géométrie variable. Les questions essentielles sont tout de même communes à tous les ordres juridiques, à toutes les situations et à toutes les juridictions, c'est pourquoi après avoir consacré une partie de cet ouvrage à des approches théoriques (I) nous laissons la place à des approches casuistiques (II).

Eve Truilhé-Marengo
Octobre 2010.