



HAL
open science

Droit et expertise dans une perspective praxéologique

Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Baudouin Dupret. Droit et expertise dans une perspective praxéologique. *Droit et Société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2005, 61, pp.619-625. hal-02160935

HAL Id: hal-02160935

<https://hal.science/hal-02160935>

Submitted on 24 Oct 2019

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.

Dossier

Droit et expertise dans une perspective Praxéologique : Présentation

Le sujet de l'expertise a pris, au cours de ces dernières dé-

Baudouin Dupret

cennies, une importance toujours accrue, en sciences sociales aussi bien qu'en droit. C'est à l'exploration impressionniste de l'accomplissement pratique de l'expertise médicale dans le fonctionnement de la justice que ce dossier s'attache.

« Recours à un savoir spécialisé pour aider à trancher dans une conjoncture problématique »¹, l'expertise consiste à solliciter l'avis d'un tiers, dans un processus évaluatif et décisionnel. Un des enjeux de l'expertise et de l'enquête à son sujet tient à son autorité, c'est-à-dire à la question de savoir dans quelle mesure l'avis de l'expert lie l'instance chargée de prendre la décision ultime. En ce sens, l'expertise est productrice de normes, que ce soit en appoint au processus décisionnel ou au fondement même de celui-ci².

C'est, en amont de cette question d'autorité, les modes de déploiement des modes contemporains de véridiction que l'interrogation sur l'expertise traite sous un jour nouveau. Bruno Latour a fait de l'exploration de ces modes de véridiction l'ambition de son programme³, sans qu'il ait eu pour autant

1. Robert CASTEL, « Savoirs d'expertise et production de normes », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.) *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 177.

2. *Ibid.* Robert Castel fait aussi allusion au fait que l'expertise peut être à la base d'un texte législatif dont l'application procède dès lors de l'autorité de celle-ci.

3. Bruno LATOUR et Steve WOOLGAR, *Laboratory Life : The Social Construction of Scientific Facts*, Princeton, Princeton University Press, 2^e éd., 1986 ; Bruno LATOUR *La Science en action*, Paris, La Découverte, 1989 ; *Id.*, *Aramis ou l'amour des techniques*, Paris, La Découverte, 1992 ; *Id.*, *Jubiler, ou les tourments de la parole religieuse*, Paris, Seuil, coll. « Les empêcheurs de penser en rond », 2002 ; *Id.*, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

l'occasion de s'intéresser aux lieux de leur entrecroisement. Au risque de reproduire, ce faisant, nombre de dichotomies entre droit et science. On ne saurait bien sûr adresser à Latour le reproche d'avoir négligé les ontologies propres au droit et à la science, mais peut-être simplement, par sa recherche de la comparaison et du contraste, d'avoir tendu à généraliser à l'excès des observations localement et ponctuellement documentées ⁴.

Les contrastes entre droit et science ont souvent été décrits en termes binaires : « La science cherche la vérité, tandis que le droit réalise la justice ; la science est descriptive, mais le droit est prescriptif ; la science met l'accent sur le progrès, alors que le droit le met sur le procès » ⁵. Pourtant, cette vision d'une sorte de « clash des cultures scientifique et juridique » mériterait de s'effacer devant l'analyse de la question de savoir « comment ces institutions produisent conjointement notre savoir social et scientifique et nos relations avec les objets scientifiques » ⁶.

De nombreux travaux traitent de l'expertise devant les tribunaux. Ils portent principalement sur la compréhension des progrès scientifiques et techniques par les instances judiciaires et sur l'autorité qui est accordée à leur énonciation dans le cadre d'un procès. Dans le contexte de la *common law*, la pratique du recours à des témoins experts est établie de longue date. Par ailleurs, le principe du pouvoir discrétionnaire du juge d'évaluer et contrôler la preuve scientifique a été fixé depuis le début du XX^e siècle. La jurisprudence encourage toutefois les juges à évaluer la science en accord avec les méthodes jugées acceptables par les scientifiques. La question s'est dès lors posée de savoir comment évaluer ces méthodes et leur caractère acceptable par la communauté des hommes de science ⁷. Le juge américain

4. On peut comparer la mise en perspective des vérifications scientifique et juridique opérée par Latour au cinquième chapitre de *La fabrique du droit* (*op. cit.*) et ce qu'en dit S. Jasanoff dans son ouvrage *Science at the Bar* (Sheila JASANOFF, *Science at the Bar : Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1995). Pour cette dernière : « En tant que systèmes formels d'enquête, le droit et la science ont plusieurs caractéristiques importantes en commun. Chaque tradition revendique une capacité faisant autorité de passer les preuves au crible et d'en tirer des conclusions rationnelles et persuasives. La fiabilité des observateurs (ou témoins) et la crédibilité de leurs observations revêtent une importance majeure pour la prise de décision juridique aussi bien que scientifique. Contrairement à la religion organisée, ni la science ni le droit ne doivent alléger à une autorité dogmatique unique. Dans les deux champs, les règles gouvernant l'évaluation des faits connaissent de temps en temps des glissements majeurs - en science par le travail de pionniers de la transformation des paradigmes, et en droit (souvent mais pas toujours) par l'action du législateur. Le progrès normal dans chaque discipline survient par une révolution décentralisée et silencieuse initiée par des individus prenant des décisions à la frontière des doctrines établies et en accord avec leur compréhension personnelle de la tradition existante. [...] Toutefois, des] différences considérables entre les pensées scientifique et juridique sont particulièrement apparentes dans leur approche respective de l'établissement des faits. La science, telle qu'elle est comprise conventionnellement, cherche avant tout à ce que les faits soient "exacts" - au moins dans la mesure autorisée par le paradigme ou la tradition existante. Le droit cherche aussi à ce que les faits soient établis correctement, mais seulement comme appoint à son objectif transcendant de résolution équitable et efficace des différends » (p. 8-9).

5. Sheila JASANOFF, *Science at the Bar : Law, Science, and Technology in America*, *op. cit.*, p. 7.

6. *Ibid.*, p. 8.

7. Arrêts *Frye v. United States*, 1923 ; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 1993.

est ainsi le seul qui, non seulement vérifie que l'expert est bien compétent, mais vérifie qu'il utilise des connaissances généralement admises et, aujourd'hui, s'engage même à vérifier la validité des connaissances utilisées⁸.

Le recours à l'expertise est devenu un phénomène majeur. « Avec l'émergence de procès liés à la technologie au cours des dernières décennies, on observe une augmentation énorme du nombre et de la variété des experts participant aux conflits juridiques aux États-Unis. Des témoins représentant la psychiatrie, la sociologie, les statistiques, la géologie, l'épidémiologie et la toxicologie, de même que des disciplines plus récentes et complexes comme la linguistique et la philosophie et sociologie de la science, ont fait irruption au tribunal en même temps que les figures plus familières de l'ingénieur, de l'économiste, du médecin et des scientifiques légistes »⁹. Dans cette même *common law*, le juge ne joue qu'un rôle limité dans la gestion et la production de la preuve, dans la structuration de sa présentation ou dans l'examen des témoins. Ce que le juge voit, en pratique, « ce sont deux représentations soigneusement construites de la réalité, chacune reposant sur un socle de savoir expert, mais chacune également profondément conditionnée par la culture du témoignage expert et son intersection avec les intérêts, l'ingéniosité et les ressources des parties qui y font appel »¹⁰.

Dans le contexte français, l'importance croissante de l'expertise devant les tribunaux est un phénomène tout aussi avéré, au point que la crainte existe que l'expert ne se substitue au juge. Il est ainsi question d'une opposition entre « audit-dictio » et « jurisdictio »¹¹. Contrairement au système de la *common law* évoqué précédemment, dans le système civiliste le juge nomme un seul expert pour donner son avis sur une question technique. En théorie, il semble que le rôle du juge soit de « prendre en compte le degré d'incertitude du rapport de l'expert tout en prenant en considération tous les intérêts en jeu »¹². En pratique, cependant, on observe davantage la recherche d'une solution aux dilemmes nés de la tension entre autorité de la science et incertitude des faits. Ce dilemme est aigu quand il s'agit, par exemple, d'« apprécier le *lien de causalité* entre une chose et un dommage, les experts étant partagés sur la réalité de ce lien »¹³. Il reste que, de manière générale, le juge semble avoir intégré la nécessité d'une délibération scientifique plutôt que d'une croyance en la vérité scientifique¹⁴, sans que ne soit pour autant réglé le problème de ce qui constitue une opinion com-

8. Marie-Angèle HERMITTE, « Science », in Loïc CADIEP (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004.

9. Sheila JASANOFF, *Science at the Bar : Law, Science, and Technology in America*, *op. cit.*, p. 43.

10. *Ibid.*, p. 45.

11. Emmanuel JEULAND, « Expertise », in Loïc CADIEP (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.*

12. *Ibid.*

13. Marie-Angèle HERMITTE, « Science », *op. cit.*

14. *Ibid.*

munément acceptée par les membres de la communauté scientifique. On peut ainsi observer tout un travail de démarcation, dans l'enceinte de tribunaux, au travers duquel scientifiques et juristes recherchent les limites départageant la bonne et la mauvaise science, le bon et le mauvais travail scientifique ou encore les présentations acceptables ou non de la preuve scientifique.

La forme la plus pratiquée d'expertise scientifique en justice est incarnée par la médecine légale. Médecine au service du droit, la médecine légale intervient chaque fois qu'une question relevant de la compétence se pose aux autorités juridiques et judiciaires. Le médecin légiste intervient sur demande d'un magistrat ou d'une autre autorité et son avis, théoriquement limité à des questions techniques, ne lie pas le juge. Il reste que, face à une preuve expertale quasi certaine, l'autorité qu'il exerce s'avère souvent bien supérieure¹⁵.

Ce dossier porte sur l'expertise scientifique en justice d'un point de vue praxéologique. Ce sont les modes pratiques de production des vérités scientifique et juridique, quand ils trouvent à se croiser dans l'enceinte judiciaire, que l'on veut explorer. La praxéologie du droit est cette démarche qui s'intéresse aux pratiques juridiques et judiciaires en elles-mêmes et pour elles-mêmes, plutôt que comme ressources explicatives de schèmes généraux et abstraits. L'ethnométhodologie et l'analyse de conversation se situent dans cette perspective. L'enquête praxéologique sur le droit a déjà fait l'objet d'un dossier dans cette même revue¹⁶. On renverra le lecteur à ce volume pour une présentation de la démarche et un échantillon de recherches conduites dans cette perspective¹⁷.

La démarche praxéologique s'intéresse depuis longtemps à l'activité en contexte. Dès les années 1970, Garfinkel a proposé un programme d'étude ethnométhodologique du travail qui visait à explorer ce « quelque chose qui manque » des études analytiques des métiers et professions. « En bref, il considérait que les sociologues étudiant les différents métiers et sciences de l'action pratique exploraient de manière typique les aspects "sociaux" de,

15. Michel BENEZECH, « Médecine légale », in Loïc CADIEP (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, op. cit.

16. « Le droit en action et en contexte. Ethnométhodologie et analyse de conversation dans la recherche juridique », dossier coordonné par Baudouin Dupret, *Droit et Société*, 48, 2001.

17. Cf. également J. Maxwell ATKINSON et Paul DREW, *Order in Court : The Organization of Verbal Interaction in Courtroom Settings*, Londres, Macmillan, 1979 ; Martha KOMTER, *Dilemmas in the Courtroom : A Study of Trials of Violent Crime in the Netherlands*, Mahwah, Lawrence Erlbaum Associates, 1998 ; Gregory MATOESIAN, *Reproducing Rape : Domination Through Talk in the Courtroom*, Chicago, University of Chicago Press, 1993 ; ID., *Law and the Language of Identity : Discourse in the William Kennedy Smith Rape Trial*, New York, Oxford University Press, 2001 ; Douglas W. MAYNARD, *Inside Plea Bargaining : The Language of Negotiation*, New York, Plenum Press, 1984 ; Melvin POLLNER, *Mundane Reason : Reality in Everyday and Sociological Discourse*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987 ; Max TRAVERS et John F. MANZO (eds.), *Law in Action : Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Aldershot, Dartmouth/Ashgate, 1997 ; Baudouin DUPRET, « Sociologie pragmatique », in Loïc CADIEP (dir.) *Dictionnaire de la Justice*, op. cit. ; Baudouin DUPRET, *Le Jugement en action. Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Genève, Droz, 2005.

par exemple, la musique, sans s'intéresser aux façons qu'ont les musiciens de jouer de la musique ensemble. De manière semblable, quand ils explorent les activités des professions juridiques, les sociologues tendent à décrire différentes influences "sociales" sur la croissance et le développement des institutions juridiques, tout en prenant pour acquis le fait que les juristes écrivent des brevets, présentent des cas, interrogent des témoins et s'engagent dans un raisonnement juridique. Par contraste, disait Garfinkel, l'ethnométhodologie explore les compétences de travail par lesquelles les musiciens font de la musique ensemble ou les juristes conduisent un argumentaire juridique, dans des actions produites et coordonnées collaborativement et en tant que telles »¹⁸.

Il s'agit donc de saisir la production de l'expertise scientifique en contexte judiciaire comme une activité organisée localement, comme un travail pratique et situé. En d'autres mots, la démarche praxéologique vise à examiner le matériau empirique, détaillé et accessible, qui permet de décrire la construction et la déconstruction discursive de la réalité scientifique en tant qu'objet et moyen d'administration de la justice¹⁹. On remarque de la sorte que jugement et expertise relèvent de pratiques d'imputation orientées vers une finalité pratique au cours desquelles sont menées des évaluations de conduites et de croyances. Si l'on prend le seul diagnostic psychiatrique, on voit ainsi comment « la détermination des maladies mentales dépend des façons par lesquelles le fonctionnement d'un milieu professionnel fournit ses propres possibilités d'examiner et de juger, en ce comprises les façons de faciliter la présentation des candidats patients et d'en rendre compte »²⁰. En ce sens, le diagnostic psychiatrique est un moyen à usage pragmatique dans la décision d'internement et de traitement, pour laquelle il sert d'indicateur général.

Saisi de questions scientifiques, le droit est amené à produire « des définitions situationnellement spécifiques de phénomènes scientifiques et probabilistes, ainsi que des méthodes pour rapporter des résultats "scientifiques", lesquels sont liés à la conception que les tribunaux ont des capacités des jurés à comprendre les preuves scientifiques et mathématiques »²¹. Inversement, la science, quand elle doit « conseiller » la justice, est conduite à produire son expertise dans un langage qui puisse être compris par le droit et, le cas échéant, transformé en droit, tout en ne renonçant pas à sa prétention à la scientificité. Les croisements de la science et du droit ne peuvent dès lors se comprendre et s'expliquer en dehors du cadre situé de

18. Michael LYNCH, *Scientific Practice and Ordinary Action : Ethnomethodology and Social Studies of Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 113-114.

19. Michael LYNCH et Sheila JASANOFF, « Contested Identities : Science, Law, and Forensic Practice », *Social Studies of Science*, 28 (5/6), 1998, p. 675-686 (p. 675).

20. Jeff COULTER, *The Social Construction of Mind*, Houndmills, Londres, Macmillan, 1979, p. 147.

21. Michael LYNCH et Ruth McNALLY, « Science, Common Sense and common law : Courtroom Inquiries and the Public Understanding of Science », *Social Epistemology*, 13 (2), 1999, p. 183-196 (p. 194).

leur accomplissement, en fonction des finalités propres à chacun des actes qui sont posés dans cette perspective, dans le détail de leur déploiement pratique et différencié d'un contexte à l'autre. Comme le souligne Michael Lynch²², les pertinences scientifiques sont multiples. De ce point de vue, il importe tout d'abord de rendre compte du fait que, le plus souvent, c'est sous la forme d'un rapport ou d'un témoignage que l'expertise intervient. Chacune de ces deux formes est spécifique, tout comme le sont leurs modes de déploiement. Le témoignage, en général, a fait l'objet de nombreux travaux praxéologiques²³ dont ressort, entre autres choses, l'extrême importance de l'établissement de la crédibilité de l'expert et de sa production interactionnelle. M. Lynch²⁴ parle de la crédibilité comme d'un substitut à la vérité. À côté de l'interrogatoire, qui est « une production réflexive vulnérable aux modes immanents de "déconstruction pratique" »²⁵, le rapport d'expertise apparaît lui aussi comme « un produit routinier de méthodes conventionnelles de raisonnement et de compréhension », et non comme « la correspondance "objective" ou décontextualisée d'un rapport et d'un événement véritable et observable »²⁶.

Ce dossier regroupe cinq articles. Le premier (Baudouin Dupret) s'intéresse à ces formes de véridiction distinctes que sont la science et le droit pour montrer comment leur formulation respective ne peut être généralisée, mais dépend au contraire largement de leur contexte d'énonciation. Le deuxième (Michael Lynch et Ruth McNally) porte sur le travail de démarcation de la science et du sens commun auquel procèdent les tribunaux et décrit certaines des voies spécifiques que peut prendre la compréhension publique de la science. Le troisième (Luisa Zappulli) s'attache à observer en

22. Michael LYNCH, « The Discursive Production of Uncertainty : The OJ Simpson "Dream Team" and the Sociology of Knowledge Machine », *Social Studies of Science*, 28 (5/6), 1998, p. 829-868 (p. 848).

23. J. Maxwell ATKINSON et Paul DREW, *Order in Court : The Organization of Verbal Interaction in Courtroom Settings*, *op. cit.* ; Michael LYNCH et David BOGEN, *The Spectacle of History : Speech, Text, and Memory at the Iran-contra Hearings*, Durham, Duke University Press, 1996 ; Marco JACQUEMET, *Credibility in Court : Communicative Practices in the Camora Trials*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 ; Gregory MATOESIAN, *Law and the Language of Identity : Discourse in the William Kennedy Smith Rape Trial*, *op. cit.*

24. Michael LYNCH, « The Discursive Production of Uncertainty : The OJ Simpson "Dream Team" and the Sociology of Knowledge Machine », *op. cit.*, p. 838.

25. Michael LYNCH et David BOGEN, *The Spectacle of History : Speech, Text, and Memory at the Iran-contra Hearings*, *op. cit.*, p. 152. Pour Sheila JASANOFF (*Science at the Bar : Law, Science, and Technology in America*, *op. cit.*, p. 49), « les guides pratiques sur le témoignage expert, qui ont proliféré dans les revues professionnelles, montrent que les prétendus experts sont bien conscients des occasions permettant de cadrer stratégiquement le témoignage dans un contexte juridique. Un guide pour les ingénieurs enseigne à ses lecteurs les propos suivants : "Votre présentation du témoignage doit normalement suivre l'une des deux méthodes suivantes. L'une vise à mettre en avant toutes les preuves influençant l'affaire. L'autre consiste à garder à couvert certaines preuves non essentielles qui seraient dommageables pour la partie adverse, anticipant ainsi le fait que l'avocat adverse 'mordra à l'hameçon' et le demandera durant le contre-interrogatoire [...]. Cette introduction différée renforce efficacement votre témoignage et diminue la propension de l'avocat adverse à questionner plus avant" ».

26. Sheila JASANOFF, *Science at the Bar : Law, Science, and Technology in America*, *op. cit.*, p. 176.

contexte l'activité du procureur et du médecin légiste qui collaborent à la production d'une explication scientifique des faits dans le but de leur qualification juridique. Le quatrième (James Holstein) et le cinquième (Gregory Matoesian) portent tous deux sur l'interrogatoire du témoin expert devant des tribunaux nord-américains et procèdent à la description fine des modalités interactionnelles de la production de l'expertise.

Dans ces contributions, les questions esquissées dans cette introduction sont abordées sous différents angles. La problématique de l'expertise en droit est traitée dans le contexte de juridictions nord-américaines, britannique, égyptienne et italienne, ce qui permet d'observer aussi bien des points de convergence dans les usages juridiques de la science que des points de démarcation tenant, entre autres choses, à l'observance de procédures différentes. Ces articles traitent aussi de documents différents, tels le jugement, le rapport d'expertise ou le témoignage, ce qui permet de souligner la nature spécifique et complexe de chacun de ceux-ci, leur orientation vers l'accomplissement de tâches pratiques variées et leur inscription à des niveaux multiples de la séquence judiciaire. On peut également remarquer que ces contributions ont en commun de traiter l'activité juridique comme un produit social inscrit dans des contraintes qui, si elles sont tenues pour subjectives par l'analyste, n'en apparaissent pas moins objectives aux acteurs engagés dans la performance de cette activité. Ils manifestent de la sorte la nécessité de prendre au sérieux le droit, la science, leurs catégories et les procédures de leur accomplissement à partir d'un matériau qui soit à même de rendre compte des modalités pratiques et contextuelles de leur production.