

Introduction

Florian ALLAIN, Mathilde AMIAUD et Éloïse PETIT-PRÉVOST-WEYGAND

À n'en pas douter, l'incertitude résonne avec un écho particulièrement actuel dans la société. Depuis le mois de mars 2020, la pandémie de Covid-19 a mis en lumière à quel point les domaines environnementaux et humains ont été bouleversés par la propagation d'un virus inconnu. L'évolution des technologies, le progrès scientifique, les changements climatiques ou le vieillissement de la population font naître un certain nombre de situations inédites dont les conséquences, parfois imprévisibles, s'efforcent d'être régulées. Régissant par nature les rapports entre les Hommes, le droit est nécessairement confronté à l'incertitude qui en découle. Les manifestations de l'incertitude en droit sont toutefois variées et ne font l'objet d'aucune catégorisation. Dès lors, le sujet interroge : quelle(s) connexion(s) établir entre droit et incertitude ?

Du latin *incertitudinem*, l'incertitude – ou incertainté dira-t-on au XVI^e siècle – désigne le caractère de ce qui n'est pas certain, tout autant que l'état d'une personne qui n'est pas certaine, qui n'est pas sûre¹. D'une façon plus générale, l'incertitude correspond à ce qui est incertain. Tautologique, cette définition n'aide pas à circonscrire la notion. Elle se précise toutefois lorsqu'on s'intéresse à celle de l'incertain. Selon les circonstances, ce terme désigne le caractère de ce qui n'est pas identifiable avec précision, ou encore de ce qui n'est pas stable, de ce qui n'est pas affirmé. Ces indices renvoient, par extension, au champ de l'imprévisible ou de l'hésitation². De ces différentes acceptions, il est permis de considérer que l'incertain désigne communément « ce qui peut être mis en doute³ ». Incertitude et doute entretiennent des liens étroits et interdépendants, en ce que la première est source de doute, doute n'étant lui-même concevable qu'en raison de l'incertitude qui le précède. Ils se distinguent, toutefois, dans la mesure où ces deux notions ne sont pas synonymes : tandis que le doute renvoie à une faculté humaine de penser, l'incertitude évoque davantage un état de fait qui peut trouver une signification en droit. La notion d'incertitude mérite donc qu'on lui consacre une analyse à part entière.

1. Définition d'incertitude, [<https://www.cnrtl.fr/etymologie/incertitude>], consulté le 10 octobre 2023.

2. Définition d'incertain, [<https://www.cnrtl.fr/definition/incertain>], consulté le 10 octobre 2023.

3. *Ibid.*

Alors que plusieurs études ont été consacrées au doute en droit⁴, l'intérêt pour l'incertitude est plus récent⁵. Sans aller jusqu'à considérer que l'incertitude constitue un impensé juridique, on peut constater que le traitement de cette notion fait le plus souvent l'objet d'une transposition, d'une transformation, afin d'être envisagée en droit. Elle est, en d'autres termes, rarement envisagée *per se*. Les notions d'« imprévisibilité » ou d'« irrésistibilité » sont en effet bien connues des juristes et convoquent, en cherchant à l'appréhender, la notion d'incertitude⁶. Par ailleurs, il faut noter l'importance du traitement du principe de précaution dans diverses branches du droit qui peut être rapproché, à bien des égards, du mouvement d'incertitude⁷. En outre, l'incertitude est parfois perçue comme une conséquence d'une situation troublée et renvoie indirectement à la notion de sécurité⁸. En théorisant la sortie de l'état de nature, Hobbes ne cherchait-il pas à diminuer le degré d'incertitude quant à l'état de sécurité des Hommes ? Pourtant, lorsqu'elle retient l'attention des auteurs, la question des rapports entre droit et incertitude est le plus souvent envisagée sous un angle particulier ou dans une matière spécifique, empêchant l'adoption d'une approche systémique. Dès lors, on peut regretter l'éclairage que pourrait offrir une telle méthode.

En envisageant d'analyser les interactions entretenues entre le droit et l'incertitude, la présente étude se veut générale et ce, à deux égards. D'une part, quant

4. TERRÉ François (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994 ; NAGOUAS-GUÉRIN Marie-Cécile, *Le doute en matière pénale*, Paris, Dalloz, 2002 ; CESARO Jean-François, *Le doute en droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003. Une journée d'étude consacrée au « doute en droit » a également été organisée le 27 novembre 2020 à la faculté Jean Monnet de droit, d'économie et de gestion de l'université Paris-Saclay.

5. On peut souligner l'existence d'une étude menée sous l'égide de la Cour de cassation, de l'École nationale supérieure de sécurité sociale, de l'Institut des hautes études sur la justice et de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation en 2008 qui offre une approche intéressante de l'incertitude saisie par le droit de l'indemnisation et par la jurisprudence de la Cour de cassation : BORGETTO Michel, GARAPON Antoine, HEUZÉ Vincent, MUIR-WATT Horatia et PINAULT Michel (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Paris, Dalloz, 2008. Celle-ci demeure néanmoins circonscrite à une branche et à un contentieux précis. Plus récemment, voir par exemple la thèse en droit de Sandra ROUSSO, *L'incertitude et le droit de l'environnement. L'exemple du risque nucléaire*, sous la direction de Pascale Steichen soutenue le 6 mai 2021 à l'université de Nice Côte d'Azur ou encore celle de Bastien ALIDOR relative à *L'incertitude et le contrat en droit privé*, sous la direction de Didier Krajewski, soutenue à l'université de Toulouse Capitole en 2019. De manière plus édulcorée, voir l'étude dirigée par Julie TRIBOLO, *Défiance, doute, incertitude. Quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes*, publiée chez l'Harmattan en 2019, mêlant trois notions différentes. On peut noter que la doctrine pénaliste s'est, *a contrario*, penchée sur la notion de certitude (INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *Peine, dangerosité. Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, 2010) qui se rapproche de celle de vérité : KOSKAS Michael (dir.), *Droit et vérité*, Paris, Lextenso, 2020 ; BAUD Marie-Sophie, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les États-Unis*, Paris, LGDJ, 2022.

6. Voir notamment HEINICH Julia, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015.

7. Voir GOSSEMENT Arnaud, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Paris, l'Harmattan, 2003 ; CAZALA Julien, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Anthemis, 2006 ; FANTONI-QUINTON Sophie et SAISON-DEMARS Johanne (dir.), *Le principe de précaution face à l'incertitude scientifique. L'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire*, rapport de recherche, université de Lille 2, 2016. En droit privé et sciences criminelles, voir AH-THION Oona, *Contribution à l'étude du principe de précaution en droit pénal et politique criminelle*, Paris, université Panthéon-Sorbonne – Paris 1, 2014.

8. Voir AFROUKH Mustapha, MAUBERNARD Christophe et VIAL Claire (dir.), *La sécurité : mutations et incertitudes*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2019.

au champ d'analyse choisi. En effet, il s'agit de s'intéresser à toutes les branches du droit confondues. Du droit civil au droit administratif en passant par le droit constitutionnel et le droit international, le choix a été fait de ne pas se cantonner à un domaine particulier. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, qui nécessiterait, vainement, une étude bien plus vaste, l'amplitude du champ des recherches vise à embrasser une démarche d'instruction poussée de la manière dont est appréhendée l'incertitude en droit. La méthode choisie entend de ce fait participer à la conceptualisation d'une notion non juridique et pour le moins abstraite. En effet, et d'autre part, cette étude se veut générale du point de vue de ses finalités. Elle vise à adopter une approche tant théorique que pratique. Ainsi, il s'agira tout autant de déterminer, dans le cadre d'une démarche conceptuelle, les méthodes d'appréhension de l'incertitude en droit, que d'établir la diversité de ses manifestations.

Selon une première approche, la question des liens entre droit et incertitude peut être analysée comme l'appréhension, par le droit, de l'incertitude. En effet, le droit est enclin à fonder l'objet de certains mécanismes sur l'incertitude des faits. Autrement dit, le droit peut-il tout prévoir ? Par exemple, le cas de force majeure – envisagé dans sa dimension d'événement imprévisible – ou la présomption – qui consiste pour la loi ou le juge à tirer une conséquence d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier –, sont des mécanismes qui convoquent l'idée d'incertitude. Ils trouvent à s'appliquer à l'occasion de faits ou d'événements dont la survenance ou la réalité, précisément, est incertaine. Prenons encore un exemple tiré du droit pénal, où l'incertitude apparaît comme un élément intrinsèque à la recherche de la vérité au cours du procès et justifie la mise en œuvre de règles procédurales spécifiques en vue de gérer une telle incertitude⁹. Cette inclination du droit à se faire le remède en cas d'incertitude factuelle peut encore être illustrée à travers le cas très spécifique du marché de l'art et à l'égard duquel « le droit tente d'apporter des certitudes relatives nécessaires pour générer de la confiance, condition *sine qua non* à la pérennité de tout marché économique¹⁰ ». Au-delà d'attacher des conséquences juridiques à des situations d'incertitude factuelle, n'est-il pas permis, dans une perspective plus générale, de considérer que le droit fait de l'appréhension de l'incertitude l'une de ses finalités principales ? En effet, le droit n'est-il pas, par nature, hostile à l'incertitude ? La règle de droit n'est-elle pas intrinsèquement pourvoyeuse de certitude dès lors que, compte tenu de son caractère général et prévisible, elle organise par avance les conséquences juridiques qui doivent être attachées aux faits qui déclenchent son application ? Aussi en faisant de la sécurité juridique un idéal de cohérence et de stabilité, l'un des objets du droit n'est-il pas, précisément, de chasser l'incertitude¹¹ ? Sous cet angle, le droit pourrait ainsi être perçu comme un « outil de gestion » de l'incertitude, en se donnant pour finalité majeure la volonté de se prémunir contre l'incertitude, à tel point d'ailleurs que, pour certains, le juriste ferait de

9. Voir la contribution de Marion Giroud et Pauline Herrard et, dans le même sens, la contribution de Benjamin Thibaudeau dans cet ouvrage.

10. Voir la contribution de Ronan Bretel dans cet ouvrage.

11. Voir la contribution de Arié Lévy dans cet ouvrage.

cette quête de certitude – ou plutôt de cette chasse de l'incertitude – une véritable « passion¹² ». De ces éléments, faudrait-il, dès lors, en tirer que le droit échappe à tout état d'incertitude ?

Selon une seconde approche, la question des liens entre droit et incertitude conduit à explorer l'appréhension par le droit de sa propre incertitude. S'il a vocation à agir comme un remède à l'incertitude, le droit doit aussi parfois se positionner face à ses propres doutes, devenant ainsi lui-même source d'incertitude. Ce rapport entre droit et incertitude paraît d'ailleurs se manifester sous divers aspects. Dans certains cas, l'incertitude paraît inhérente à la qualité des normes. Ainsi le juriste peut être amené à s'interroger sur l'existence même de certaines catégories juridiques. En témoignent, par exemple, les discussions autour de la notion de contrat de service en droit des contrats¹³, ou l'audacieuse tentative de questionnement de la distinction entre les biens meubles et immeubles en droit civil des biens¹⁴. Sans aller jusqu'à interroger l'existence ou la pertinence de certaines notions ou distinctions, c'est parfois l'efficacité des mécanismes juridiques qui laisse perplexe et, partant, fait naître l'incertitude quant à la qualité de la norme¹⁵. L'incertitude peut encore se manifester au moment de la mise en œuvre de la règle de droit. Une telle incertitude est d'ailleurs le propre de tout litige. En ce sens, l'exercice d'une action en justice est, par nature, toujours incertain¹⁶. Au-delà de constituer une « situation d'incertitude juridique¹⁷ » pour les parties, le litige peut encore être source d'incertitude pour le juge. En effet, le travail d'interprétation auquel ce dernier peut devoir se livrer, au regard des faits qui lui sont soumis, ne doit-il pas être regardé comme un signe de l'inaptitude du droit à prévoir et organiser des conséquences juridiques en toutes circonstances ? La mise en œuvre de la règle de droit peut encore être rendue incertaine en raison de certaines difficultés probatoires. L'évaluation des dommages, en droit international, en est un exemple¹⁸. Le recours aux preuves scientifiques semble également être une illustration particulièrement marquante de ce phénomène : l'évolution constante des sciences dures place effectivement le juge dans une situation incertaine lorsqu'il s'agit de trancher un différend à la lumière de preuves scientifiques mouvantes¹⁹. Indéniablement, il résulte de ces exemples que si le droit peut être un remède à l'incertitude, il paraît également en constituer une source.

À l'issue de ces observations, il ressort que les liens qu'entretiennent le droit et l'incertitude semblent être de deux ordres : ceux-ci recouvreraient, d'un côté, l'appréhension de l'incertitude par le droit et, de l'autre, l'appréhension par le droit de sa propre incertitude. Il convient toutefois de relativiser une telle distinction.

12. Contribution de Louis Hill.

13. Contribution de Sabrina Conte.

14. Contribution de Tao Hoeffner.

15. Voir les contributions de Jean-Christophe Cervantès et de Pierre Klimt.

16. Voir la contribution de Florence Ittah.

17. CADJET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 6, p. 4. Ces auteurs définissent le litige comme « une situation d'incertitude juridique, née le plus souvent d'un conflit potentiel d'intérêts, pouvant donner lieu à une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause ».

18. Voir la contribution d'Agathe Niveau dans cet ouvrage.

19. Voir les contributions de Gabriel Stettler et de Tiphaine Demaria dans cet ouvrage.

La cloison entre ces deux composantes est en effet moins étanche qu'elle n'y paraît, car l'analyse des diverses contributions met en exergue le fait que dans certains cas le droit, en quête de certitude, se révèle finalement ou simultanément être une source d'incertitude²⁰. C'est donc par le biais d'une autre approche qu'il a fallu envisager la question de savoir si, et comment l'incertitude peut-elle être appréhendée en droit.

Dans cette optique se sont imposés des regroupements fondés sur quatre critères. Tout d'abord, l'appréhension de l'incertitude en matière juridique peut s'opérer sur le fondement d'un regroupement par branche du droit. L'incertitude peut ainsi être envisagée tour à tour par le prisme du droit civil, du droit de la consommation, du droit pénal, du droit administratif, du droit constitutionnel ou encore du droit international. L'appréhension de l'incertitude peut encore s'effectuer en s'appuyant sur l'objet de l'incertitude, selon qu'elle concerne, par exemple, l'existence ou la pertinence d'une notion juridique elle-même, ou encore la mise en œuvre d'une règle de droit. En troisième lieu, l'incertitude peut être envisagée au regard des outils fournis par le droit en vue de l'appréhender. Ainsi les règles procédurales, l'expertise ou encore, par exemple, le recours à la preuve, peuvent être regardés comme des outils destinés à gérer et combattre l'incertitude. À cet égard, l'étude permettra de démontrer que la pertinence de certains outils peut être relativisée. Enfin, l'appréhension de l'incertitude en droit peut s'opérer par le biais d'éléments permettant sa conceptualisation afin, notamment, de tenter d'en établir les traits caractéristiques en la matière.

20. Voir les contributions de Florence Ittah, Cécile Goubault-Larrecq et Arié Lévy dans cet ouvrage qui démontrent ce phénomène.