

PAR DOMINIQUE BOURG



université de Lausanne

Un principe **légitime** et fondamental, d'application **exceptionnelle**

ET ALAIN PAPAUX



université de Lausanne

Lorsqu'un risque de dommage, bien qu'incertain en l'état des connaissances scientifiques, menace de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées. Le principe de précaution souligne ainsi que l'individu appartient au collectif. C'est un principe légitime et fondamental, mais aux cas d'application relativement exceptionnels.

■ Le principe de précaution est la transcription, en droit positif, de l'idée selon laquelle, face à des dommages potentiellement graves et irréversibles, et cela dans un contexte d'incertitude scientifique, il convient de prévenir le danger sans attendre d'avoir levé cette incertitude. Sans attendre car, face à certains risques, relevant de l'environnement ou de la santé, l'attente peut se révéler fatale. Après l'éclatement en Grande-Bretagne de l'affaire de l'encéphalopathie spongiforme

bovine, dite affaire de la vache folle, on finit par craindre l'explosion d'une forme nouvelle de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, et on estima durant un temps jusqu'à un million le nombre de victimes potentielles en Europe. Cette affaire est exemplaire de la précaution, et du rapport au temps qui lui est essentiel. D'un côté, il était question de possibles dommages graves et irréversibles, puisque cette maladie neuro-dégénérative est incurable et mortelle. De l'autre, nous étions confrontés à une véritable incertitude scientifique, et donc à un défaut de connaissances. C'est en fait un nouveau pan du réel qui se dévoilait puisqu'une protéine, le prion, apparaissait pour la première fois infectieuse ; en outre, nous ne connaissons alors pas exactement la manière dont cette maladie pouvait se diffuser à partir des produits tirés des animaux infectés, ni par principe le décompte mortel final. Il y avait donc une incertitude tant théorique que pratique qui rendait extrêmement délicates les parades possibles ; et dans le même temps l'inaction paraissait lourde de conséquences sanitaires. Il était donc opportun d'agir en dépit de ces incertitudes.

Dans l'affaire de la vache folle, il était opportun d'agir en dépit des incertitudes

REPÈRES

Le concept juridique de « principe de précaution » est consacré dans les textes juridiques depuis les années 1970 en Allemagne sous la dénomination de *Vorsorgeprinzip*. La logique de précaution a connu des applications antérieures, en droit américain notamment, dès les années 1960. L'expression allemande contient aussi bien la prévention que la précaution. Les textes internationaux qui suivirent distinguèrent plus clairement les deux acceptions de cette prudence moderne, lucidité dont fit preuve également la législation française laquelle, sans définir le principe, en livre les conditions d'application. L'interprétation actuelle du principe connaît une rechute, accentuant jusqu'à la sottise la confusion entre prévention et précaution. Le principe est sommé de régir des situations nullement pénétrées d'incertitude scientifique ou ne présentant aucun enjeu d'environnement ou de santé publique.



Un constat inquiétant

L'Agence européenne de l'environnement a recensé il y a une dizaine d'années quatorze cas où, faute d'avoir voulu entendre les signaux précoces et autres indices dans les domaines sanitaires ou environnementaux, nous nous sommes condamnés à constater une dégradation importante du milieu ou de l'état de santé de la population. Outre l'amiante, il était notamment question des ressources halieutiques (pêche), de la contamination chimique des grands lacs, de la couche d'ozone, etc. La précaution apparaît ainsi comme une réponse à de grands problèmes écologiques ou sanitaires découverts à compter de la seconde moitié du xx^e siècle.

Graves et irréversibles

L'usage légitime du principe de précaution requiert des conditions et des modalités d'application exigeantes. D'où le caractère limité de ses applications possibles. Deux conditions doivent en premier lieu être satisfaites pour un recours légitime au principe. La première concerne la qualité des dommages redoutés : ils doivent pouvoir être qualifiés de « graves et irréversibles ». La seconde concerne les connaissances mobilisées : la réalisation des dommages ne doit pas simplement être incertaine, ce qui est le cas pour n'importe quel risque, mais renvoyer à un défaut de connaissances scientifiques.

« Graves » et « irréversibles » sont ici indissociables. Les dommages dont il s'agit sont à la fois importants et irréparables ; il en irait tout autrement s'ils étaient soit l'un, soit l'autre. Il

Incertitude et prévention

L'emploi de deux méthodologies différentes d'analyse du caractère comestible d'huîtres peut donner des résultats contradictoires. L'infirmité *a posteriori* de l'un de ces résultats n'apportera aucune connaissance nouvelle sur les huîtres et les maladies qui les affectent. Il s'agit d'une incertitude technique. Décider qu'il vaut mieux interdire la consommation des huîtres en question, même si une seule des méthodes conclut à un danger, relève de la simple prévention.

est en revanche plus difficile de comprendre en quoi l'incertitude scientifique diffère de l'incertitude technique, policière, politique, diplomatique, etc. L'incertitude est une caractéristique générale de nos existences, pour autant qu'on porte le regard au-delà des conséquences immédiates de nos actions. L'incertitude scientifique n'en reste pas moins un phénomène rare. Il y a incertitude scientifique en matière de risque quand on ne comprend pas (ou très partiellement) un phénomène ; *a posteriori*, la réalisation du dommage ou sa compréhension dévoilent un phénomène nouveau, jusqu'alors inconnu.

Évaluer les connaissances

La mise en œuvre du principe de précaution appelle des modalités non moins contraignantes. Les premières concernent l'évaluation préalable des connaissances ; les secondes, la mise en œuvre *stricto sensu* de précaution. La première étape de la mise en œuvre du principe réside en un état des lieux des connaissances disponibles. Pour balayer les possibles, l'expertise doit être transdisciplinaire. Confier, par exemple, l'expertise de tel OGM exclusivement à des généticiens moléculaires serait absurde, puisque ce seul niveau de connaissances ne permet pas de comprendre ce qui peut se produire sur les plans agronomique et écosystémique. La contribution de biologistes de l'évolution, d'entomologistes, d'écologues, etc., est nécessaire à une évaluation plausible des risques.

Des mesures provisoires

La seconde étape consiste en l'adoption de mesures destinées à réduire le risque. Ces mesures doivent être « provisoires et proportionnées ».

Il est difficile de revenir sur l'adjectif « provisoire », « révisable » serait préférable. « Provisoire » suppose que l'on puisse systématiquement éradiquer l'incertitude, ce qui est une illusion. Cet adjectif induit encore la tentation de déterminer la durée du provisoire. On peut comprendre la raison, à savoir ne pas prolonger indéfiniment des mesures d'urgence insuffisamment fondées et très douloureuses pour certains acteurs économiques. Que l'on songe à l'effondrement de la consommation de viande bovine au plus fort de la crise de la vache folle. C'est une des difficultés posées par la mise en œuvre du principe.

Pour balayer les possibles, l'expertise doit être transdisciplinaire

Un principe de politique publique

Au-delà de l'évaluation des connaissances à un moment donné, il convient de souligner l'importance de l'évolution de ces connaissances. Moins l'ignorance est grande et plus les mesures de réduction du risque sont efficaces. Le principe de précaution est un principe de politique publique, que seule une autorité publique dotée de moyens importants peut mettre en œuvre.

- L'adjectif « révisable » renvoie en revanche à la dynamique des connaissances propres aux situations d'incertitude ; il exprime la nécessité pour les autorités publiques de réexaminer les mesures de protection adoptées à la lumière de l'évolution des connaissances, de l'espoir raisonnable de leur efficacité et du refus de l'arbitraire.

Des mesures proportionnées

Le second qualificatif, « proportionnées », est capital. Il convient en premier lieu de proportionner les mesures à la qualité générale du risque. Le moratoire a, par exemple, un sens (socialement) par rapport à un type particulier de plante génétiquement modifiée, mais n'en a aucun vis-à-vis de la téléphonie mobile. Il convient en second lieu de proportionner les mesures à la qualité du dossier scientifique. Paraîtrait arbitraire l'interdiction d'une substance quelconque au nom de la simple conjecture d'un chercheur isolé. Il conviendrait avant toute chose de chercher à éprouver une telle hypothèse.

Mesures et conséquences

Il est nécessaire de faire précéder toute application du principe par une comparaison des conséquences attendues des mesures envisagées et de l'absence d'action. L'arrêt momentané de la campagne de vaccination par les autorités publiques françaises contre l'hépatite B, pour les individus de plus de deux ans, du fait du risque de maladie neuro-dégénérative, eut des conséquences malencontreuses. Compte tenu de la mauvaise application de ladite campagne, à savoir la suspension générale de la vaccination, l'action de précaution conduisit à un net surcroît, de l'ordre de 10 000, du nombre d'hépatites B.

Le troisième sens possible de « proportionnées » renvoie à la nécessité de conformer les mesures au principe de la rationalité économique. Elle peut être exprimée en détournant de son sens le principe de l'esthétique leibnizienne : le maximum d'effet avec le minimum de moyens.

Les limites juridiques

Rendre raison des limites juridiques du principe se révèle décisif en ce qu'il s'agit d'un principe juridique précisément, distinct d'une politique de précaution. Celle-ci, défendable, relève toutefois d'un autre ordre, mais non des tribunaux.

Dans la pratique, seul un dommage matériel semble pour l'heure déclencher une intervention, excluant notamment tous les risques symboliques. Ceux-ci, qui affecteraient de grandes valeurs comme l'égalité, sans qu'il y ait à proprement parler de dommages matériels, ne relèvent pas d'une appréciation scientifique.

Il faut distinguer le plan du juste de celui du vrai, départ signant l'originalité même du principe de précaution. Le plan du vrai étant neutralisé par l'ignorance (fût-elle momentanée), à tout le moins l'incertitude, la nécessité ressentie de prendre une décision pour affronter le risque considéré ne peut trouver de justification que sur le plan du juste.

Cette considération d'épistémologie juridique échappe malheureusement à beaucoup de juristes, lesquels adoptent de surcroît une conception dépassée de la science. Celle-ci ne donne pas de certitude absolue. Elle est très largement « indiciaire », retenant le modèle le plus vraisemblable ou le plus pertinent.

L'innovation responsable

L'inscription du principe de précaution dans le bloc constitutionnel insufflé un esprit général de prudence à l'ensemble de la législation française. Elle dote les politiques publiques d'un principe général de retenue face aux innovations technoscientifiques tous azimuts, anticipant de plusieurs années le thème désormais omniprésent de « l'innovation responsable ». Cette attitude de retenue n'équivaut à de la technophobie que pour les esprits chagrins et malingres. Cette attitude induit une direction diffuse, diffusion autorisée par le rang constitutionnel, permettant un passage de la sphère juridique à la sphère politique. Dans chaque décision singulière (l'autorisation de telle subs-

La précaution ne saurait donner lieu à une application mécanique



© FB JUILLET 1999

Polluant la nature, l'homme se pollue lui-même.
Algues vertes sur la plage de Locquirec (29).

Des normes supérieures

La raison initiale et première de l'élévation constitutionnelle du principe de précaution relève de la volonté du chef de l'État d'alors, Jacques Chirac, de placer au plus haut des normes les grands principes du droit de l'environnement, à savoir les principes de prévention, de précaution et du pollueur-payeur, sans renvoyer à la loi, et de les transformer ainsi en principes d'application directe et en normes supérieures, à égalité avec les normes les plus élevées.

« Je proposerai d'inscrire le droit à l'environnement dans une charte adossée à la Constitution, aux côtés des droits de l'homme et des droits économiques et sociaux. [...] La protection de l'environnement deviendra un intérêt supérieur qui s'imposera aux lois ordinaires. »

tance, l'interdiction de telle activité technique), elle fait résonner le bien-vivre ensemble du jour et du futur ; elle réintroduit les questions technoscientifiques dans la politique.

Protéger notre milieu

Le principe de précaution participe en ce sens de la plus classique rationalité, en tant qu'incarnée, affirmant que l'individu n'est pas premier, que sa propre identité s'édifie à l'intérieur de la cité, du collectif. L'homme arrive

tard sur Terre, émergeant du milieu auquel il demeure intrinsèquement lié, *volens nolens* ; polluant la nature, il se pollue donc lui-même. Il convenait dès lors d'arrêter dans un texte au moins de même rang que les droits fondamentaux de l'individu ce droit reconnu au collectif, à la cité. Non pour contrer les premiers, mais pour finaliser l'homme au bien-vivre ensemble, c'est-à-dire l'exhausser à la qualité de citoyen.

Pas d'innovation sans garde-fou

La revendication à l'encontre du principe de précaution d'un droit sans limites à l'innovation a quelque chose d'éminemment dangereux au moment où nos techniques d'un côté deviennent hyperpuissantes, et de l'autre mettent à mal des valeurs comme l'égalité devant la maladie avec la fuite en avant technologique qui emporte les coûts de la santé et la viabilité des systèmes d'assurance maladie, etc.

Distinguer politique et principe

La plus grande amélioration envisageable du principe de précaution réside dans sa lecture et son application rigoureuse, distinguant nettement politique de précaution et principe de précaution. Le principe redeviendrait ce qu'il n'aurait jamais dû cesser d'être, à savoir un principe légitime et fondamental, mais aux cas d'application relativement exceptionnels. ■

**Un droit
sans limites
à l'innovation
à quelque chose
d'éminemment
dangereux**