

La nature juridique du principe de précaution

LAURENCE BOY

La question de l'environnement, ainsi que celle – qui en est le corollaire – du développement durable renvoient à des principes, plus ou moins réactivés ou nouveaux, de philosophie morale et politique qui sont à la base du droit. Toute la question est de savoir comment ces principes peuvent s'incarner dans celui-ci, condition pour qu'ils aient une réelle portée pratique. Cette question a été posée dans ces colonnes par un économiste à propos du principe de précaution. On lira ci-dessous une réponse de juriste. Le débat ne fait que commencer et il interpelle l'ensemble des disciplines scientifiques.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, on peut affirmer que la consécration substantielle du principe de précaution est relativement ancienne. Conscient que la science n'apporte pas de solution définitive aux questions posées, notamment en matière d'environnement, le législateur américain a introduit ce principe de façon informelle dans la plupart des lois des années 1970 (Bodansky, 1994). Le principe de précaution a ensuite été théorisé en Allemagne (*Vorsorgeprinzip*) avant d'être repris par la doctrine et les différents législateurs. Il apparaît formellement en droit dans la déclaration finale de la conférence de Stockholm (Kiss et Sicault, 1972)¹ avant d'entrer dans le droit positif communautaire avec l'article 130 R du Traité de l'Union européenne. Le principe est à nouveau énoncé sur un plan général dans la Déclaration de Rio, dont il constitue le « Principe 15 » (Kamto, 1993). En droit français, c'est la loi Barnier qui introduit dans le Code rural un article 200-1, selon lequel le principe de précaution notamment, inspire la protection, la mise en valeur, la restauration et la gestion de l'environnement. Le principe, né dans le droit de l'environnement, semble cependant aujourd'hui avoir un rayonnement plus large comme en témoignent les liens de mieux en mieux démontrés entre l'environnement et la santé (Cacciabue, Calame et Ranke, 1998). Le principe de précaution pourrait donc être appelé à connaître un essor spectaculaire partout où la prise de décision et la pesée des intérêts sont étroitement liées aux incertitudes scientifiques (Kiss, 1996)².

Les découvertes scientifiques et techniques permettent un accès croissant à la connaissance du vivant et, ainsi, une meilleure maîtrise des risques. Mais plus les savoirs progressent, plus surgissent des zones d'incertitudes et d'aléas dans la connaissance des liens complexes qu'entretiennent notamment les progrès scientifiques, l'environnement et la santé. Ce constat invite au moins à s'interroger sur les rapports entre la « science » et la notion de risque. Avec les progrès scientifiques, la science s'agrandit au sens où elle s'intéresse à des champs totalement nouveaux et où elle s'élargit à ceux qu'elle avait déjà abordés. La frontière entre le connu et l'inconnu s'allonge sans cesse. En

d'autres termes, « la science peut être aujourd'hui regardée comme un facteur de découverte des incertitudes » (Martin, 1990) et, ce faisant, de la recherche d'une plus ou moins grande maîtrise des incertitudes. Cette conscience de l'accroissement des incertitudes oblige à repenser la notion de risque. C'est elle qui a

LAURENCE BOY

Professeur à l'Unsa
Credeco, Upres-A 6043
CNRS/Inra
7, av. Robert Schuman
06050 Nice cedex 1, France

Abstract – The legal nature of the precautionary principle

It can be stated that, relatively speaking, the precautionary principle was firmly established some time ago. Conscious of the fact that science does not provide definitive solutions to some questions, particularly those asked on the subject of environment, the American legislature has invoked this principle informally in most laws proposed during the 1970's. The precautionary principle was subsequently developed as a theory in Germany (*Vorsorgeprinzip*) before being adopted doctrinally and by different legislators. The principle, born of environmental law, seems today to have a wider influence as can be demonstrated by the increasingly clear links established between the environment and health. The precautionary principle could well undergo a spectacular development wherever decision-making and weighing-up of interests are closely associated with scientific uncertainty. It is the awareness of scientific uncertainty that gave rise to the new precautionary principle. This explains, in a very logical way, how it has been seized upon by all the scientific disciplines, whether it be the so-called hard sciences or the social sciences such as sociology or economics which apply their own separate analytical approaches but which combine forces to apply the principle above all as a facilitator in the decision making process where it relates basically to public policy. This approach is without doubt of interest but it ignores the legal nature of the precautionary principle and therefore, not only the public and political measure of the principle but also and principally the private measure insofar as it may facilitate the settling of disputes between private parties. It is as legal experts, speaking from a specialist viewpoint, that we need to address the matter of the legal nature of the precautionary principle in order to review all its potentialities in the precise area of the law. It seems in fact that the nature of pluridisciplinary approach rests first and foremost on thorough investigation by each discipline of its own terms of reference. It is this preliminary effort preceding the pluridisciplinary research that is the subject of this modest inquiry. It is militant in intent as well, insofar as it hopes to shed light on the fact that the precautionary principle is recognised juridically as a genuine standard.

¹ À la suite de cette conférence, a été mise en place une structure institutionnelle souple mais permanente.

² A. Kiss observe que depuis le début des années quatre-vingt-dix, on a inséré le principe de précaution dans pratiquement tous les traités ayant une portée générale.

donné naissance à un nouveau principe, le principe de précaution. Ce principe peut en effet permettre de mettre un frein à la toute puissance d'une conception purement assurantielle et financière du risque. L'idée que la décision rationnelle pouvait fonder l'action sur un savoir préalable complet est aujourd'hui battue en brèche ; il est désormais bien établi que la connaissance est en constante construction (S. Gutwirth, 1996). Par ailleurs l'un des problèmes essentiels de nos jours concerne le financement de la recherche et, de ce fait son indépendance. La recherche a toujours eu besoin de financements importants. Un certain recul des pouvoirs publics pourrait signifier sa soumission toujours plus grande aux pouvoirs économiques privés et donc à une logique purement financière qui, elle aussi, appelle le principe de précaution.

Le principe de précaution traduit l'idée de « pilotage démocratique » (Latour, 1996), lequel rend indispensable l'institution de moments de répit, ainsi que des procédures pour temporiser. Il se veut un standard, une réponse à l'impossibilité de trouver des réponses scientifiques certaines aux nombreuses questions soulevées par le développement des sciences et des techniques. Cela explique très logiquement qu'il ait été « saisi » par l'ensemble des disciplines scientifiques, qu'il s'agisse des sciences dites dures³ ou des sciences sociales comme la sociologie et l'économie (Godard, 1997) qui, chacune, l'analyse avec ses propres outils, mais s'entendent toutes aussi pour y voir avant tout une aide au processus décisionnel relevant essentiellement du domaine des politiques publiques. Cette approche est indiscutablement intéressante mais néglige la nature juridique du principe de précaution et donc ses dimensions non seulement publiques et politiques mais aussi, et principalement « privées », au sens où ce principe peut permettre le règlement des différends entre acteurs privés. On se trouve ici face à un problème fréquemment rencontré dès lors que l'on tente d'adopter une démarche pluridisciplinaire ou transversale. Chaque chercheur extérieur au champ étudié – le politologue ou le sociologue, par exemple, – se prononce, en effet, en droit sur un concept pour le qualifier à l'intérieur d'une discipline qu'il ne connaît qu'imparfaitement. C'est donc en tant que juriste, situé à l'intérieur de sa propre discipline, que l'on doit tenter de répondre à la question de la nature juridique du principe de précaution pour en décliner toutes les potentialités dans le champ même du droit. Il nous semble, en effet, que la condition d'un travail pluridisciplinaire repose préalablement sur l'approfondissement par chacune des disciplines de ses propres catégories. C'est à ce travail préalable à une véritable pluridisciplinarité que répond ce modeste travail qui se veut aussi militant, en ce sens qu'il espère contribuer à démontrer que le principe de précaution est reconnu juridiquement comme un véritable standard.

La reconnaissance juridique du principe de précaution

L'accord se fait généralement pour admettre que le principe de précaution modifie les conditions de la

prise de décision (Martin, 1995 ; Rémond-Goullou, 1993 ; Godard). En revanche, alors que certains juristes affirment le caractère juridique de ce principe (Martin, 1995 ; Boy, 1997 ; Laudon, 1996 ; Bodansky et Haigh, 1994), d'autres, venus d'autres disciplines, lui dénie toute valeur juridique (Godard, 1998). Cette querelle sur la nature du principe de précaution mérite que l'on s'y attache tant les conséquences qui en découlent sont importantes. À cet égard, un effort de méthode s'impose et le juriste se doit de rappeler l'autonomie du système juridique s'il veut démontrer la juridicité de ce principe. La précaution n'est pas seulement un principe moral et politique. Elle est un véritable principe juridique.

Un principe moral et politique

Le recours au principe de précaution signifie que, face à des risques graves et irréversibles mais potentiels, les conditions de l'agir changent. Le principe de précaution signifie alors que l'absence de certitudes scientifiques ne doit pas retarder l'adoption de mesures qui auraient été jugées légitimes si de telles certitudes avaient été acquises. C'est dire qu'il ne se confond pas seulement avec une règle d'abstention, mais qu'il doit conduire à l'adoption de mesures de sauvegarde et de dispositifs d'accompagnement de l'action. Né du croisement de la science, du politique et du droit, ce principe, en raison même de l'incertitude qui en constitue le fondement, ne serait « qu'un principe moral et politique inscrit dans différents textes de droit international et interne » mais ne relèverait pas d'un statut juridique « qu'il n'a pas et n'est pas en mesure d'avoir » (Godard, 1997). On pourrait ainsi considérer que le principe de précaution relève avant tout de la morale dans la mesure où il ne ferait pas l'objet de sanctions reliées à l'autorité contraignante des pouvoirs publics et que son contenu est différent de celui de la règle juridique. D'abord l'idée de « principe » évoquerait a priori une définition nette et au contenu dépourvu d'ambiguïtés (Brèthe de la Gressaye et Laborde-Lacoste, 1993). Par ailleurs, en raison de son objet, le principe de précaution serait plus large que celui de la règle de droit (Ripert, 1949 ; Jestaz, 1983, 1990 ; Piaget, 1977). Il se préoccupe des devoirs de l'homme non seulement à l'égard des autres hommes, mais encore à l'égard de lui-même, voire de la nature ou des générations futures. Enfin, en raison de son objectif, la règle morale serait plus exigeante que la règle juridique (Hart et Law, 1963) de la même manière que le principe de précaution est plus exigeant que les règles de prévention. Le principe de précaution relèverait aussi du politique en ce sens qu'il ne serait que l'expression plus ou moins formalisée d'une politique nouvelle mise en place (Thoenig, 1989), en l'occurrence en ce qui concerne l'environnement, à partir des années 1960 (Prieur, 1991). Il ne serait qu'un instrument parmi d'autres de la politique poursuivie par les pouvoirs publics (Battifol, 1971 ; Debbasch et Pontier, 1995), mais n'aurait en lui-même aucune valeur juridique.

³ Elles cherchent à connaître les risques et à les mesurer.

On sait que le terme « principe » est polysémique dans le vocabulaire juridique, que ce soit dans la langue dans laquelle sont formulées les règles de droit positif ou dans la théorie du droit (Arnaud, 1988 ; Goyard-Fabre et Sève, 1993 ; Morange, 1997 ; Gaillard, 1991 ; Oppetit, 1987 ; Weil, 1983 ; De Béchillon, 1998). Derrière cette nébuleuse se cachent tantôt un simple « énoncé constatatif », tantôt un « énoncé de caractère axiomatique » (Kamto, 1993), tantôt une véritable norme juridique. Tant par ses sources que par son caractère vague, le principe de précaution n'aurait, selon certains, qu'une valeur « proclamatoire ». Telle est la position des États-Unis et du Canada dans l'affaire dite de la viande aux hormones. Les premiers y voient une simple « notion » qui peut varier selon le contexte, les seconds un « principe simplement émergent » (Boriachon et Tamburini-Bonnefoy, 1998).

S'il est vrai que la doctrine s'entend pour relever les difficultés qu'il y a à rendre obligatoire le principe de précaution, pour le traduire en véritable « action de précaution » (Bodansky et Haigh, 1994 ; Cameron, 1993), l'affirmation du caractère non juridique de ce principe nous semble cependant contestable en ce qu'elle méconnaît le critère de la juridicité. Elle repose, en effet, sur une vision longtemps dominante du droit, mais largement abandonnée de nos jours.

La juridicité du principe de précaution

Le principe de précaution ne serait pas du droit parce qu'il ne s'incarnerait pas dans des textes obligatoires. La violation de « ce principe ne peut pas donner corps à lui tout seul à une responsabilité pénale ni à des obligations juridiques particulières pour les membres de la société civile » (Godard, 1997). On aura reconnu là la thèse qui assimile le droit à la sanction coercitive. Or, si le critère du juridique est bien la sanction, il importe d'éviter le contresens trop souvent entretenu sur ce terme. En effet, par un glissement sémantique discutable, la doctrine juridique majoritaire et certains sociologues confondent la sanction avec la sanction répressive étatique. Une telle affirmation est fautive. Lorsque l'on dit que le critère du juridique est la sanction, il convient de prendre le mot sanction dans son sens substantiel, à savoir la prise en compte formelle de comportements par le droit. Cela signifie que si le droit est toujours sanctionné, il n'est pas toujours, loin de là, assorti de sanctions répressives (de la Pradelle, 1990 ; Miaille, 1977). De même que la sanction d'un examen réside dans le succès ou l'échec, la sanction juridique peut conduire à valider ou à invalider un acte juridique, par exemple. Il existe de ce point de vue un contresens profond sur la notion de juridicité de la part des disciplines étrangères au droit. Le plus souvent, sociologie, économie, etc. confondent droit et droit pénal. Si c'est la sanction qui caractérise donc tout système normatif qui a vocation à poser des normes de type « devoir-être » (Boy, 1998), cette sanction ne saurait cependant se confondre ni avec le droit pénal, ni avec le droit unilatéral impératif de type administratif. Faut-il rappeler aux juristes et aux non-

juristes qu'un contrat conclu volontairement entre deux parties est un acte juridique et engage en conséquence les parties ? Le droit n'est pas l'ordre public obligatoire. Il existe, à côté des lois impératives, des lois supplétives de volontés ainsi que des situations contractuelles, librement consenties, qui n'en sont pas moins obligatoires⁴ que la loi.

Il convient donc de montrer ce qui fait la spécificité du système juridique par rapport à d'autres systèmes (Teubner, 1995). La doctrine contemporaine se réfère désormais à la « juridicité » pour définir l'appartenance au système juridique (Carbonnier, 1994). Cela signifie que c'est l'éventualité du recours au juge ou à l'arbitre qui permet d'affirmer que telle norme de fait est en même temps une norme juridique ou ne l'est pas. C'est ainsi qu'un principe peut être considéré comme purement moral et politique ou, au contraire, être juridicisé par le juge qui acceptera de le sanctionner, au sens de sanction substantielle, au regard d'autres normes juridiques, opérant ainsi la clôture normative du système (Oppetit, 1979). Le recours au juge ou à l'arbitre permet de définir très exactement la forme de la sanction substantielle juridique. « Censé dire le droit et garantir par là la conformité des comportements et des normes aux règles juridiques ... le juge signale à coup sûr que la juridicisation a bien eu lieu et que l'on se trouve en présence d'une norme « patentée » (de Béchillon, 1997). La thèse de la non juridicité du principe de précaution, fondée sur son caractère imprécis ou indéterminé n'est donc nullement convaincante. Elle repose, en effet, sur une alternative entre ce qui serait le vrai droit – celui des textes durs et des codes – et le non droit ou faux droit inspiré de considérations extérieures à la discipline. La recherche de la juridicité du principe de précaution doit, au contraire, s'attacher à dévoiler la façon dont la règle de droit⁵ se saisit des incertitudes scientifiques pour leur donner un énoncé spécifique en droit afin de proposer un modèle d'action aux acteurs, l'anticipation, en quelque sorte, d'un modèle souhaitable.

Que le principe de précaution ne puisse donner corps, à lui seul, à une responsabilité pénale, nul ne le contestera. Cela ne résulte cependant pas de son absence de caractère juridique mais de la règle générale de la légalité des délits et des peines⁶. Face aux nécessités de la répression, le respect des libertés individuelles commande que ce soit la loi elle-même qui définisse strictement les éléments de l'infraction et les sanctions encourues. Le principe de précaution est, nous espérons le démontrer, un principe juridique comme en témoigne notamment la loi Barnier. Celle-ci définit la précaution comme le principe « selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable ». Si l'article 200-1 du Code rural confère à l'État le soin de veiller à l'environnement dans le respect d'un certain nombre de principes, dont celui de précaution, l'article 200-2 de ce même code, tout en reconnaissant le droit de chacun à un environnement sain, affirme la place des agents privés dans la protection de l'environnement. C'est

⁴ L'article 1134 du Code Civil pose le principe de l'effet obligatoire des conventions.

⁵ Qui est souvent règle d'origine jurisprudentielle et non légale.

⁶ Articles 111-2 et 111-3 du Code pénal.

ainsi que ce texte précise qu'« il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement. Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences ». Il faut en déduire que le principe de précaution s'applique non seulement à l'action du gouvernement et des autorités publiques, mais encore aux particuliers et industriels dont les pratiques risquent d'avoir un impact sur l'environnement ou sur la santé (Steichen, 1998). C'est dire que le juge est appelé à donner toute sa valeur juridique au principe en y faisant référence dans sa motivation. C'est ainsi que le Conseil d'État, amené à apprécier la légalité d'un arrêté préfectoral portant déclaration d'utilité publique des travaux de prélèvement d'eau et déterminant un périmètre de protection rapprochée, n'a pas hésité à se référer implicitement au principe de précaution. Il décide, en effet que « le fait que le test d'infiltration à la fluorescéine n'ait pas permis de confirmer de tels risques ainsi que le fait que le rapport hydrogéologique... n'ait pas estimé que le périmètre de protection rapprochée était insuffisant ne sont pas de nature à démontrer, à eux seuls, l'absence de nécessité d'élargir le périmètre de protection rapprochée en cause afin de garantir la qualité des eaux »⁷. Le juge a su fonder sa décision sur ce nouveau standard juridique qu'est le principe de précaution.

Même si elle est ambiguë, la décision rendue par l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce le 16 janvier 1998 dans l'affaire de la viande aux hormones témoigne également du caractère juridique du principe de précaution. En effet, même si les auteurs du rapport affirment ne pas vouloir prendre position sur l'abstraite question de savoir si le principe de précaution constitue ou non une règle coutumière du droit international⁸, ils concèdent que le principe de précaution ne dispense pas en lui-même, sans texte précis, le panel de son devoir d'application des principes normaux régulant l'interprétation du traité au regard des dispositions de l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Boriachon, Tamburini-Bonnefoy, 1998). Or, comme le relève D. de Béchillon, « le simple fait que le juge accepte de vérifier qu'une règle a bien été respectée laisse nécessairement entendre que cette dernière possède tous les attributs de la juridicité » (de Béchillon, 1997).

Telle est la position non ambiguë du Conseil d'État qui, le 25 septembre 1998, à la demande de l'association Greenpeace France et d'autres associations, a ordonné le sursis à l'exécution de l'arrêté du 5 février 1998 portant inscription au Catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France, de trois variétés de maïs génétiquement modifiées⁹. Cette décision est motivée à titre principal par le caractère irrégulier de la procédure. Elle fait néanmoins référence, quoique de façon indirecte, au principe de précaution (Pitoun, Razafindratandra, 1999). On connaît la prudence des juges du Palais Royal. C'est dire qu'une telle référence n'était pas indispensable à la motivation des magistrats. Très médiatisée, compte tenu de la grande sensibilité des français à la question des O.G.M., cette décision pourrait illustrer une remar-

quable opinion doctrinale selon laquelle une « prise en compte audacieuse du principe de précaution » autoriserait de « réels progrès » pour l'adoption par le juge de mesures provisoires (Martin, 1999). Cette notion de mesure provisoire peut, en effet, constituer « l'un des modes de déclinaison du principe de précaution. Celui-ci n'oblige pas seulement, en effet, à s'abstenir en situation d'incertitude ; il commande aussi de prendre le temps nécessaire à la production de connaissances et à la conduite du débat social » (Martin, 1998). Comme on l'a fait observer, la mise en œuvre des principes fondamentaux du droit de l'environnement, « notamment le principe de précaution évoqué dans l'arrêt de sursis, pourrait justifier à l'avenir, une adaptation du privilège du préalable, qui constitue le socle traditionnel du droit administratif français, pour les décisions de l'administration qui interviennent en matière d'environnement et de biotechnologies (Pitoun, Razafindratandra, 1998).

Juridique, le principe de précaution l'est incontestablement. Reste à rechercher son statut. Il nous semble, en effet, qu'il convient de distinguer la question de la nature juridique d'une règle de son statut. À cet égard, si « le principe de précaution ne permet ... pas de résoudre tous les problèmes de gestion de risques » (Hermitte, 1997), sa reconnaissance comme standard devrait permettre d'en faire un repère utile lorsqu'en période d'incertitude, il faut hiérarchiser des risques parallèles.

Un standard sous contrôle du juge

C'est en invoquant encore la qualité de juriste de P. Lascoumes et ses travaux sur « La précaution, un nouveau standard de jugement » que O. Godard dénie tout caractère juridique à ce principe. « Il s'agit de ce que certains juristes appellent un standard juridique, c'est-à-dire une norme qui a besoin d'être complétée par des informations extérieures au droit pour produire des effets juridiques » (Godard, 1997). La preuve en serait que ledit principe n'a pas un contenu univoque. O. Godard ne va pas jusqu'à donner au principe de précaution les allures d'un « slogan publicitaire » (Smets, 1997). Il nous semble néanmoins que ses affirmations méritent contradiction en droit. Ceci suppose une recherche générale sur la notion de standard pour y confronter le principe de précaution.

Qu'est-ce qu'un standard juridique ?

Les affirmations selon lesquelles le principe de précaution ne serait pas un standard juridique traduisent, à nouveau, nous semble-t-il, une imparfaite connaissance du système juridique. En effet, comme le montrent de récents travaux (Teubner, 1991), le système juridique se caractérise par son ouverture cognitive et sa fermeture normative (Ost, 1992). C'est dire que si la norme juridique doit sa validité à sa conformité à une autre norme juridique – fermeture normative –, elle se construit sur des faits et emprunte pour se construire des éléments à d'autres systèmes,

⁷ C.E. 4 janvier 1995, Min. de l'Intérieur c/ M. Rossi, CIEG 1995, 232, note O. Sachs.

⁸ C'était la position de l'Union européenne.

⁹ Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies, 7 octobre 1998, n° 69, 8292. Même si le Conseil ne s'est pas formellement fondé sur le principe de précaution, il y fait implicitement référence.

qu'il s'agisse de la morale, de l'économie ou des sciences dites dures – ouverture cognitive –. Le standard juridique correspond tout à fait à ce schéma en ce sens qu'il est une référence de jugement laissant ouvert les pouvoirs d'interprétation par appel à d'autres savoirs.

La doctrine relève généralement le polymorphisme des notions du droit, notamment en droit économique et en droit de la famille dans lesquels la pesée des intérêts est délicate (Farjat, 1998). Sont utilisés selon les cas les termes de notion floue, de notion-cadre, de notion indéterminée ou encore de standard pour désigner des notions dont la fonction serait de déterminer « un champ des possibles » (Rials, 1991).

Le standard juridique est ancien, même si son appréhension trouve son origine dans la doctrine du début du siècle (Cény, 1932). Par ses facultés d'adaptation du droit, la notion vise à traduire des intérêts dont le juge doit se faire l'interprète. L'indétermination du standard n'a donc rien de surprenant. Elle est moins le résultat d'un recul prémédité de la norme juridique que celui d'une ouverture à d'autres systèmes de normes (Carbonnier, 1994). On en trouve de nombreux exemples dans le Code civil, qu'il s'agisse des diverses fautes ou du comportement du bon père de famille, sans que nul n'ait jamais contesté le caractère juridique de ces concepts. La jurisprudence a su ainsi stabiliser le contenu de ces standards pour les adapter aux multiples situations concrètes dont elle était saisie. La faute notamment a reçu des contenus très précis qui ont permis de dégager les déontologies des professionnels tenant compte des spécificités de chaque activité. C'est ainsi, par exemple qu'en négatif¹⁰, les obligations qui pèsent sur le transporteur sont différentes de celles qui pèsent sur le médecin et, qu'au sein des obligations médicales, les nuances sont très fines quant aux diligences ou aux résultats qui sont attendus des praticiens (Cadiet, Le Tourneau, 1996 ; Boy, 1998). Le droit recourt donc très souvent aux standards qui sont de très efficaces instruments de régulation et de règlements des conflits (Rials, 1980) en droit public comme en droit privé, qu'il s'agisse de la faute, de la faute lourde, des bonnes mœurs, de la bonne foi ou de l'erreur manifeste d'appréciation.

Le standard est apparu en droit à une époque où les situations étaient relativement peu évolutives. Le bon père de famille pouvait apparaître comme une référence stable dans une société à l'évolution lente. Le juge ne s'est jamais confiné à être l'interprète de la loi. Il se réfère néanmoins de plus en plus souvent à des valeurs pour déterminer sa conduite, valeurs contenues dans des standards dont l'indétermination lui permet d'adapter la règle de droit à la singularité de chaque situation traitée. Ce qui dérange, peut-être, les juristes aujourd'hui, c'est que les standards ne doivent pas permettre le jugement de situations statiques, figées dans le temps, mais de situations évolutives. Le standard, déjà dérangeant pour le juriste positiviste, contient alors en lui une dimension atemporelle qui défie toute définition précise. Il n'en est que plus précieuse, nous semble-t-il, dans la mesure où il redonne au droit toute sa dimension combative, voire subversive. Le standard est, en effet, une technique

législative volontaire (Vedel, 1950) dans laquelle la variabilité est « préparée d'avance » (Carbonnier, 1984). C'est volontairement que le standard est ouvert à une multitude d'applications, « y compris à des situations futures et imprévues, et ne peut être mis en œuvre que par une autorité judiciaire » (Frémeaux, 1998). Il semble, dans ces conditions, réaliste de définir, au moins à titre provisoire, le principe de précaution comme un standard.

Le principe de précaution comme standard juridique

La question du statut du principe de précaution soulève, en effet, d'immenses difficultés que seul un travail de spécialiste de théorie du droit est susceptible de surmonter et qui suppose une analyse non figée du système juridique. C'est que le droit n'a pas le caractère immobile qu'on lui attribue parfois. Comme le faisaient judicieusement observer certains auteurs, « il y a du jeu dans le droit » (Ost, Van de Kerchove, 1992). Les standards sont l'un des moyens d'introduire du jeu dans le droit. En effet, les standards ont trois traits particuliers. Ils « contiennent un espace d'indétermination placé *volontairement* à l'intérieur de la règle qui appelle une activité spécifique d'évaluation basée sur des données à la fois internes et externes au droit. Tout recours à un standard appelle ainsi un raisonnement hybride, mêlant des critères juridiques et non juridiques » (Lascombes, 1997).

S'agissant de l'appréhension du principe de précaution, la première difficulté réside dans le fait, relevé déjà à propos du principe pollueur-payeur (Vignon-Ollive, 1998), qu'il paraît recevoir une intensité juridique variable en fonction de l'ordre juridique dans lequel il intervient : national, communautaire ou international. Même si l'O.M.C. semble ne lui accorder aujourd'hui qu'un faible rôle (Boriachon, Tamburini-Bonnefoy, 1998), les juges nationaux français¹¹ et australiens (Giraud, 1997) se sont fondés sur sa violation pour imposer une approche de précaution devant des demandes d'installation de sites industriels ou de diffusion de produits. La seconde difficulté tient, sans doute, à la nécessité de théoriser la notion de principe juridique au regard de celle de standard, spécialement dans des branches du droit en construction comme le droit de l'environnement (Prieur, 1991). Il nous semble que l'on peut avancer l'hypothèse selon laquelle le principe relève de l'ordre des objectifs, alors que le standard relèverait, lui, de l'ordre des moyens. C'est ainsi qu'en matière d'environnement¹², la notion de développement durable¹³ pourrait constituer un principe au sens où elle viserait un objectif à atteindre. Le principe de précaution relèverait, en revanche, de la catégorie du standard juridique, au sens où nous serions confrontés à un standard juridique permettant d'assurer les objectifs de ce développement, notamment par son ouverture à d'autres savoirs, mais sous la responsabilité du juge. Loin de marquer le passage « d'une probabilité objective à une probabilité subjective » (Rèmond-Gouillou, 1992), la référence au principe de précaution donne un fondement objectif – le temps de la réflexion et de la

¹⁰ Comme en photographie, le négatif fera ensuite apparaître la matière photographiée.

¹¹ Voir les décisions du Conseil d'État précitées.

¹² Au sens large, incluant désormais des considérations relatives au risque santé.

¹³ Il apparaît dans le rapport Brundtland préparatoire à la conférence de Rio de Janeiro de juin 1992. Le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins.

collecte des informations scientifiques (Martin, 1999) – avant la prise de décision face à un dommage grave ou irréversible (Martin, 1999).

Avec le principe de précaution, le dialogue qu'entretient le système juridique se fait principalement avec le système scientifique et peut permettre de mettre un frein à la toute puissance de la science (Naim-Gesbert, 1997). Le principe de précaution ne constitue certes pas un modèle d'action prédéfini. Sa formulation repose, en effet, « sur une série d'activités dont les principales concernent la qualification des situations à problèmes, la formulation des prétentions par des acteurs qui y sont impliqués, et le mixage des intérêts et de valeurs hétérogènes (économiques, scientifiques, sociales, morales) » (Naim-Gesbert, 1997). Les conflits qui opposent les États-Unis à l'Europe à propos de la viande aux hormones et des organismes génétiquement modifiés comme celui qui a présidé à la question de la définition du risque développement dans la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité des produits défectueux¹⁴ sont exemplaires de cette dernière idée. Notion au contenu substantiel en constante formation, dont la caractéristique essentielle est qu'elle est avant tout une notion processuelle (Lascoumes, 1991), le standard, ici le principe de précaution, présente l'immense avantage de permettre la pesée des intérêts et la prise de décisions complexes (Morand, 1998). Cette technique est choisie parce que « le législateur est incapable de régler une matière au moyen de règles fixes et ceci en raison de l'imprévisibilité et de la variabilité des situations concrètes. Le principe procède dès lors à une délégation du pouvoir normatif à l'administration et/ou au juge » (Morand, 1998).

De simple déclaration de principe (Godard, 1997 ; Prieur, 1991), le principe de précaution est devenu véritable standard juridique (Martin, 1995). Les juges y

¹⁴ J.O. 21 mai 1998.

Résumé – La nature juridique du principe de précaution

On peut affirmer que la consécration substantielle du principe de précaution est relativement ancienne. Conscient que la science n'apporte pas de solution définitive aux questions posées, notamment en matière d'environnement, le législateur américain a introduit ce principe de façon informelle dans la plupart des lois des années 1970 avant d'être repris par la doctrine et les différents législateurs. Le principe, né dans le droit de l'environnement, semble aujourd'hui avoir un rayonnement plus large comme en témoignent les liens de mieux en mieux démontrés entre l'environnement et la santé. C'est la prise de conscience des incertitudes scientifiques qui a donné naissance à ce nouveau principe. Cela explique très logiquement qu'il ait été saisi par l'ensemble des disciplines scientifiques, qu'il s'agisse des sciences dites dures ou des sciences sociales comme la sociologie. Celles-ci s'entendent toutes pour y voir avant tout une aide au processus décisionnel relevant essentiellement du domaine des politiques publiques. Cette approche est indiscutablement intéressante mais néglige la nature juridique du principe de précaution. C'est en tant que juriste, situé à l'intérieur de sa propre discipline, que l'on doit tenter de répondre à la question de la nature juridique du principe de précaution pour en décliner toutes les potentialités dans le champ même du droit.

ont déjà fait appel et s'il apparaît prématuré d'en définir le contenu, il nous semble indispensable de le définir comme un véritable standard juridique, faute de quoi son influence sur le système juridique demeurera extrêmement résiduelle. En niant le caractère juridique du principe de précaution, on risque, en effet, de le vider de toutes les potentialités dont il est porteur.

RÉFÉRENCES

- Arnaud A.J. 1991. *Pour une pensée juridique européenne*. Puf, Paris.
- Arnaud A.J. (éd.) 1993. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. L.G.D.J., Paris.
- Batifol H. 1971. Problèmes de frontières : Droit et politique, *Arch. Phil. Droit* 16, 1.
- Béchillon D. (de) 1997. *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 243 p.
- Béchillon M. (de) 1998. *Les principes généraux du droit en droit privé*. Presse Universitaires Aix-Marseille
- Bodansky D., Haigh N. 1994. Interpreting the precautionary principle. In : T. O'Riordan & Cameron, *Earthcan*, Londres, 220 p.
- Boriachon S., Tamburini-Bonnefoy C. 1998. OMC et viande aux hormones : un exemple de désaccord entre la Communauté européenne et les États-Unis et le Canada. *Gazette du Palais* 20 et 21 mai, 19 p.
- Boy L. 1997. La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation ?. *Les Petites affiches*, n°4, 4.
- Boy L. 1998. Normes, Rev. Int. Droit Économique 2.
- Boy L. 1998. *note sous Tribunal de Grande Instance de Paris 5 mai et 20 octobre 1997*, Dalloz, Paris, 558 p.
- Brèthe de la Gressaye J., Laborde-Lacoste M. 1947. *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, Paris.
- Cacciabue P., Calame M., Ranke O. 1998. PAC, environnement et emploi en vingt-sept points, *Courrier de l'environnement de l'Inra*, 33, 91.
- Cadieu L., Le Tourneau Ph. 1996. *Droit de la responsabilité*. Dalloz action, Paris.
- Cameron J. 1993. The precautionary principle, core meaning, constitutional framework and procedures for implementation. In : *The precautionary principle conference, Institute of environmental studies*. University of New South Wales, septembre.
- Carbonnier J. 1984. Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille. In : C. Perelman, R. Vander Elst, *Travaux du centre national de recherche de logique, Les notions à contenu variable en droit*. E. Bruylant, Bruxelles.
- Carbonnier J. 1994. *Sociologie juridique*, Quadrige, Puf, Paris.
- Carbonnier J. 1995. *Droit civil, La famille*. 9^e éd. 240 p., Puf, Paris.
- Chaumet F., Ewald F. 1992. Autour de la précaution, petite bibliothèque d'actualité, *Risques* 11, spécial principe de précaution.
- Debbasch C., Pontier J. M. 1995. Introduction à la politique. Dalloz, Paris.
- Delmas-Marty M. 1986. *Le flou du droit*, Les voies du droit. Puf, Paris.
- Farjat G. 1992. La notion de droit économique, *Archives de philosophie du droit* 37, 27.
- Frémeaux S. 1998. Les notions indéterminées du droit de la famille, Droit prospectif, *Rev. Rech. Jurid.* 3, 865.
- Gaillard E. 1991. *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, Mélanges Bellet, 203, Litec, Paris.
- Gény F. 1932. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 1, 2^e éd., LGDJ, Paris.
- Giraud C. 1997. Le droit et le principe de précaution : leçons d'Australie. *Rev. Jurid. Environ.* 1, 21.
- Godard O. 1998. Le principe de précaution : renégocier les conditions de l'agir en univers controversé, *Natures Sciences Sociétés* 6, 1, 41
- Godard O.(dir) 1997. *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*. Co-éditions MSH/Inra, Paris.

- Goyard-Fabre S., Sève R. 1993. Les grandes questions de la philosophie du droit. *Questions*, 2^e éd., 114, Puf, Paris
- Gutwirth S. 1996. *Sciences et droit de l'environnement, quel dialogue ? Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Colloque Bruxelles, facultés universitaires Saint-Louis.
- Habermas J. 1997. *Droit et démocratie*, Gallimard, Paris.
- Hart. 1963. *Law, Liberty and Morality*, Butterworths, London.
- Hermitte M-A 1997. Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France, in : *Le principe de précaution*. O. Godard (éd.), Co-édit. MSH/Inra, Paris.
- Jestaz P. 1983. Les frontières du droit et de la morale. *R.R.J.* 334.
- Jestaz P. 1990. Pouvoir juridique et pouvoir moral, *R.T.D. civ.* 635.
- Kamto M.. 1993. Les nouveaux principes de droit international de l'environnement. *Rev. Jurid. Environ.* 11.
- Kiss A., Sicault J. D. 1972. La conférence des Nations Unies sur l'environnement. In : *Annuaire français de droit international*. CNRS, Paris.
- Kiss A., 1996. Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995). *Rev. Jurid. Environ.* 56.
- Lascombes P. 1997. La précaution, un nouveau standard de jugement. *Esprit* novembre, Paris
- Laudon A.. 1996. *Le droit face à l'incertitude scientifique : risques, responsabilité et principe de précaution*. Colloque international, Quel environnement pour le XXI^e siècle ?
- Lepage C. 1998. Révolution ou gadget dans le processus de décision : les conférences de consensus, *Gazette du Palais* 21 mai, 1.
- Martin G. J. 1990. Le risque, concept méconnu du droit économique. *Rev. Intern. Droit Économique* 2, 174.
- Martin G. J. 1994. *Principe de précaution, mesures provisoires et protection de l'environnement, Aménagement-Environnement*. Kluwer Éditions Juridiques Belgique, 4, 215.
- Martin G. J., 1995. *Précaution et évolution du droit*, 299, Dalloz, Paris.
- Martin G.J. 1999. Mesures provisoires et irréversibilité en droit français. *Rev. Jurid. Environ.* n° spécial, 131.
- Miaille M. 1977. *Une introduction critique au droit*. Maspéro, Paris.
- Morand C.-A. 1998, Pesée des intérêts et décisions complexes, site internet MSH-Red8s, <http://www.msh-paris.fr/red8s/index.htm>
- Morange. 1997. Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit. *Rev. Droit Public* 761.
- Naim-Gesbert E. 1997. *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit, thèse Lyon 3.
- Oppetit B. 1979. *L'engagement d'honneur*. Dalloz, chron., Paris, 107.
- Oppetit B. 1987. Les principes généraux en droit international privé. *Archives de philosophie du droit* 32, 179.
- Ost F., Van de Kerchove M. 1992. Le jeu, un paradigme fécond pour la théorie du droit. In : *Le jeu : un paradigme pour le droit*, Coll. Droit et société, 239, LGDJ, Paris.
- Ost F. 1991. Le droit comme pur système. In : *La force du droit*. Bouretz P. (éd.), Coll. Esprit, 139, Le Seuil, Paris.
- Piaget J. 1977. Les relations entre la morale et le droit. *Études Sociol.* 172.
- Pitoun Y. Razafindratandra Y. 1999. Vers un renforcement du pouvoir de contrôle du juge de l'urgence sur les décisions de l'administration, *Droit Environ.* 65, Dalloz, Paris.
- Pradelle G. (de la) 1990. *Essai d'introduction au droit français*. Paris, Érasme, 79
- Prieur M. 1991. *Droit de l'environnement*, Dalloz, Paris.
- Rémond-Gouillou M. 1992. À la recherche du futur : la prise en compte du long terme par le droit de l'environnement. *Rev. Jurid. Environ.* 1, 5.
- Rémond-Gouillou M. 1993. Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science, *La vie des sciences, C. R. série générale* t 10, 4, 341.
- Rials S. 1980. *Le juge administratif français et la technique du standard*. LGDJ, Paris.
- Ripert G. 1949. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4^e éd. LGDJ, Paris.
- Smets H. 1997. Examen critique du principe pollueur-payeur. *Les hommes et l'environnement*. Mélanges Kiss A, Frison-Roche, Paris.
- Steichen P. 1998. Santé et environnement : le rôle du droit de l'environnement, *AER* 1-5, 147.
- Teubner C. 1995. *Droit et réflexivité*, LGDJ Montchrestien, Paris.
- Thoenig. 1989. *Politiques publiques*, Puf, Paris.
- Timsit G. 1997. *Les noms de la loi, Les voies du droit*. Puf, Paris, 127.
- Vedel G. 1950. *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P. I, 851.
- Vignon-Ollive B. 1998, *Le principe pollueur-payeur, un état du droit positif*, thèse Nice 1998.
- Weil P. 1983. Principes généraux du droit et contrats d'États. *Le droit des relations économiques internationales*. Études Goldman B., Litec, Paris, 387