

La diversité des discours attachés au principe de précaution

*Contribution à l'atelier 2 : « Le renouveau du droit constitutionnel par les
droits Fondamentaux »*

Karine SANCHEZ

Sommaire

1- La perception inappropriée d'un principe d'action	3
<i>A – La précaution n'entraîne pas l'abstention.....</i>	<i>3</i>
<i>B - Le principe de précaution est destiné aux autorités publiques.....</i>	<i>4</i>
2 – Un risque d'instabilité normative emmené par la constitutionnalisation du principe de précaution ?	5
<i>A - L'opportunité discutée de la constitutionnalisation du principe de précaution.....</i>	<i>5</i>
<i>B - Les garanties juridiques tirées de la définition constitutionnelle du principe</i>	<i>7</i>
3 - Un principe discuté témoignant de la mutation des référents juridiques.....	9
<i>A - L'incertitude, paramètre constitutionnel controversé.....</i>	<i>10</i>
<i>B – Le principe de précaution, symptomatique d'une crise de la représentation ?</i>	<i>10</i>

Adossée à la Constitution depuis le vote du congrès le 28 février 2005, la charte de l'environnement objective, comme l'affirme JP Raffarin, "*une évolution essentielle de notre Constitution*".

En tant qu'elle consacre, par le biais de son article 5, le principe de précaution, la Charte constitutionnelle de l'environnement stigmatise, au sommet de notre ordre normatif, une nouvelle appréhension des rapports entre science, droit et démocratie.

Seul principe de la Charte qualifié comme tel, le principe de précaution apparaît en Allemagne à la fin des années 60 sous le nom de *Vorsorgeprinzip*, afin d'inciter les acteurs économiques à prendre des mesures contre les pollutions avant d'avoir des certitudes scientifiques quant aux dommages causés à l'environnement. Bénéficiant d'un rayonnement international depuis sa reconnaissance par le principe 15 de la déclaration de Rio en juin 1992, il devient parallèlement un instrument juridique sur lequel la Communauté européenne fonde sa politique environnementale (article 130 R devenu 174 du traité d'Amsterdam). Introduit dès 1995 dans notre dispositif légal par la loi Barnier, le principe de précaution, désormais principe constitutionnel, s'est hissé en dix ans au sommet de notre référentiel normatif.

C'est sans nul doute parce qu'il introduit l'incertitude au sein de notre paysage constitutionnel, et parce qu'il est d'applicabilité directe, que le principe de précaution est celui des principes environnementaux qui fait le plus largement débat.

Tant au niveau jurisprudentiel que doctrinal.

Divergence jurisprudentielle d'abord, entre le conseil constitutionnel qui refusait, en 2001¹, de le considérer comme un objectif de valeur constitutionnelle, et le conseil d'état, qui le mentionne implicitement dès 1993 au sein de l'un des attendus de l'arrêt concernant l'affaire du sang contaminé. Ce dernier considérait en effet que le gouvernement français ne devait pas « *attendre d'avoir la certitude* ». La loi Barnier relative au renforcement de la protection de l'environnement consacre alors ce principe en 1995, et le Conseil d'Etat lui reconnaît une valeur propre dès 1998, en se désolidarisant de son commissaire du gouvernement, à l'occasion de l'affaire concernant le maïs transgénique².

Mais divergences qui sévissent surtout au niveau doctrinal. Pour certains, auteurs de véritables réquisitoires à son encontre, ce principe ne revêt aucun contenu juridique précis, ce qui expliquerait les avatars liés à son application. Il constituerait, selon Manuel Gros, un « *concept flou et sans consistance* », permettant d'en faire une utilisation jurisprudentielle périlleuse; pour d'autres, il est un élément inhérent du droit à l'environnement, justifié par sa portée politique. Ainsi, Laurence Boy de considérer que, du fait de la jurisprudence communautaire, le principe de précaution est une norme juridique à laquelle seraient directement soumises les personnes publiques, mais aussi privées.

Version dépoussiérée du principe de prudence, que Tocqueville confrontait à l'émergence de la démocratie moderne, le principe de précaution participe d'un renouvellement indéniable des processus liés à la prise de décision. Vecteur emblématique de nouveaux rapports entre science, décision publique et gestion des risques, mal perçu et juridiquement déstabilisant, ce principe désormais constitutionnel inquiète (§1). En effet, certains de redouter que son intégration au sommet de la pyramide normative n'entraîne un mouvement d'instabilité normative (§2).

¹ C. C. 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

² Arrêt CE, 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France*.

Symptomatique de la mutation profonde qui affecte notre ordre juridique actuel (§3), il témoigne de la rupture entre une gestion des risques reposant sur des choix rationnels, et les réponses sociales, politiques et juridiques initiées par la gestion de l'incertain.

1- La perception inappropriée d'un principe d'action

Parfois considéré comme une avancée significative du droit, le principe de précaution est le plus souvent « *dénoncé comme étant de nature à pervertir l'imputation de certaines responsabilités, à pénaliser les entreprises dont la compétitivité se trouverait compromise par des excès de réglementation, à faire obstacle à l'innovation, et dans les échanges internationaux, à masquer des intérêts protectionnistes* »³. Exprimant les craintes engendrées par la reconnaissance constitutionnelle du principe de précaution auprès des opérateurs économiques et scientifiques, Patrice Gélard⁴ s'interroge sur la nature de son applicabilité et témoigne de la perception erronée qui l'affecte.

La définition retenue par les rédacteurs de la Charte de 2005 confirme l'idée que le principe de précaution exprime avant tout une exigence de comportement envers les autorités publiques, qui doivent s'y plier sous peine de voir leur responsabilité engagée. Matérialisé par une exigence d'action, le principe de précaution est improprement perçu comme un frein à la recherche technologique et scientifique. Or, loin d'engendrer une paralysie de l'initiative, de la prise de risque et de l'innovation, il devrait en permettre le développement raisonné. Initialement associé à une obligation d'abstention, il commence néanmoins à être perçu comme un principe d'action (1). Sa constitutionnalisation s'inscrit dans le sens de cette évolution. D'autant plus que ce principe ne pourra valablement pas être invoqué par n'importe quel justiciable. Applicable aux seules autorités publiques (2), il fait l'objet d'une définition pointilleuse qui exclut sa mise en œuvre désordonnée et délimite sa portée contentieuse. Néanmoins, il redessine les contours de la responsabilité des pouvoirs publics, lesquels pourraient être tentés, pour se prémunir, de verser dans un excès d'interventionnisme ; à moins que l'expression selon laquelle « excès de précaution nuit » ne donne lieu à un accroissement des modalités de responsabilisation des acteurs publics.

A – La précaution n'entraîne pas l'abstention

A la question de savoir si le principe de précaution est un prétexte à l'inaction, le Professeur Philippe Kourilsky répond que « *bien compris, le principe de précaution est une incitation à l'action, une attitude de gestion active du risque plutôt que d'attentisme* ». Et d'ajouter qu' « *au dicton 'dans le doute, abstiens toi', le principe de précaution substitue l'impératif 'dans le doute, mets tout en œuvre pour agir au mieux'* »⁵.

La définition qu'en proposent les rédacteurs de la Charte suppose qu' « *il engendre à la fois une logique d'action et une logique d'anticipation* »⁶. Matérialisé par la mise en œuvre de procédures telles que l'évaluation des risques et l'adoption de mesures provisoires et proportionnées, le principe de précaution, en tant qu'il impose de ne pas attendre de connaître

³ Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, « *Le principe de précaution, rapport au Premier Ministre* », La Documentation Française, 2000.

⁴ Patrice GELARD, Rapporteur au nom de la Commission des lois concernant le projet de réforme constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement

⁵ Philippe KOURILSKY, « *Le principe de précaution* », Chroniques du CEA de Grenoble, 2000 p 12

⁶ Bertrand MATHIEU, « *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement* », in Etudes et doctrine, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15.

le risque pour intervenir, s'inscrit clairement dans une logique dynamique. Certains juristes voient même dans sa consécration la généralisation d'une « *nouvelle obligation liée au devoir de chacun de préserver l'environnement, consistant à dénoncer aux autorités administratives toute anomalie environnementale* »⁷ ; ainsi, c'est l'ensemble des citoyens et des acteurs économiques qui serait chargé de l'obligation positive d'informer les pouvoirs publics, en amont de la mise en œuvre du principe.

Sans aller si loin, il faut se rappeler que le Conseil d'état le mentionnait déjà implicitement dès 1993 au sein de l'un des attendus de l'arrêt concernant l'affaire du sang contaminé. Il considérait en effet que le gouvernement français, confronté à l'existence d'un « *doute sérieux* » ne devait pas « *attendre d'avoir la certitude* » pour agir⁸. C'était déjà affirmer que le principe de précaution est avant tout un principe d'action.

Néanmoins, ce principe qui invite l'autorité à agir doit également « *l'inciter à retarder, voire même à abandonner son action dès que celle-ci est soupçonnée d'avoir des conséquences graves sur la protection de l'environnement, et cela même si les soupçons qui pèsent sur elle ne sont pas entièrement étayés sur le plan scientifique* »⁹. Il s'agit d'utiliser avec précaution... le principe de précaution.

B - Le principe de précaution est destiné aux autorités publiques

« *Ce principe ne concerne que les autorités publiques* »¹⁰. C'est sans hésiter que Bertrand Mathieu identifie les destinataires du principe de précaution. En effet, l'énoncé de l'article 5 de la Charte, relatif à ce principe, conduit explicitement « *les autorités publiques* » à appliquer le principe de précaution « *dans leur domaine d'attribution* ». Paradoxal en ce qu'il intervient « *à une époque de 'moins d'Etat' et de forte revendication de liberté de comportement individuel, le principe de précaution amène l'Etat à prendre ou imposer des mesures de précaution de plus en plus lourdes, à restreindre un certain nombre de libertés et à mener de larges investigations* »¹¹. Contraignant les autorités publiques à limiter des libertés économiques ou individuelles, certains voient même dans la consécration de ce principe le retour de « *l'effet légitimant qu'a pu avoir le service public sur et pour l'action publique* »¹².

Sans préjuger de la conséquence interventionniste du principe, il faut admettre qu'il est opposable aux autorités publiques, « *c'est-à-dire aussi bien à l'Etat qu'aux collectivités territoriales, mais non aux personnes privées et notamment aux entreprises* ».¹³

Susceptible de fonder la mise en jeu de la responsabilité des autorités publiques qui auraient dérogé aux obligations qu'il génère, le principe de précaution s'entend comme une résonance actualisée de l'article 15 de la DDHC, au titre duquel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Plusieurs éléments convergent en ce sens. Seul principe énoncé comme tel au sein de la Charte, seul, également, à faire l'objet d'une définition « technique » qui le soustrait à la possibilité de ne voir en lui qu'un objectif, et épargné par l'intervention du législateur quant aux conditions de sa mise en

⁷ Michel PRIEUR, « *Vers un droit de l'environnement renouvelé* », in Etudes et doctrine, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°15

⁸ C. E. Ass. 9 avril 1993, *M. et Mme B...*, *M. D...*, *M. G...*, Rec. p 110

⁹ Nicolas de SADELEER, « *les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution, essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement* », Bruylant / AUF, 1999.

¹⁰ Bertrand MATHIEU, « *Observations sur la portée normative de la Charte constitutionnelle* », op. cit.

¹¹ Didier TRUCHET, « *Le principe de précaution, rapport de synthèse* », RJE n° spécial, 2000.

¹² David DEHARBE, « *La controverse du principe de précaution, le plaidoyer* », RDP n° 3, 2002 p 821

¹³ Yves JEGOUZO, « *Réflexions sur le projet de Charte de l'environnement* », in Etudes et doctrine, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15.; Rapport de la Commission COPPENS, op. cit.

oeuvre, le principe de précaution semble clairement être d'applicabilité directe. Ainsi, il pourrait permettre à un particulier d'en arguer devant les juridictions ordinaires, afin d'engager la responsabilité de l'administration pour carence dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de protection de l'environnement. En affirmant que ce principe est « *directement invocable par les personnes privées à l'encontre des personnes publiques* »¹⁴, Yves Jégouzo corrobore cette hypothèse.

C'est à ce titre que surgissent des interrogations sur sa portée contentieuse. Face aux inquiétudes exprimées par M. Pierre Fauchon, membre des travaux de la commission des lois, à l'égard des risques de contentieux que pourrait ouvrir l'application du principe de précaution, le Professeur Favoreu observe qu'inscrit dans le code de l'environnement et reconnu, par ailleurs, dans le droit communautaire, ce principe a déjà suscité des contentieux. Son intégration dans le bloc de référence ne devrait donc pas en bouleverser l'utilisation juridictionnelle. Elle pourrait au contraire, souligne M. Favoreu, « *permettre au Conseil constitutionnel d'encadrer et de tempérer son application par le juge ordinaire* ».

Et Jacqueline Morand-Deville de renchérir, en écrivant que « *son opposabilité (réservée aux seules autorités publiques), et son effectivité (le principe ne jouera qu'en cas de réelle incertitude scientifique), ont été limitées* »¹⁵.

Ainsi, les conséquences contentieuses tant redoutées n'apparaissent pas excessives. La précaution est un nouveau principe constitutionnel, certes novateur, tant il introduit de paramètres inédits dans le paysage constitutionnel, mais néanmoins encadré par une définition prudente. Cependant, sa définition constitutionnelle suffit-elle à garantir la stabilité normative de notre ordre juridique ?

2 – Un risque d'instabilité normative emmené par la constitutionnalisation du principe de précaution ?

Même si certains se sont demandés « *s'il est bien raisonnable de vouloir définir un principe tel que celui de précaution* »¹⁶, il est indéniable que sa consécration, au plus haut niveau de notre ordre normatif, appelle inévitablement un énoncé juridique pointilleux (1).

En tentant de « *fournir une définition plus précise de ce principe, afin de lutter contre les détournements auxquels il a pu donner lieu* »¹⁷, les rédacteurs de l'article 5 de la Charte en proposent, comme l'écrit M. Deflesselles, une « *affirmation raisonnée* », tant il est vrai que « *le principe de précaution ne masque pas les enjeux qui président à sa consécration* »¹⁸.

Ainsi, c'est par la réunion de conditions restrictives d'application, qui précède la mise en œuvre de procédures précises, que le constituant a entendu encadrer la portée de ce principe (2).

A - L'opportunité discutée de la constitutionnalisation du principe de précaution

¹⁴ Yves JEGOUZO, op. cit.

¹⁵ Jacqueline MORAND-DEVILLER, « *La Constitution et l'environnement* », in Etudes et doctrine, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°15

¹⁶ Nicolas de SADELEER, « *Les avatars du principe de précaution en droit public* », RFDA 2001, 3, p 553.

¹⁷ Bernard DEFLESSELLES, « *La Charte de l'environnement, une valeur commune européenne* », Rapport d'information n°1372, Assemblée Nationale, Janvier 2004.

¹⁸ David DEHARBE, « *La controverse du principe de précaution, le plaidoyer* », op. cit.

Particulièrement mis en avant par la Charte constitutionnelle, le principe de précaution n'en finit pas de diviser.

Consacré au titre de l'article 5 de ce texte, il prévoit que « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

Son introduction dans le paysage constitutionnel français emporte des conséquences telles que certains auteurs se sont très tôt prononcés contre celle-ci. Ainsi, considérant comme un non-sens l'intégration de ce principe dans notre ordre juridique, Jean-Pierre Théron affirme que « *la norme juridique repose sur la certitude, la prévisibilité, sa fonction première est d'assurer un minimum de sécurité, excluant dans la mesure du possible, toute idée de risque. Et de se demander alors « Comment le droit pourrait-il saisir ce qu'il a pour objet de combattre ? »*¹⁹. La constitutionnalisation du principe de précaution implique en effet que l'incertitude commande, dans un contexte de risque environnemental hypothétique, la production de mesures provisoires.

C'est pour tenter de « *dépassionner le débat* », qu'Yves Jégouzo préconisait de procéder à sa constitutionnalisation par le biais d'une loi organique²⁰. Une telle procédure aurait permis, selon lui, de répondre aux nombreuses questions suscitées par le principe de précaution : qu'il s'agisse de définir le pouvoir scientifique habilité à constater une probabilité de risque suffisamment sérieuse pour que les pouvoirs publics mettent en œuvre des mesures d'interdiction ou de suspension, ou des procédures à appliquer pour que les règles du contradictoire et de transparence soient respectées, le recours à une loi organique aurait permis de préciser le fonctionnement du pouvoir scientifique, intimement lié à l'application de ce principe.

Louis Favoreu, pour sa part, estime que « *l'intégration de ce principe dans la Constitution, permettrait peut être au Conseil constitutionnel d'encadrer et de tempérer son application par le juge ordinaire* »²¹.

Finalement, le rapport de la commission Coppens illustre parfaitement les difficultés découlant de la prise en compte constitutionnelle de la précaution. Deux variantes ont été envisagées, sans que l'une d'entre elles ne fasse l'unanimité.

La première, refusant de donner à ce concept la portée d'un principe matériel, exclut l'idée d'introduire au sein de la Charte l'expression « principe de précaution ». Cette variante implique avant tout la mise en œuvre de procédures de recherches et d'évaluation, voire de mesures adaptées. Il s'agit surtout, comme le soulignent les rédacteurs du rapport Coppens, « *d'une approche de l'action en situation d'incertitude, dont les conditions doivent être définies et précisées par la loi* ». La précaution ainsi retenue insiste sur sa dimension procédurale, qui se contente d'indiquer une conduite à tenir, voire une série de pratiques à observer en cas d'incertitudes, sans que celles-ci ne constituent une obligation de résultat, susceptible d'engager la responsabilité de leurs auteurs. Déplorant les implications qu'entraînerait la reconnaissance d'un principe matériel de précaution, les tenants de cette première version redoutent, par ailleurs, que l'insertion d'un tel principe dans le bloc constitutionnel ne bouleverse redoutablement le droit pénal, en renversant toute la doctrine relative à la présomption d'innocence.

¹⁹ Jean-Pierre THERON, « *Le risque technologique saisi par le droit* », in « *La maîtrise de l'agroalimentaire face aux défis technologiques* », Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2003.

²⁰ Yves JEGOUZO, « *Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement* », op. cit.

²¹ Sénat, Travaux de la commission des lois, Audition du 2 juin 2004 de M. Louis FAVOREU, professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III).

Ces appréhensions ne sont pas partagées par les partisans de la seconde version.

Déplorant les mésusages dont est victime le principe, tout en admettant ses inconvénients, ils estiment que renoncer à sa consécration constitutionnelle serait revenir en arrière. Ils considèrent en effet que le principe de précaution doit être juridiquement contraignant, et affirment qu'il mérite la qualification de principe au sens général du terme, « *à savoir ce qui est au commencement et au commandement* » : reposant sur l'identification d'une nouvelle catégorie de risques, il commande l'acquisition de connaissances nouvelles et l'action. Enfin, la seconde variante envisage le principe de précaution comme résultant inévitablement de principes plus élevés : « *le droit de chaque homme à un environnement sain et équilibré est lui-même la conséquence, compte tenu du contexte contemporain, d'un droit de première génération : le droit de sûreté ; et ce droit à l'environnement appelle lui-même, compte tenu des risques environnementaux globaux, un nouveau principe : celui de précaution* »²².

C'est cette dernière version, matérialisée par la définition énoncée à l'article 5 de la Charte, qui sera retenue par le constituant.

B - Les garanties juridiques tirées de la définition constitutionnelle du principe

En précisant que l'application du principe de précaution doit intervenir dès lors que la réalisation d'un dommage incertain « (...) *pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement* », les rédacteurs de la Charte ont limité son champ d'application à l'environnement et ont parallèlement édicté deux conditions cumulatives dès lors qu'existe une incertitude scientifique.

S'il implique que le dommage envisagé cumule les conditions de gravité et d'irréversibilité, le principe de précaution tel qu'énoncé par la charte constitutionnelle ne semble concerner, en outre, que les autorités publiques. Comme le souligne Martine Rémond-Gouilloud, cette rédaction permet aux décideurs privés, qui ne peuvent plus contester le principe de précaution en tant qu'il constitue un principe juridique, d'en déduire leur immunité, dès lors qu'ils ne reçoivent pas d'injonction de l'administration²³.

Ainsi, ne s'appliquant strictement qu'à l'environnement, le principe de précaution tel qu'envisagé par le constituant actuel, ne s'étend pas au domaine de la santé publique. C'est explicitement abandonner la démarche engagée par le Conseil d'Etat, qui, sans citer le principe, évoque « *les précautions qui s'imposent en matière de mesures de santé publique* »²⁴. Néanmoins, même si Bertrand Mathieu déplore que « *de ce point de vue, l'environnement soit mieux protégé que l'homme lui-même* » (alors que préserver le premier revient inévitablement à protéger le second...), le lien entre droit à la santé, tel qu'énoncé par le Préambule de 1946, et le droit à l'environnement, tel qu'envisagé par le constituant de 2005, est ténu. En effet, l'article 1^{er} de la Charte en objet consacre notamment le droit pour chacun de vivre « *dans un environnement (...) respectueux de la santé* ». Le principe de précaution étant une garantie destinée à permettre le respect de ce droit, il pourra valablement être invoqué pour fonder ou contester des dispositions inhérentes à la mise en œuvre du droit à vivre dans un environnement respectueux de la santé. De là à s'appliquer implicitement au droit à la santé, qu'un environnement altéré viendrait menacer, il n'y a qu'un pas.

²² Rapport de la Commission Coppens, de préparation de la charte de l'environnement, Ministère de l'écologie et du développement durable, p 44.

²³ Martine REMOND-GOUILLOUD, « *A propos du principe de précaution* », RJE n° spécial, septembre 2003.

²⁴ Plusieurs jurisprudences en ce sens : C. E. 21 avril 1997, *Mme BARBIER* ; C. E. 24 février 1999, *Société Pro Nat* ; C. E. 30 juin 1999, *Mme GERMAIN*.

L'application du principe de précaution repose, par ailleurs, sur l'existence d'une incertitude scientifique. Paramètre essentiel en ce qu'il induit la distinction entre précaution et prévention, l'incertitude, telle qu'appréhendée par la Charte, concerne la réalisation du dommage, caractérisée par « *l'insuffisance des connaissances elles-mêmes, et non le caractère éventuellement aléatoire du phénomène considéré* »²⁵. S'appréciant « *en l'état des connaissances scientifiques* », l'évaluation du risque ne doit pas conduire à sa certitude. Il faut également remarquer que la rédaction proposée au titre de l'article 5 de la Charte diffère de celle caractérisant l'article L 110-1 du code de l'environnement : en effet, en remplaçant l'expression « connaissances scientifiques et techniques du moment » par celle plus concise d'« état des connaissances scientifiques », le constituant semble avoir évacué les interrogations soulevées par l'utilisation du vocable « technique », quant à son domaine d'application par rapport à l'adjectif « scientifique »²⁶.

Enfin, l'utilisation du principe de précaution implique que soient cumulés les caractères grave et irréversible du dommage susceptible d'affecter l'environnement. Largement commentée, cette double exigence est parfois considérée comme excessivement restrictive. Pourtant, M. Deflesselles le souligne justement dans son rapport d'information sur la Charte, « *la plupart des définitions combinent les critères de gravité et d'irréversibilité, (...) si un dommage irréversible constitue un dommage grave, la réciproque n'est pas toujours vraie* », et il semble admis que le cumul des deux paramètres « *paraît acceptable dans le domaine de l'environnement* »²⁷. Sans compter qu'il constitue une garantie notable de concision de son champ d'application.

D'un point de vue procédural, la définition constitutionnelle du principe de précaution offre là encore des garanties certaines.

« *La précaution est avant tout source de procédure* »²⁸.

La Charte de l'environnement propose une définition du principe de précaution qui corrobore cette assertion. En effet, « *les pouvoirs publics doivent à la fois prendre des mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage et mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques encourus* »²⁹.

Délaissant les « mesures effectives » prescrites par le code de l'Environnement, le constituant leur préfère « les mesures provisoires et proportionnées ». Élément essentiel de la définition, qui fonde le principe de précaution en tant que principe d'action, la référence aux mesures provisoires et proportionnées « *ne sont donc pas celles auxquelles il conviendrait de mettre fin rapidement, mais celles pouvant évoluer au gré de l'avancée des connaissances* »³⁰. En effet, concomitantes à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques, elles doivent permettre de laisser aux chercheurs le temps d'œuvrer dans le sens d'un progrès scientifique. Elles induisent donc que les autorités publiques les révisent puis les adaptent, afin que ne perdurent pas des mesures de précaution qui ne se justifieraient plus. Ce qui n'est pas systématique : le Professeur Kourilsky évoquait, lors de son audition, l'obsolescence de la norme de concentration de nitrate dans l'eau destinée à la consommation humains, décidée au début des années 1950. Or, les hypothèses scientifiques qui ont généré cette norme ont été, depuis, scientifiquement invalidées. C'est donc tant dans un sens prospectif, que rétroactif, que ces mesures provisoires et proportionnées doivent intervenir.

²⁵ Rapport de la Commission COPPENS, op. cit. p 27.

²⁶ Propos du Ministère de la Justice, rapportés par Bernard DEFLESSELLES, in « *La Charte de l'environnement, une valeur commune européenne* », op. cit.

²⁷ Geneviève VINEY et Philippe KOURILSKY, « *Le principe de précaution, rapport au Premier Ministre* », op. cit.

²⁸ Didier TRUCHET, « *Le principe de précaution, Rapport de synthèse* », RJE n° spécial, 2000.

²⁹ Bertrand MATHIEU, « *Observations sur la portée normative de la Charte constitutionnelle* », op. cit.

³⁰ Bernard DEFLESSELLES, « *La Charte de l'environnement, une valeur commune européenne* », op. cit.

Il faut noter que la soumission de l'adoption de ces mesures provisoires et proportionnées à un « coût économiquement acceptable », figurant dans la loi « Barnier » relative au renforcement de la protection de la nature, n'entre pas dans le champ de cette constitutionnalisation. En réalité, les difficultés qu'engendrerait l'insertion d'un tel standard dans le bloc constitutionnel sont de deux ordres.

Tout d'abord, il semble déontologiquement impossible de soumettre constitutionnellement le droit fondamental à la protection de l'environnement à des exigences économiques, par nature très variables et par trop pragmatiques. Il semble ensuite complexe de fixer un seuil au-delà duquel les exigences environnementales engendreraient des coûts économiquement inacceptables ; introduire un tel paramètre au sein du référentiel normatif ouvrirait la voie à une pluralité d'interprétations, à laquelle le juge constitutionnel, « *qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »³¹, serait confronté. En conséquence, la référence aux « coûts économiquement acceptables » risquerait « *que les intérêts écologiques soient systématiquement galvaudés par rapport aux intérêts concurrents* »³²...d'autant que la constitutionnalisation de l'objectif de développement durable devrait emmener la protection relative des intérêts économiques.

Le principe de précaution est également appréhendé comme une exigence procédurale, en tant qu'il commande à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques. Ainsi, loin de constituer un frein à la recherche scientifique, il permet d'en approfondir ses analyses du risque, afin d'amoindrir les incertitudes scientifiques et d'aiguiller les autorités publiques dans leur décisions. L'introduction dans la Charte d'une telle exigence ravive le débat relatif au rôle que jouent les experts dans le processus décisionnel. Car « *s'ils doivent éclairer le décideur public, ne risquent-ils pas de prendre les décisions à sa place ?* »³³. Encouragée par les Professeurs Viney et Kourilsky, à condition qu'elle soit pluridisciplinaire et contradictoire, « *l'expertise scientifique fournit certes des connaissances au service de la décision, mais, dans les situations de précaution où il opère aux frontières de la connaissance, l'expert ne sait pas* »³⁴. Ainsi, l'élaboration d'un véritable statut de l'expert, précisant modalités de son indépendance, de sa compétence et de sa responsabilité est souhaitable.

3 - Un principe discuté témoignant de la mutation des référents juridiques

Nouvellement constitutionnalisé, le principe de précaution introduit dans notre ordre juridique interne le paramètre « incertitude », (1) et comme l'écrit Paul Langevin, « *face à l'incertitude, notre outillage mental est à revoir* ».

En effet, témoignant de la crise qui altère les mécanismes de représentation (2), le principe de précaution matérialise une appréhension nouvelle des processus décisionnels, en tant qu'ils vont générer une mise en jeu originale des responsabilités incombant aux décideurs concernés. Ainsi, les décisions susceptibles d'impliquer des mesures de précaution devront résulter d'un véritable pluralisme, où interviendront les instances juridiques, politiques, industrielles et scientifiques.

³¹ C. C. 27 juin 2001, *Loi relative à l'IVG*.

³² Bernard DEFLESSELLES, « *La Charte de l'environnement, une valeur commune européenne* », op. cit.

³³ Didier TRUCHET, « *Le principe de précaution, rapport de synthèse* », op. cit.

³⁴ Geneviève VINEY et Philippe KOURILSKY, « *Le principe de précaution, rapport au Premier Ministre* », op. cit.

A - L'incertitude, paramètre constitutionnel controversé

« *L'incertitude juridique n'est pas en soi une anomalie, elle est peut être même inhérente au droit* »³⁵.

En effet, perpétuellement objet de discussion et d'interprétation, évolutif et flexible, le droit est source de changements, voire d'incertitudes. L'exemple même des événements ayant jalonné la reconnaissance juridique du principe de précaution est parlant : clairement identifié comme « *ne constituant pas un objectif de valeur constitutionnelle* »³⁶ au titre du sixième considérant de la décision relative à la loi IVG adoptée par le Conseil constitutionnel en 2001, il fait désormais l'objet du projet de réforme constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, tendant à le consacrer comme seul principe à part entière du texte.

Ainsi, régulateur de l'action sociale, le droit s'adapte, et la controverse attachée à la constitutionnalisation du principe de précaution illustre « *sa capacité à reposer l'éternelle question des conditions de production du droit* »³⁷.

Le droit à l'environnement, parce qu'il est profondément imprégné de science du fait même de son objet, qui renvoie tant à la nature qu'aux pollutions, tant à la santé qu'à la technologie, y est largement subordonné. Or particulièrement affectée par l'incertitude et l'ignorance, la science ne peut plus éclairer le juriste. Ainsi, « *Le droit de l'environnement doit s'organiser en tenant compte de l'incertitude scientifique* »³⁸. En consacrant le principe de précaution, c'est l'« *enfant naturel de l'union incertaine du droit et de la science* »³⁹ que reconnaît le constituant de 2005. Le considérant comme un principe à vocation subversive, David Deharbe ajoute que « *son imprécision masque sa capacité à bousculer les catégories juridiques les plus fondamentales de notre ordre juridique* ».

Si la constitutionnalisation du principe de précaution, en tant qu'il repose sur la combinaison de l'incertitude et de l'ignorance, est particulièrement débattue, elle semble inévitable dans le cadre de la consécration du droit à l'environnement. En affirmant que ce principe « *résulte d'une exigence de la raison face à des dommages dont la réalisation (...) serait peu réversible et peu compensable* », et en ajoutant qu'il s'agit « *d'un authentique progrès pour l'agir collectif, que sa constitutionnalisation ne saurait transformer en mal majeur, malgré les tâtonnements de sa mise en œuvre* », Olivier Godard admet l'évolution des rationalités de référence. Attestant d'un décalage majeur entre les mécanismes classiques de décision publique, reposant sur la certitude scientifique, et les exigences qu'implique l'émergence de « *nouveaux risques* »⁴⁰, le principe de précaution a le mérite de proposer, parfois maladroitement, un axe de résolution de la crise qui affecte les processus démocratiques.

B – Le principe de précaution, symptôme d'une crise de la représentation ?

« *Bien que les revendications qui se réclament de la précaution ne soient pas toujours exemptes d'incohérences, il s'agit d'un phénomène social majeur qui met en cause de nombreux aspects du fonctionnement des démocraties* »⁴¹.

³⁵ Michel PRIEUR, « *Incertaineté juridique, incertaineté scientifique et protection de l'environnement* », op. cit.

³⁶ C. C. 2001-446, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*

³⁷ David DEHARBE, « *La controverse du principe de précaution, le plaidoyer* », op. cit..

³⁸ Michel PRIEUR, op. cit.

³⁹ Bertrand MATHIEU, « *Le principe de précaution, propos introductifs* », RJE n° spécial, 2000.

⁴⁰ Selon l'expression célèbre de Marcel MAUSS

⁴¹ Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, « *Le principe de précaution, rapport au Premier Ministre* », op. cit.

Référence centrale du débat public relatif à la prévention et à la gestion des risques, le principe de précaution s'affirme comme la solution politique aux crises de confiance qui découlent de l'inadéquation entre l'action publique et le savoir scientifique. En effet, « *Le principe de précaution surgit dans un paysage social et politique de la gestion des risques dans lequel des parties importantes de la population ne se sentent pas représentées et défendues comme elles le souhaitent face aux risques collectifs qui menacent leur vie, leur santé, leur intimité ou leur milieu de vie* »⁴².

Les enjeux d'irréversibilité et l'échelle nouvelle de temporalité que véhiculent les risques environnementaux imposent que le processus décisionnel soit appréhendé autrement. Le modèle préventif qui fondait jusque là les politiques publiques a montré ses limites et ne suffit plus à garantir un niveau de risque acceptable au citoyen. Les gouvernants doivent désormais œuvrer dans le sens d'une prévention précoce, en usant de prudence, voire de précaution, même dans les cas où le risque couru n'est pas scientifiquement avéré. Ainsi, tenus d'agir en l'absence de certitude, les responsables publics ne peuvent plus attendre qu'un tableau scientifique suffisamment complet et stabilisé leur permette d'envisager une action rationnelle. L'opinion publique exige d'être rassurée, et c'est à travers « *une instrumentalisation du droit* » que les décideurs politiques tentent, comme le souligne M. Prieur, de « *camoufler l'incertitude scientifique* »⁴³.

L'exemple de la loi du 30 décembre 1991, relative à la gestion des déchets radioactifs à vie longue illustre parfaitement cette dialectique : incapable de trouver une solution quant au retraitement des déchets radioactifs, la science est relayée par la loi, qui intervient pour rassurer l'opinion en consacrant le droit des générations futures, en proposant trois axes de recherche destinés à découvrir une solution matérielle, et en organisant une procédure de création des laboratoires souterrains. Le droit apparaît alors comme « *un accompagnement thérapeutique de l'incertitude scientifique* »⁴⁴.

La constitutionnalisation du principe de précaution est également symptomatique du crédit que réclament les gouvernants aux gouvernés. Devenu, selon les professeurs Viney et Kourilsky, une règle autonome du droit⁴⁵, ce principe exige, au terme de la Charte de 2005, que soient adoptées des décisions juridiques provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation d'un dommage, qui, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter gravement et de manière irréversible, l'environnement.

En réalité, plus qu'à la réalisation du dommage, n'est-ce pas à leur désaveu que les autorités publiques tentent de parer ? En effet, envisager des mesures destinées à éviter la réalisation d'atteintes hypothétiques, émanant d'un risque incertain, suppose que l'on opte pour l'un des scénarios auquel la prise de risque pourrait conduire. Et opérer un tel choix implique de considérer comme plus occurrent, donc plus certain, le scénario retenu. Comment, dès lors, un tel enchaînement d'hypothèses peut-il déboucher sur la production de mesures qui, bien que provisoires, sont censées « *parer à la réalisation du dommage* » ? En somme, comment prétendre créer des certitudes à partir d'incertitudes ?

En rassurant l'opinion à travers l'obligation d'agir sans attendre de savoir, le principe de précaution s'affirme paradoxalement comme un instrument dilatoire. Enjeu important de la gestion publique, il répond d'une approche prospective des dangers. Matérialisé par la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et l'adoption de mesures provisoires et

⁴² Olivier GODARD, « *Le principe de précaution, une nouvelle logique d'action entre science et démocratie* », Philosophie politique, mai 2000.

⁴³ Michel PRIEUR, « *Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement* », Les cahiers du CRIDEAU, n°3, Pulim.

⁴⁴ Michel PRIEUR, « *Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement* », op. cit.

⁴⁵ Geneviève VINEY et Philippe KOURILSKY, « *Le principe de précaution, rapport au Premier Ministre* », op. cit..

proportionnées par les autorités publiques, il permet ainsi de temporiser, en proposant des solutions évolutives.

Qu'il soit la réponse démagogique des pouvoirs publics face à la crise de confiance que les gouvernés manifestent à leur égard en matière de gestion des risques, ou l'expression d'une réelle volonté politique d'améliorer, par le biais juridique, cette même gestion, le principe de précaution tente, à sa décharge, de définir un point d'équilibre entre la pression opérée par une opinion parfois erratique sous l'emprise de la peur, la rupture qu'objective ce principe entre science, action et décision publiques et la nécessité de définir des moyens juridiques adaptés aux « sociétés du risque ».

Ainsi, au-delà des solutions controversées qu'il propose pour gérer les risques nouveaux, le principe de précaution n'est-il pas le filtre révélateur d'une évolution de la relation gouvernants-gouvernés ? En effet, ne décidant pas directement de la teneur des mesures à prendre, mais exigeant qu'elles répondent à une certaine forme (proportionnées et provisoires), la définition du principe suppose que la précaution est plus affaire de débat, voire de délibération, que d'éthique. La solution présentée par Olivier Godard, directeur de recherche au CNRS, semble convenir : selon lui, le principe de précaution induit « *une transformation de la raison publique elle-même, moins assurée de ses modalités scientifiques et rationnelles, mais plus ouverte sur la confrontation large au sein de la société, la participation des citoyens et la délibération* »⁴⁶.

⁴⁶ Olivier GODARD, « *Le principe de précaution, une nouvelle logique d'action entre science et démocratie* », op. cit.