

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2016

Life Sciences

MAGUELONE BRUN

« Gender medicine » et syndrome de Yentl :
quels enjeux en droit suisse

MARCEL LANZ

Die heilmittelrechtliche Qualifikation
von nanotechnologischen drug-delivery-Produkten

PIERRE HEUZÉ

La brevetabilité des cellules souches

ANTOINE REFONDINI

L'incertitude scientifique saisie par le droit

NESA ZIMMERMANN

A matter of life or death: the euthanasia debate
under a human rights perspective

CHRISTOPH LUTZ / PEPE STRATHOFF /

AURELIA TAMÒ / FLAVIUS KEHR

Privacy through Multiple Lenses: Applying
the St. Galler Privacy Interaction Framework



Weitere Infos zur Zeitschrift: www.ex-ante.ch

Für Abonnemente und Einzelhefte: verlag@dike.ch

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama

Nadia Kuźniar
Fiona Savary
Roman Schister

Die Herausgeber danken Eva Cellina herzlich für die Redaktion der französischsprachigen Texte.

Vertrieb und Abonnementsverwaltung / Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse
Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /
La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés
Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Insetate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03751-879-3

Our strength lies in our people

Werden Sie Teil unseres Teams. Wir bieten engagierten und sehr gut qualifizierten **Absolvierenden** und **Studierenden** ein interessantes und lehrreiches Anwaltspraktikum bzw. Kurzpraktikum in unserer Wirtschaftskanzlei an.

Ein erster Schritt zu Your NKF.

Besuchen Sie uns auf www.your-nkf.ch



YOUR
NKF

your-nkf.ch

be part of it



THE LAWYER
European Awards 2016

Law firm of the
year - Switzerland

★★★★★

Winner

Inhaltsübersicht / Sommaire

« Gender medicine » et syndrome de Yentl : quels enjeux en droit suisse

MAGUELONE BRUN

3

Die heilmittelrechtliche Qualifikation von nanotechnologischen drug-delivery-Produkten

MARCEL LANZ

14

La brevetabilité des cellules souches

PIERRE HEUZÉ

23

L'incertitude scientifique saisie par le droit

L'exemple du principe de précaution

ANTOINE REFONDINI

31

A matter of life or death: the euthanasia debate under a human rights perspective

NESA ZIMMERMANN

41

Privacy through Multiple Lenses: Applying the St. Galler Privacy Interaction Framework (SG-PIF)

CHRISTOPH LUTZ / PEPE STRATHOFF / AURELIA TAMÒ / FLAVIUS KEHR

49

L'incertitude scientifique saisie par le droit

L'exemple du principe de précaution

ANTOINE REFONDINI*

MOTS-CLÉS	Certitudes – Incertitudes scientifiques – Positivisme juridique – <i>Ars interpretandi</i> – Principe et éthique de précaution
RÉSUMÉ	La réalité des catastrophes écologiques à répétition impose aujourd'hui au droit et à la science d'abandonner ce qu'elles considéraient comme des vérités absolues pour admettre l'existence d'un monde fait de vérités plurielles. Cette transition doit se faire autant pour l'un que pour l'autre sous l'égide du principe de précaution, véritable régulateur de l'incertitude et passerelle de dialogue entre la science et le droit.
ZUSAMMENFASSUNG	Wiederholte Umweltkatastrophen zwingen Recht und Wissenschaft, sich von dem zu verabschieden, was sie als absolute Wahrheiten auffassten, und eine Welt zu akzeptieren, die aus verschiedenen Wahrheiten besteht. Diesen Wechsel muss sowohl die eine als auch die andere Disziplin vor dem Hintergrund des Vorsorgeprinzips, einem Regler der Unsicherheit und einer Schnittstelle des Dialogs zwischen Wissenschaft und Recht, vollziehen.
ABSTRACT	The ethical roots of the precautionary principle force us to globally reconsider our relationship with nature. To acknowledge the limits of our world and with it the limits of our certainties. Therefore, we have to create a dialogue between us and our environment to understand the complexity of a non-scientifically based world.

I. Introduction

De tout temps la science et le droit ont évolué de concert. D'abord dans leurs termes, tous deux parlant de lois ou de règles : loi de la nature pour l'une, loi des rapports sociaux pour l'autre. Puis dans leur construction : la science affirmant des vérités absolues car déduites des lois de la nature. Le droit, sous l'égide du positivisme juridique, érigeant des règles vraies car posées dans des textes. Dans leur évolution ensuite : passage d'une science moderne pétrie de certitudes vers une science contemporaine qui fait sienne l'incertitude scientifique. Le droit, quant à lui, s'ouvrant toujours plus à l'interprétation, ne disant plus le vrai par les textes mais le juste par la bouche des juges, véritables maîtres de la prudence. Enfin, dans leurs

influences réciproques : l'expertise scientifique venant confirmer ou infirmer un verdict de culpabilité par le recours aux analyses ADN par exemple. Le droit interdisant, quant à lui, le recours à certaines techniques scientifiques jugées trop à risque.

L'exposé de ces parallèles justifie pleinement l'étude des rapports entre droit et science, rapports qui s'exercent tout particulièrement en matière de droit de l'environnement. Par conséquent nous proposons dans un premier temps d'étudier l'évolution parallèle de la science moderne à la science contemporaine et du droit positiviste à l'*ars interpretandi* (section II et III) avant d'entrevoir leur rencontre en droit de l'environnement et plus précisément sous l'égide du principe de précaution (section IV).

II. Conception moderne de la science et positivisme juridique : liens et influences

A. La séparation Sujet – Objet

Afin de comprendre et expliquer les phénomènes naturels (*physis*),¹ la science moderne s'est appliquée à mathéma-

* Antoine Refondini, assistant-diplômé et doctorant à l'Université de Lausanne.

¹ ERIC NAIM-GESBERT, Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement, contribution à l'étude des rapports de la science et du droit, Bruxelles 1999, 23.

tiser la nature. A la réduire, selon les travaux de Galilée, à un ensemble d'éléments mathématiques déchiffrables qui, une fois confirmés par l'expérience, révèlent une vérité absolue.² C'est la mise en place d'une méthode *cartésienne* d'arrondissement de la nature au terme de laquelle cette dernière est circonscrite à un monde homogène, ordonné et déterministe.³ Les processus naturels sont alors ramassés sous forme de lois et d'axiomes, construits sur la base d'une méthode univoque mais indémontrable.⁴ Il ne subsiste qu'un seul point de vue, celui du sens clair,⁵ dénué de toute contingence. Il est alors possible de poser sur la nature un regard objectif, indépendant de tout rapport aux valeurs sociales, politiques et culturelles.⁶ C'est l'avènement d'un dualisme de pensée,⁷ d'une séparation ontologique entre sujet et objet.⁸ L'homme, seul être doté de rationalité, est objectivement en mesure de séparer l'objet de son étude, la nature, de lui-même, sujet et observateur extérieur. De cette façon il est légitimé, à la manière d'un ingénieur, à décrire, étudier, décortiquer cette machine inanimée que représente la nature. Par ses méthodes systématiques et synthétiques il justifie son étude, ce qui lui permet d'exposer une vérité absolue. Il constate ainsi « les faits », la « vérité vraie », il révèle une correspondance entre ce qui est *dit* et ce qui *est*, le contexte n'ayant aucune forme d'importance.⁹ Il n'y a alors qu'une seule vérité qui ne souffre d'aucune relativité humaine, d'aucun doute ; c'est l'avènement de la *certitude*.¹⁰ Un fait, puisque obtenu par un observateur neutre et rationnel appliquant une méthode scientifique donnée, ne peut être que vrai.¹¹ La science est reine de la connaissance, elle fait autorité sur le savoir.¹²

La nature rendue ainsi « inerte, homogène et mathématisé[e] s'offre à la maîtrise de qui en connaît les lois ». ¹³ L'homme qui pense se trouve au-dessus de la nature, il peut exercer à son encontre pouvoir et dominance. Cette conviction d'une maîtrise absolue de la nature, amènera au fil des siècles à de folles dérives.¹⁴ L'on mentionnera notamment la « maîtrise » de l'énergie nucléaire et ses utilisations militaires. Le clonage de la brebis Dolly. Et surtout le péril transhumaniste qui ira jusqu'à porter atteinte à l'unité du genre humain, à établir une scission au sein même de l'espèce humaine. L'on relèvera également le pouvoir, sur l'inconscient collectif, de l'image d'une science vecteur de certitudes. C'est ainsi que MILGRAM, en garantissant la scientificité de son expérience, conduira certains de ses sujets d'étude jusqu'au meurtre. La science, figure d'autorité parce que détentrice du savoir, conforte le sujet de l'étude dans la conviction que la cause est juste car estampillée du sceau de la science. Cette surpuissance influencera également différents domaines des sciences humaines au rang desquels figure la science juridique.

B. Le droit : transposition de la science moderne

« Dès l'origine, la question de la justice va du même pas que celle de la science », ¹⁵ elle a par conséquent largement « participé comme toutes les autres sciences, à l'effort occidental de séparation entre l'homme et la nature pour mieux la maîtriser ». ¹⁶ C'est avant tout le reflet d'une boucle de rétroaction.¹⁷ D'abord parce que le droit s'est construit sur le modèle des sciences.¹⁸ Sous l'égide du positivisme juridique apparaît la notion de *loi*,¹⁹ et avec elle

-
- 2 SERGE GUTWIRTH/ERIC NAIM-GESBERT, Science et droit de l'environnement : réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités, RIEJ 1995, 33 ss, 35 ; NAIM-GESBERT (n. 1), 24.
 - 3 ALAIN PAPAUX, La représentation de la nature : de la certitude moderne à l'incertitude contemporaine ou quand la théorie du droit rencontre la philosophie des sciences, in : Piotet/Tappy (éds.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils, recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette Sandoz, Lausanne 2006, 85 ss, 88 ; NAIM-GESBERT (n. 1), 23 et 27.
 - 4 NAIM-GESBERT (n. 1), 22, à ce titre l'on relèvera les travaux de KARL POPPER qui démontra que les théories scientifiques qualifiées de « vraies » ne pouvaient être prouvées, elles n'avaient pour l'heure simplement pas été réfutées avec succès : KARL POPPER, La logique de la découverte scientifique, Paris 2002, 270 ss.
 - 5 PAPAUX (n. 3), 88.
 - 6 SERGE GUTWIRTH, Autour du contrat naturel, in : Gérard/Ost/van de Kerchove (éds.), images et usages de la nature en droit, Bruxelles 1993, 75 ss, 78.
 - 7 PAPAUX (n. 3), 94.
 - 8 GUTWIRTH/NAIM-GESBERT (n. 2), 35.
 - 9 Cette exclusion de tout ce qui relève du contingent peut-être qualifié de « point aveugle » de la science, à ce sujet : MICHEL BITBOL, A propos du point aveugle de la science in : Hess/Bourg (éds.), Science, conscience et environnement, penser le monde complexe, Paris 2016, 63 ss.
 - 10 PAPAUX (n. 3), 92.
 - 11 GUTWIRTH/NAIM-GESBERT (n. 2), 36.
 - 12 FRANÇOIS OST, La nature hors la loi, l'écologique à l'épreuve du droit, Paris 2003, 29.
 - 13 PAPAUX (n. 3), 94.
 - 14 NAIM-GESBERT (n. 1), 22 ; NICOLAS DE SADELEER, La conservation de la nature au-delà des espèces et des espaces : l'émergence des concepts écologiques en droit international, in : Gérard/Ost/van de Kerchove (éds.), images et usages de la nature en droit, Bruxelles 1993, 165 ss.
 - 15 MICHEL SERRES, Le contrat naturel, Paris 1990, 93 ; A. PAPAUX, Droit et science : l'heure du dialogue dans la précaution. Ou comment la philosophie du droit de l'environnement en prépare les fiançailles au son du principe de précaution, in : Bovay/Nguyen (éds.), mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Berne 2005, 151 ss, 151.
 - 16 MARIE-ANGÈLE HERMITTE, Pour un statut juridique de la diversité biologique, RFAP, n° 53, janvier–mars 1990, 32 ss, 35.
 - 17 GUTWIRTH (n. 6), 76.
 - 18 PAPAUX (n. 15), 152.
 - 19 PAPAUX (n. 3), 93.

la notion de *certitude* de ce qui est posé.²⁰ Elle est parole d'univocité, force de l'évidence et gage de sécurité juridique. Elle éloigne alors l'*ars juris* de l'*ars interpretandi*, le juge véritable technicien du droit, ne fait qu'appliquer mécaniquement la loi, il est réduit à n'agir que comme « bouche de la loi ». ²¹ C'est la consécration de la science du droit (*Rechtswissenschaft*).²² Ensuite, parce que le droit s'affirme d'une technique et d'une logique scientifique en raisonnant sur la base d'une méthode hypothético-déductive (ou syllogisme juridique), le juge cherche à démontrer l'exactitude d'une proposition en rattachant cette dernière, via des règles d'inférence, à une série de prémisses supposées valides.²³ Le résultat ainsi obtenu se présente comme fiable, rigoureux et nécessaire, en ce sens que la conclusion ne peut être qu'acceptée.²⁴ Enfin, et c'est là que la science du droit rétroagit sur la science moderne, le droit va confirmer la séparation entre le sujet et l'objet. L'homme est érigé en seul sujet de droit possible, il est titulaire de droits sur la nature mais n'a aucun devoir

envers cette dernière.²⁵ L'hégémonie du droit de propriété, qui confère un droit absolu, illimité, d'user et d'abuser des choses s'impose comme figure de proue de la séparation entre sujet et objet.²⁶ Certes ce droit est limité dans certains cas, mais toujours dans le but de protéger le titulaire d'un autre droit subjectif, jamais l'objet ne se voit directement protégé par le droit.²⁷

Cette position de l'homme comme seul sujet de droit dénote, plus largement, une véritable éthique anthropocentrée.²⁸ L'homme est placé au centre de la mécanique juridique, il est le cœur de la réflexion, le droit est construit par les hommes et pour les hommes. Partant, il considère ce qui l'environne comme un simple réservoir de ressources dont il peut user à volonté.²⁹ Il tisse ainsi un rapport purement utilitariste à la nature. Et les premiers pas en matière de droit de l'environnement refléteront pleinement cette éthique en consacrant un droit *de l'homme* à la protection de l'environnement. *In fine*, en protégeant la nature c'est encore et toujours l'homme qu'il s'agit de protéger.³⁰ La déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement disposera ainsi, à son principe premier, que « les êtres humains sont *au centre* des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et *productive* en harmonie avec la nature ». ³¹ Un même constat peut être établi au niveau national. Le préambule de la Charte de l'environnement, adossé à la Constitution française, déclare notamment que « les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité » ou que « l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ». ³² Enfin, l'art. 74 al. 1 Cst. féd. dispose que « la Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles et incommodes ». ³³

En définitive le droit exprime une certaine fascination pour la science,³⁴ une quasi-soumission serions-nous tentés de dire, tellement il n'a de cesse de se référer – voire de se reposer – sur la science. Paradoxalement, c'est l'objet de sa maîtrise qui rappellera l'homme à sa condition de simple mortel et induira une remise en question aussi bien des canons de la science moderne que du droit.

III. La science contemporaine en quête de vraisemblance

A. L'incertitude source de dialogue entre l'homme et la nature

Le 11 avril 1912, 1324 passagers et 889 membres d'équipage quittent le port de Queenstown pour ce qui devait

20 PAPAUX (n. 15), 152.

21 CHARLES LOUIS DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, tome II, livre onzième, chapitre IV.

22 PAPAUX (n. 15), 152.

23 LÉNA SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, Paris 2009, 63 ; ALEXANDRE FLUECKIGER, *La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution*, *Revue européenne des sciences sociales*, n 128 (2003), 107 ss, 114.

24 SOLER (n. 23), 63.

25 MERYEM DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Paris 2015, 17.

26 FRANÇOIS OST, *Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme – nature*, in : Gérard/Ost/van de Kerchove (éds.), *images et usages de la nature en droit*, Bruxelles 1993, 17 ss ; GUTWIRTH (n. 6), 93 ; DEFFAIRI (n. 25), 18 s.

27 On pense également aux principes de *res nullius* et *res communes* permettant « l'appropriation » de ce qui n'est pas encore approprié ou de ce qui ne devrait pas l'être ; OST (n. 26), 23 ss ; GUTWIRTH (n. 6), 94.

28 GUTWIRTH (n. 6), 78 ; DEFFAIRI (n. 25), 18.

29 DEFFAIRI (n. 25), 17.

30 DEFFAIRI (n. 25), 23.

31 Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro 1992. De nombreux autres textes de portée internationale pourraient être cités dont notamment la Convention de 1932 entre la Norvège et la Grande-Bretagne visant à assurer la pérennisation de l'exploitation baleinière ou la convention de Paris du 19 mars 1902 visant à protéger uniquement les oiseaux « utiles à l'agriculture » ; pour d'autres illustrations voir notamment : GUTWIRTH (n. 6), 101 ss.

32 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

33 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

34 PAPAUX (n. 15), 152.

être la traversée inaugurale du plus grand et du plus sûr paquebot de l'Histoire : le Titanic. Faisant preuve d'une confiance totale dans l'infaillibilité de la science, et d'un orgueil démesuré, l'homme ira jusqu'à baptiser cette machine parfaite d'insubmersible. La fin des certitudes prendra place trois jours plus tard dans les eaux de l'Atlantique lorsque le fleuron de la technologie maritime coulera en un peu plus de deux heures.

Avec le Titanic c'est la science moderne qui prend l'eau. Tel un iceberg, la nature s'est élevée pour interrompre la route de la démesure technologique. La science contemporaine prend alors la mesure de ses excès au gré des catastrophes écologiques qui se succèdent.³⁵ On mentionnera, parmi beaucoup d'autres, les accidents nucléaires de Tchernobyl et Fukushima, le naufrage de l'Erika, de l'Exxon Valdez, ou du bien tristement nommé Prestige. Au-delà de ces événements spectaculaires, les pollutions diffuses mettent en exergue l'impossibilité pour la science moderne de prédire les effets à long terme de la technologie. Face à l'acidification des lacs, au réchauffement climatique ou à la réduction de la couche d'ozone, les repères s'effondrent et la logique s'inverse.³⁶ La marque du changement s'exprime d'abord dans la fin du grand partage entre sujet et objet. Avec la physique quantique³⁷ et le chat de Schrödinger, la science contemporaine réalise l'impossible séparation *principielle* entre le sujet et l'objet, ce dernier étant intimement lié au comportement du premier.³⁸ La science contemporaine abandonne alors l'idée d'un observateur objectif et neutre qui ne viendrait que constater les faits naturels qui se présentent à lui.³⁹ Bien au contraire, elle se construit autour de l'expérience, du questionnement de la nature, elle établit un dialogue entre sujet et objet. Elle ne se place plus, à la manière d'un ingénieur, à l'extérieur de la machine nature mais en constitue un rouage, ni plus ni moins important qu'un autre. Avec la science contemporaine c'est globalement la position de l'homme face à la nature qui se réajuste. Notre enfermement planétaire⁴⁰ nous réinscrit dans la nature.⁴¹ Nous ne sommes plus environnés par un monde naturel à notre service, déchiffrable par l'usage de notre raison. Bien au contraire nous sommes *dans* la nature, elle est le *milieu* dont nous dépendons pour vivre.⁴² A ce titre c'est également un dialogue qui s'effectue, non plus uniquement entre la science contemporaine et la nature mais entre l'homme et son milieu. Cette « allégeance forcée »⁴³ induit la nécessité de repenser le « rapport que nous entretenons désormais avec le monde, notre maître jadis et naguère notre esclave, toujours notre hôte en tout cas, maintenant notre symbiote ».⁴⁴

La nature n'étant plus déchiffrable *in abstracto*, mais à la suite d'une expérimentation nécessairement sujette à contextualisation, il n'est plus possible d'établir de vérité

objective et absolue ; toute vérité devient relative puisque dépendante d'une certaine interprétation du réel, d'un certain point de vue.⁴⁵ On bascule d'un monde de science à un univers de recherche que peu de choses unissent, en effet comme le dit LATOUR « la science repose sur la certitude, la recherche sur l'incertitude, l'inconnu, le risque, le pari ; la science repose sur des idées ou des micro-théories, la recherche sur des pratiques ; enfin, la science est autonome, la recherche est connectable ou connectée ».⁴⁶ En d'autres termes, la science contemporaine apprend la beauté et l'humilité de *l'incertitude*.⁴⁷ Elle devient le lieu du doute, de l'hésitation, de l'indécision, elle se confronte pleinement aux limites de sa connaissance.⁴⁸ Paradoxalement, la multiplication des découvertes conduit à la fois à limiter l'ignorance et à révéler la complexité du monde, mère de l'incertitude.⁴⁹ Ce degré d'incertitude des sciences révèle alors le caractère pluriel de la vérité et conduit à l'abandon de la recherche d'une vérité unique, rationnelle et absolue. Il n'y a plus que des apparences de vérités, des (vrai)semblances, continuellement empruntées de relativité contingente au monde social, économique, politique.⁵⁰ Nous sommes en présence d'un pluralisme de vérités⁵¹ construit sur la connexité, l'hybridation du sujet et de l'objet.

En conclusion, la science contemporaine découvre son humanité. Loin d'évoluer en dehors de la société, elle est

35 DE SADELEER (n. 14), 166.

36 PAPAUX (n. 15), 155 ; DE SADELEER (n. 14), 169.

37 NAIM-GESBERT (n. 1), 30.

38 PAPAUX (n. 3), 97.

39 PAPAUX (n. 3), 97.

40 ANDRÉ LEBAU, *L'enfermement planétaire*, Paris 2011.

41 ALAIN PAPAUX, *Biosphère et droits fondamentaux*, Genève, Zurich, Bâle 2011, 55.

42 PAPAUX (n. 15), 155.

43 PAPAUX (n. 15), 155.

44 SERRES, (n. 15), 67.

45 PAPAUX (n. 3), 97.

46 BRUNO LATOUR, *Esquisse d'un Parlement des choses*, in : *Écologie Politique*, numéro 10, Paris 1994, 101 ss, 108.

47 GUTWIRTH/NAIM-GESBERT (n. 2), 40.

48 MICHEL PRIEUR, *Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement*, in : Université de Limoges, Faculté de droit et des sciences économiques (éd.), *Incertitude juridique, Incertitude scientifique*, actes du Séminaire de l'Institut fédératif « Environnement et Eau », Limoges 2000, 9 ss, 11.

49 PRIEUR (n. 48), 12.

50 GUTWIRTH/NAIM-GESBERT (n. 2), 41 ; DOMINIQUE BOURG/ALAIN PAPAUX, *Anthropologie de la finitude*, in : Bourg/Papaux (éds.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Paris 2015, 44 ss, 45.

51 GUTWIRTH/NAIM-GESBERT (n. 2), 42 ; NAIM-GESBERT (n. 1), 31.

bel et bien construite dans et par cette dernière, elle « lit et déchiffre la nature selon une grille de lecture socialement convenue ». ⁵² Et l'on retrouvera ici une caractéristique propre au droit qui ordonne les rapports entre sujets en fonction d'un tout socialement établi.

B. Le droit : art de l'interprétation

Tout comme la science, le droit se fait lui aussi contemporain et rejoint la science dans le flou de l'incertitude. ⁵³ Il y a ainsi transition d'un droit certain et objectif parce que posé ⁵⁴, à un droit du « plus ou moins ». ⁵⁵ Il opère alors dans l'incertitude en abandonnant la notion de commandement général et absolu pour lui préférer le concept de norme ou de règle. ⁵⁶ Il met par là en exergue une « logique floue » du droit, embrassée par le concept d'interprétation. Tout comme pour la science contemporaine, il n'y a plus lieu de constater une vérité juridique absolue mais d'interpréter, de questionner la règle de droit, pour aboutir à un résultat raisonnable et proportionné. La loi n'est pas expression de science mais de « prudence » car la finalité du droit n'est pas la recherche de la vérité scientifique mais le bien de la société et des êtres humains. ⁵⁷ On perçoit alors toute la subtilité du travail du juge qui ne recherche pas la vérité, mais le juste en fonction d'un contexte donné. Il n'y a plus de certitude juridique univoque, ⁵⁸ bien au contraire le juge tranche, arrête, pour un temps donné, un raisonnement juridique en fonction d'une règle de droit qui reflète

l'idéologie dominante. ⁵⁹ Il part des faits, du contingent social, pour donner une solution juste à un moment précis dans une situation spécifique. Là aussi l'on peut établir un parallèle entre science contemporaine et droit. En effet, tous deux s'imprègnent du monde social dans lequel ils évoluent pour apporter une réponse (vrai)semblable. Le droit apparaît ainsi « dans la nature des choses », ⁶⁰ induisant la nécessité d'interroger la nature des choses *sociales* pour en délimiter la nature *juridique*. C'est la naissance d'une dialectique entre le droit et ce qui est donné *a priori*, la matière brute à laquelle il y a lieu de donner une vie juridique. ⁶¹

S'il existe bien un domaine du droit qui ne peut se penser qu'en interaction avec l'homme c'est le droit de l'environnement. ⁶² En effet, il existe pour et à cause de l'homme. ⁶³ Pour, car il tend à assurer la survie de l'espèce, en préservant les éléments de base essentiels à sa prolifération. ⁶⁴ A cause, car sans un usage démesuré du milieu naturel par l'homme la nécessité d'un droit protégeant l'environnement ne se serait pas fait sentir. Le droit de l'environnement a ainsi pour tâche essentielle de réconcilier l'homme et la nature dans un effort de mesure et de prudence. Cette réconciliation, bien que forcée, ne peut pas être de nature prescriptive, il ne s'agit pas de dresser des interdictions stricts, mais bien de dialoguer afin de « gérer le risque environnemental » à l'aide de principes juridiques. ⁶⁵ Comme le disent très justement GUTWIRTH et NAIM-GESBERT, « la science qui possédait la vérité de droit et qui pouvait filer à toute vitesse, sans se retourner, survolant tout obstacle, fait place à une science, ancrée dans la société, où la discussion, la controverse et la politique créent des responsabilités et consacrent prudence et précaution ». ⁶⁶ Ainsi le principe de prévention d'abord puis, plus récemment et de façon plus marquée, celui de précaution, marquent un tournant dans le rapport entre l'homme et la nature et donc entre le droit et la science. ⁶⁷

IV. Le principe de précaution : expression de la prudence

A. Dimensions philosophiques et juridiques

Avant de traiter le principe de précaution dans sa dimension juridique il est nécessaire, pour bien le délimiter, de l'aborder dans sa dimension philosophique, dans sa qualité toute générale d'approche ou d'attitude de précaution.

Dans sa dimension philosophique la précaution reconnaît avant tout l'incommensurabilité et la complexité de la nature. ⁶⁸ Nous l'avons dit, forte d'un savoir de plus en plus global, la science contemporaine sait qu'elle ne sait pas. ⁶⁹ Elle se doit d'agir et de penser en terme de com-

52 NAIM-GESBERT (n. 1), 32.

53 PRIEUR (n. 48), 12 ; NAIM-GESBERT (n. 1), 35 et 36.

54 NAIM-GESBERT (n. 1), 35.

55 ALAIN PAPAUX, Introduction à la philosophie du « droit en situation », Genève/Zurich/Bâle 2006, 142.

56 NAIM-GESBERT (n. 1), 37 ; PAPAUX (n. 55), 143.

57 PRIEUR (n. 48), 13.

58 PAPAUX (n. 15), 156.

59 NAIM-GESBERT (n. 1), 41.

60 NAIM-GESBERT (n. 1), 38.

61 NAIM-GESBERT (n. 1), 39.

62 PAPAUX (n. 15), 155.

63 OST (n. 26), 33.

64 NAIM-GESBERT (n. 1), 47.

65 NAIM-GESBERT (n. 1), 55 et 56 ; PAPAUX parlera à ce titre de « droit négocié », voir : PAPAUX (n. 55), 224.

66 GUTWIRTH/NAIM-GESBERT (n. 2), 58.

67 FABIA JUNGO, Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse, avec des perspectives de droit international et de droit européen, Genève/Zurich/Bâle 2012, 8.

68 PAPAUX (n. 6), 158.

69 FRANÇOIS EWALD, Philosophie politique du principe de précaution, in : Ewald/Gollier/de Sadeleer (éds.), Le principe de précaution, Paris 2008, 6 ss, 31.

plexité, elle-même reflet d'un monde fait de vérités plurielles.⁷⁰ Elle a ainsi fait pleinement sienne le doute et l'incertitude.⁷¹ Alors que dans le contexte de la science moderne les décisions étaient déduites de manière objective, la science contemporaine a pleinement introduit la subjectivité dans tout mécanisme décisionnel. C'est de cette subjectivité que se saisit le principe de précaution, en décrivant une nouvelle attitude face au doute⁷² et en fournissant un modèle de décision en contexte d'incertitude.⁷³ Dans un tel modèle toute décision résulte non pas d'une démarche scientifique absolue mais d'une logique indicielle.⁷⁴ L'application du principe de précaution s'effectue ainsi à partir de données scientifiques mais *non au sein* de la science,⁷⁵ elle procède d'une logique inductive et non plus déductive. Ce changement de logique décisionnelle influencera grandement la formalisation de la précaution comme principe juridique.

Bien qu'il fasse ses premières apparitions sous l'égide d'un principe de prudence, notamment au sein de la Convention du 19 mars 1902 sur la protection des oiseaux utiles à l'agriculture, c'est véritablement le droit international qui donna ses premiers galons au principe de précaution. La déclaration de Rio sur l'environnement et le développement donnera une première formulation du principe : « En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitudes scientifiques absolues ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Après avoir été largement consacré par d'autres textes internationaux,⁷⁶ le principe fit son entrée dans de nombreuses législations nationales et supranationales. Au niveau communautaire le principe de précaution fut inséré à l'art. 130-R-2 du Traité de Maastricht (art. 174 du Traité d'Amsterdam). Au niveau national l'Allemagne est apparue de longue date comme un précurseur dans ce domaine, elle donna d'ailleurs la première terminologie du principe dans les termes de *Vorsorgeprinzip*.⁷⁷ En 2005, le droit français l'introduisit dans sa Constitution aux côtés des droits de l'homme par le biais de la Charte de l'environnement, adossée à la Constitution. Influencé par le droit allemand, le législateur suisse a de longue date consacré le principe de précaution, notamment de manière implicite à l'art. 24 septies a Cst. féd.⁷⁸ Le principe figure aujourd'hui textuellement à l'art. 74 Cst. féd. Il y a lieu de relever à ce stade que la version française du texte de l'art. 1 al. 2 LPE traduit le terme allemand de « *Vorsorgeprinzip* » par celui de prévention, alors que le droit international et communautaire par celui de précaution. Cette distinction s'explique essentiellement par le fait qu'en droit allemand le « *Vorsorgeprinzip* » a la signification d'un principe général de gestion des risques et intègre à ce titre des éléments de préven-

tion et de précaution.⁷⁹ Par conséquent il y a lieu de comprendre le « *Vorsorgeprinzip* », des versions allemandes des art. 74 al. 2 Cst. féd. et 1 al. 2 LPE, comme un principe général d'anticipation qui englobe aussi bien des aspects de prévention que de précaution.⁸⁰ Les versions françaises et italiennes étant à ce titre incomplètes.⁸¹

Quoique largement reconnu, le principe de précaution ne fait pour l'heure l'objet d'aucun consensus quant à sa définition.⁸² On retrouve néanmoins trois critères fondamentaux qui commandent l'adoption d'une attitude de précaution : il faut être en présence d'un risque, d'un dommage et d'une certaine incertitude scientifique.⁸³

Le risque, compris comme « un danger éventuel plus ou moins prévisible pouvant causer un dommage »,⁸⁴ représente le fondement du principe de précaution. En effet, c'est la volonté du droit de gérer le risque consubstantiel à toute société moderne qui a forgé le principe de précaution.⁸⁵ Il ne s'agira pas de prendre en compte tout type de risque, seuls les risques incertains, soit « ceux dont la

70 NAIM-GESBERT (n. 1), 56 s.

71 BRIGITTE FASEL, La précaution en matière de santé publique, démarche ou principe ?, Neuchâtel, 2011, 37 s.

72 EWALD (n. 69), 27.

73 NAIM-GESBERT (n. 1), 559.

74 DOMINIQUE BOURG/ALAIN PAPAUX, Principe de précaution (philosophie), in : Bourg/Papaux (éds.), Dictionnaire de la pensée écologique, Paris 2015, 804 ss, 805.

75 BOURG/PAPAUX (n. 74), 804 s.

76 Voir notamment : la Déclaration ministérielle de la Deuxième Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (paragraphe VII) ; la Charte mondiale de la nature (paragraphe 11b) ; la Convention-cadre sur le changement climatique ; la Convention sur la diversité biologique.

77 MATHILDE BOUTONNET/ANNE GUEGAN, Historique du principe de précaution, in : Kourilsky/Viney (éds.), Le principe de précaution, Paris 2000, 257 ss.

78 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 avril 1874, RS 101 ; voir aussi : JUNGO (n. 67), 116.

79 JUNGO (n. 67), 125 ; FLUECKIGER, (n. 23), 114.

80 FLUECKIGER (n. 23), 114 ; ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zurich 2001, 61.

81 JUNGO (n. 67), 127 ; FLUECKIGER, (n. 23), 114.

82 Pour des exemples de définitions doctrinales voir notamment : FLUECKIGER (n. 23), 112 et références citées ainsi que JUNGO (n. 67), 21 ss.

83 LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES, Le principe de précaution : nature, contenu et limites, in : Leben/Verhoeven (éds.), Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire, Paris 2002, 71 ; JUNGO (n. 67), 237 ss ; FASEL (n. 71), 35 ss ; URSULA MARTI, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung, 15 ss.

84 BOISSON DE CHAZOURNES (n. 83), 71 ; PHILIPPE KOURILSKY/GENEVIÈVE VINEY, Le principe de précaution, Paris 2000, 16 ; JUNGO (n. 67), 13 ss.

85 FLUECKIGER (n. 23), 113.

science n'a pas établi l'existence mais dont il n'est pas déraisonnable de penser qu'ils existent », seront traités par le principe de précaution⁸⁶. Dans cette perception le risque est par essence : aléatoire, imprévu, difficile à appréhender ainsi qu'à évaluer. La seule existence d'un risque ne suffit pas à déclencher l'application du principe de précaution, encore faut-il qu'il puisse potentiellement conduire à la survenance d'un dommage. En d'autres termes, si sa réalisation risque de porter atteinte à des valeurs et à des intérêts que la communauté estime nécessaire de protéger.⁸⁷

En application du principe de précaution, le dommage est synonyme d'atteinte comprise comme « l'impact d'un comportement ou d'une activité sur le bien protégé ». ⁸⁸ A l'origine aucun texte ne fixait de seuil de gravité du dommage, il s'agissait alors de parer tous les risques.⁸⁹ Au regard de la multiplicité des atteintes cette perspective est rapidement apparue aussi irréalisable que contre-productive. Empêcher toute avancée technologique c'est aussi condamner le principe de précaution qui ne peut s'appliquer que dans la mesure.⁹⁰ Ainsi pour entraîner l'application du principe de précaution le dommage doit, selon les textes, être grave, irréversible ou grave *et* irréversible. La gravité du dommage s'évaluera essentiellement par application de critères subjectifs qui varieront en fonction du lieu, de l'époque, des personnes concernées etc.. Une situation est quant à elle irréversible lorsqu'il est impossible de revenir au point de départ. Là aussi il faudra faire appel à des critères subjectifs pour déterminer le point de départ attendu, tout pouvant être plus ou moins irréversible.⁹¹ Les difficultés dans l'évaluation et la mesure du risque et du dommage sont inhérentes au contexte d'expression du principe de précaution : l'incertitude scientifique.⁹²

Ce dernier élément permet avant tout de distinguer la précaution de la prévention. Cette dernière ne se justifie qu'en présence de certitudes scientifiques, elle ne peut s'appliquer que si le risque est scientifiquement connu⁹³. A l'inverse, le principe de précaution s'applique justement en l'absence de certitudes scientifiques. Ce critère est malaisé à délimiter et les textes internationaux en donnent une approche diversifiée. Ainsi, l'incertitude scientifique est parfois définie comme l'absence de certitudes scientifiques *absolues* ou *complètes*,⁹⁴ ou comme un manque de données scientifiques *adéquates*. A nouveau c'est une approche subjective qui prédomine.

Concrètement l'application du principe de précaution a vocation à influencer le droit, tout particulièrement en matière de protection de l'environnement, et cela à plusieurs niveaux. D'abord dans le chef de l'auteur de la norme. Actuellement la décision d'interdire la commercialisation d'une substance ou l'exploitation d'une industrie nécessite de reposer sur des données scientifiques éprouvées, la concrétisation de l'incertitude scientifique au travers du principe de précaution interdit l'inaction en l'absence de certitude scientifique.⁹⁵ Auparavant le doute scientifique profitait au pollueur, c'est désormais à l'environnement d'en tirer parti.⁹⁶ Ensuite quant à l'application de la norme,⁹⁷ le principe de précaution recommande ainsi un renversement de la charge de la preuve pour le justiciable.⁹⁸ Alors que la charge de la preuve incombe normalement à celui qui invoque un droit, le principe de précaution préconise d'en faire supporter le poids à la partie qui est la plus apte à l'établir, soit en général le pollueur.⁹⁹ Enfin il aura également vocation à reconsidérer les canons trop rigides de la responsabilité civile. Il justifiera ainsi d'élargir la notion de faute, en considérant notamment comme fautif celui qui, en contexte d'incertitude ou de doute, n'aura pas adopté une attitude de précaution pour se prémunir d'un risque encore incertain.¹⁰⁰

B. Les limites du principe

La perception essentiellement subjective du principe de précaution laisse transparaître ses limites ; limites qui sont à la fois force, faiblesse et essence même du principe. Le principe de précaution souffre de ce qu'il nous force à changer de perspective ; à repenser notre rapport à la nature et nos modes décisionnels. Il impose de se détacher de cette rationalité prétendument fondatrice pour se plonger, corps et âme, dans la subjectivité. Il ne trace pas un seul et unique chemin mais se place au carrefour d'une multitude de choix et de décisions parfois difficiles à cerner.

La subjectivité du principe s'exprime d'abord par la nécessité de déterminer un seuil au-delà duquel il s'applique,

86 BOISSON DE CHAZOURNES (n. 83), 72 ; MARTI (n. 83), 16 s.

87 NICOLAS DE SADELEER, Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement, Bruxelles 1999, 198.

88 JUNGO (n. 67), 18.

89 JUNGO (n. 67), 20.

90 FASEL (n. 71), 23.

91 BOISSON DE CHAZOURNES (n. 83), 77 s.

92 Pour l'application de ces critères en droit suisse voir : JUNGO (n. 67), 237 ss.

93 FLUECKIGER (n. 23), 112 s.

94 BOISSON DE CHAZOURNES (n. 83), 80 ; JUNGO (n. 67), 9.

95 DE SADELEER (n. 87), 191.

96 DE SADELEER (n. 87), 191.

97 Sur cette question en droit suisse voir : MARTI (n. 83), 147 ss ; FASEL (n. 71), 189 ss.

98 Sur la question : FLUECKIGER (n. 23), 117 ss.

99 DE SADELEER (n. 87), 204, sur la problématique de la preuve « diabolique » voir : FLUECKIGER (n. 23), 118.

100 DE SADELEER (n. 87), 212.

l'incertitude ne saurait être sans limite.¹⁰¹ Ce problème d'évaluation se manifeste aussi bien eu égard au risque, qu'au dommage ou au critère d'incertitude scientifique. Etablir l'existence d'un risque c'est déterminer ce qui menace ou compromet l'existence ou la sûreté d'une personne ou d'une chose.¹⁰² La détermination du risque sera ainsi intimement liée à des éléments contingents tel que le lieu géographique, les personnes concernées, les objectifs socio-économiques. Il est en somme issu d'une certaine représentation sociale et s'inscrit dans des formes changeantes selon l'époque de sa réalisation et la société dans laquelle il s'inscrit.¹⁰³ Par exemple, un citoyen suisse sera beaucoup moins concerné par la montée des eaux que les habitants du Bangladesh. De même, l'Inde ou le Brésil, désireux d'atteindre un modèle économique occidental, seront beaucoup moins enclins à prendre des mesures qui affecteront leur croissance économique et technologique. De plus, une fois les événements à risque déterminés, il sera encore nécessaire d'établir à partir de quel niveau un tel risque est considéré comme réalisé. Faut-il agir en présence d'un dépassement faible du risque zéro ou faut-il laisser une (large) marge de manœuvre au progrès scientifique ?

Une réflexion similaire peut-être réalisée en ce qui concerne le dommage nécessaire pour déclencher l'application du principe. En effet, comment anticiper la gravité ou le caractère irréversible d'un dommage alors qu'il n'existe que des soupçons sur sa survenance ?¹⁰⁴ La problématique de l'évaluation du dommage s'exprime d'autant plus lorsqu'il est nécessaire de démontrer l'existence d'un dommage grave et irréversible. Alors qu'un dommage irréversible est forcément grave l'inverse n'est pas exact. Par conséquent, les textes qui conditionnent l'application du principe de précaution à l'existence d'un dommage grave et irréversible ont pris le choix de limiter la portée du principe.

La problématique arrive à son paroxysme lorsqu'il s'agit de déterminer ce que renferme le critère de l'incertitude scientifique. Ainsi faut-il s'abstenir de tout comportement à risque en présence d'une quelconque incertitude scientifique quitte à tomber dans une société de l'abstentionnisme à outrance ?¹⁰⁵ Ou au contraire, faut-il relever le critère de l'incertitude scientifique au seuil d'une quasi certitude, diminuant d'autant sa portée ? Il peut être répondu sans hésitation que l'exercice du principe de précaution ne réside dans aucun de ces deux extrêmes. Bien au contraire la solution doit consacrer un juste milieu et permettre l'établissement d'une stratégie réfléchie et proportionnée.¹⁰⁶ Le principe de précaution est ainsi *générateur* d'une action *mesurée*.¹⁰⁷

Ensuite, le principe est prisonnier d'une logique du risque elle-même dépendante des connaissances scienti-

fiques. Afin de déterminer si le seuil précédemment fixé est ou non dépassé il y a lieu de procéder à une collecte d'indices de nature scientifique, confirmant un éternel retour vers la science et une volonté de maîtrise renouvelée. Nous le disions précédemment, le principe de précaution est pensé comme un mode de *gestion* du risque, ce qui sous-tend la possibilité d'une maîtrise du risque et par conséquent de la nature.¹⁰⁸ Dans cette perspective le principe reste, en tout cas en partie, attaché à une vision cartésienne du monde.¹⁰⁹ Ceci s'exprime également en rapport avec la notion de dommage, plus précisément de dommage écologique, que le principe de précaution a du mal à percevoir. Il est en effet difficile de déterminer l'étendue géographique et temporelle d'un tel dommage, de mesurer sa fréquence, sa durée ou son ampleur etc. Il laisse ainsi planer une certaine « incertitude exacerbée » et accentue la séparation entre sujet et objet.

La subjectivité inhérente au principe de précaution est autant une faiblesse qu'une force car elle permet la mesure et l'adaptation dans le changement.¹¹⁰ S'efforçant de s'extraire d'un cadre de pensée strict et révolu, le principe de précaution incite à penser toute prise de décision dans sa globalité. On l'aura compris, cette transversalité est en partie conditionnée par le contexte dans lequel elle s'effectue. Le principe exprime ainsi avec force la nécessité, bien comprise de la science contemporaine, d'établir un dialogue entre les différents acteurs afin que chacun s'ouvre à un pluralisme de vérité. Le juge, en sa qualité de « maître de la prudence », doit agir comme arbitre de cette dialectique, écoutant chaque « vérité » pour établir une solution juste et proportionnée.¹¹¹ Cette force de la dialectique ne doit pas seulement s'exprimer au sein d'un principe qui peut, s'il est mal interprété, ne représenter qu'un idéal ré-

101 FLUECKIGER (n. 23), 116.

102 KOURISLKY/VINEY (n. 76), 16.

103 DAVID LE BRETON, *Sociologie du risque*, Paris 2012, 31 et 43 ss.

104 BOISSON DE CHAZOURNES (n. 83), 78.

105 Proche d'une certaine « heuristique de la peur » ou d'une « irrationalité d'une éthique de la peur », voir à ce sujet : HANS JONAS, *Le principe responsabilité*, Francfort 1979, 65 ss ; FLUECKIGER (n. 23), 116.

106 ALDO LEOPOLD, *Almanach d'un comté des sables*, Paris 1995, 97 ; FLUECKIGER (n. 23), 116.

107 FASEL (n. 71), 23.

108 BOURG/PAPAUX (n. 74), 806.

109 DOMINIQUE BOURG/ALAIN PAPAUX, *Des limites du principe de précaution : OGM, transhumanisme et détermination collective des fins*, in : Marciano/Tourrés (éds.), *Regards critiques sur le principe de précaution, le cas des OGM*, Paris 2011, 57 s.

110 DE SADELEER (n. 87), 190.

111 FLUECKIGER (n. 23), 120.

gulateur. Bien au contraire elle doit être transposée d'un principe à une véritable éthique de la précaution.¹¹²

C. Plus qu'un principe, une éthique de précaution

La nécessité du développement d'une éthique, en l'occurrence axée sur la précaution, se perçoit mieux par l'expression d'un paradoxe. Comme nous avons pu l'exprimer précédemment, nous sommes entrés, avec la révolution industrielle, dans une société du risque.¹¹³ D'abord parce qu'il y a multiplication et diversification des risques, qu'ils soient écologiques, sanitaires, sociaux ou autres. Ensuite parce qu'il y a une prise de conscience de l'existence de ces risques et des limites qu'ils imposent. Néanmoins, et c'est là que s'exprime le paradoxe, il n'y a pas ou peu de prise de conscience des *conséquences* liées à l'existence ou à la survenance du risque. Nous sommes en quelque sorte parfaitement indifférents à la catastrophe,¹¹⁴ et quand celle-ci se produit l'on s'empresse de la qualifier d'inévitable, comme faisant partie intégrante de notre destin sur laquelle nous n'aurions aucune emprise. Cette perspective explique en partie les critiques proférées à l'encontre de « l'heuristique de la peur » de JONAS, qui, lorsqu'elle est mal comprise, fait planer le spectre de la paralysie. A la manière d'un cycliste qui ne peut s'arrêter sous peine de tomber, l'homme ne peut trouver des issues qu'en avançant, en faisant d'un nouveau risque la solution d'un ancien sans voir que la peur invite en réalité à agir.¹¹⁵ Il y a donc nécessité de changer notre façon de penser, de repenser nos valeurs dans un souci d'anticipation.¹¹⁶

Ce changement ne peut pas s'effectuer uniquement sous l'impulsion du principe de précaution qui ne fait qu'orienter les décisions juridiques et politiques, ne concernant en définitive que ceux qui gouvernent, mais doit se faire sous l'égide d'une attitude de précaution qui invite tout un cha-

cun à repenser son comportement vis-à-vis du risque et de l'incertitude. On ne parlera alors plus de principe (juridique) de précaution mais *d'éthique* de précaution « qui, dès lors, dépasserait la sphère des politiques publiques pour concerner l'ensemble des décideurs, du grand industriel du nucléaire jusqu'au plus humble citoyen ». ¹¹⁷ Elle incite ainsi à ne plus appliquer le principe de précaution dans sa seule sphère juridique mais à l'enrichir d'éléments extra-judiciaires.¹¹⁸ L'*éthique* de précaution offre ainsi une assise morale au *principe* de précaution et permet alors de dresser des barrières librement consenties,¹¹⁹ l'éthique devient un moyen d'autocontrôle de l'agir humain qui invite à repenser les préceptes et les valeurs qui dictent la conduite humaine.

En cela une éthique de la précaution va « s'exprimer à travers l'idée d'un souci, d'un soin, d'une attention, d'une réflexion, d'une médiation qui doit concerner tout un chacun, quelle que soit son activité ». ¹²⁰ Elle est essentielle car en repensant les valeurs qui gouvernent notre société elle en modifie le tissu social qui fonde notre perception du risque.¹²¹ Ce dernier dépend en définitive de la conception que s'en font les acteurs qui s'y voient confrontés. Ainsi en appelant à un changement de valeur, l'éthique de précaution en appelle aussi à une plus grande connaissance du risque et de ses conséquences et par là-même à une attitude renouvelée face au risque.¹²²

Juridiquement parlant, la consécration d'une éthique de précaution peut se révéler nécessaire pour appréhender des problématiques qu'un principe strict de précaution ne peut percevoir. Prenons l'exemple de notre responsabilité envers les générations futures. Nos droits et devoirs envers les générations futures sont généralement fondés sur l'idée de réciprocité. Il serait ainsi de notre devoir de nous limiter dans l'usage que nous faisons de la nature afin que les générations futures puissent en bénéficier dans une mesure similaire. Il y a ainsi une tentative d'aboutir à un certain équilibre. Or cet équilibre ne peut exister, il ne peut y avoir réciprocité entre différentes générations, la dernière reçoit quelque chose de la première mais ne peut rien lui donner en retour.¹²³ Pensée dans une éthique de précaution, la responsabilité envers les générations futures s'exprime bien plus comme une responsabilité collective. Il n'est plus question de droits et de devoirs réciproques, mais de la création d'une communauté, d'une collectivité, unie derrière un même destin.

Ainsi « indépendamment des partages juridiques entre permis et défendu, elle invite à ne pas faire tout ce qui est permis parce que c'est permis, tout en demandant à réfléchir à la manière dont on ne doit pas faire ce qui est interdit ». ¹²⁴ Il y a ainsi des façons moralement acceptables et d'autres moralement répréhensibles de se conduire face à la nature. Une avancée technologique n'est pas mauvaise

112 BOISSON DE CHAZOURNES (n. 83), 72.

113 ULRICH BECK, *La société du risque, sur la vie d'une autre modernité*, Francfort 1986, 146 ss.

114 JEAN-PIERRE DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé, quand l'impossible est certain*, Paris 2002, 93.

115 JONAS (n. 105), 421.

116 LE BRETON (n. 104), 43.

117 EWALD (n. 69), 27.

118 FASEL (n. 71), 76.

119 JONAS (n. 105), 15.

120 EWALD (n. 69), 33.

121 LE BRETON (n. 103), 43-44.

122 BECK (n. 113), 96 ; LE BRETON (n. 104), 48.

123 JEAN-PIERRE DUPUY, *Petite métaphysique des tsunamis*, Paris 2005, 13.

124 EWALD (n. 69), 33.

en soi, c'est l'utilisation et le dessein dans lequel elle a été créée qui lui confère son caractère désastreux.¹²⁵ Il s'agit une fois de plus de modifier notre échelle de valeurs pour (re)placer l'environnement au centre de nos préoccupations, lui conférer une valeur morale. Et le principe de précaution de se présenter alors comme un cadre d'action, un véritable fil rouge de la pensée contemporaine. Il apparaîtra comme un moyen de promouvoir un objectif ambitieux, celui de renouer avec la terre, de penser une nouvelle manière de l'habiter et de la respecter.¹²⁶

V. Conclusion

P-M DUPUY relevait à juste titre que « c'est bien souvent de leur imprudence que les hommes apprennent ».¹²⁷ Il est aujourd'hui possible d'affirmer que les hommes ont, dans la douleur et la peine, appris de leur démesure. Les hommes de science d'abord, qui voulaient, dans un effort de schématisation du monde, arraisonner la nature et ses composantes, la réduire à des règles mécaniques et objectives, ont rapidement réalisé qu'ils ne pouvaient tout savoir. Que le monde n'est pas fait d'une vérité unique et absolue mais de vérités plurielles et complexes. Les hommes de droit ensuite, qui, par un procédé similaire, ont abandonné une construction basée sur des lois transcendantes pour consacrer des règles à interprétations multiples, fondamentalement subjectives. Les hommes ont ainsi appris la prudence dans la forme de la précaution. Mais une pru-

dence qui se veut encore limitée, rattachée à une vision cartésienne du monde faite de degrés. Degrés de gravités ou de certitudes, comme autant de degrés d'une maîtrise qu'il est encore difficile de pleinement abandonner. Pourtant, dans une société de la menace cet abandon s'avère nécessaire.¹²⁸ L'impact de notre démesure sur l'environnement n'autorise plus une prudence hésitante et plafonnée, elle se doit d'être globale, de concerner tout un chacun, à l'occasion de chaque décision, pour notre génération et les générations futures. Il est ainsi nécessaire de s'éveiller à une éthique de précaution. Loin de n'être qu'un principe dont seuls les décideurs politiques sont redevables, elle invite chaque homme à questionner ses décisions et ses choix dans une perspective de garantir un monde pérenne. La survie de l'humanité constituera alors « l'horizon cognitif et éthique du principe de précaution ».¹²⁹

¹²⁵ FASEL (n. 71), 17.

¹²⁶ EWALD (n. 69), 32.

¹²⁷ PIERRE-MARIE DUPUY, Le principe de précaution, règle émergente du droit international général, in : Leben/Verhoeven (éds.), Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire, Paris 2002, 111.

¹²⁸ BECK parlera quant à lui de société du risque : BECK (n. 113), 146 s ; LAGADEC lui parlera de civilisation du risque : PATRICK LAGADEC, La civilisation du risque, catastrophes technologiques et responsabilité sociale, Paris 1981, 221.

¹²⁹ PAPAUX (n. 54), 233.