



Chapitre de livre

2002

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## Le principe de précaution : nature, contenu et limites

---

Boisson de Chazournes, Laurence

### How to cite

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Le principe de précaution : nature, contenu et limites. In: Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire. Leben, Charles et Verhoeven, Joe (Ed.). Paris : Panthéon-Assas, 2002. p. 65–94. (Droit international et relations internationales)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:15028>

## LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION : NATURE, CONTENU ET LIMITES<sup>1</sup>

Laurence BOISSON DE CHAZOURNES

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève  
Directrice du département de droit international public  
et organisations internationales*

### INTRODUCTION

Le droit sait opérer des ruptures épistémologiques. Le principe de précaution participe du souci du droit d'être un réceptacle des changements sociétaux et de favoriser l'émergence de nouveaux paradigmes. D'une philosophie cartésienne du droit, l'on passe peu à peu à une nouvelle ère de philosophie juridique plus proche du « soupçon » et du « doute ». Qui disait que le droit s'accommode mal du flou et par là même de l'incertitude ? La pyramide kelsénienne du droit et son socle de « Théorie pure du droit »<sup>2</sup> sont secoués par l'entrée – d'aucuns diront « par effraction » – du principe de précaution dans le cercle des catégories juridiques. En effet, le mythe de la clarté juridique si cher aux positivistes et aux exégètes se trouve ébranlé par la formulation nouvelle d'une normativité rebelle à toute systématisation absolue. La logique formelle part du postulat selon lequel « connaître le droit, c'est connaître les règles ». Un tel positivisme se trouve confronté à une autre logique : celle du « droit à texture ouverte »<sup>3</sup>. Ce droit ne se fonde pas sur une méthodologie exclusive de la logique déductive/formelle mais aussi et surtout, sur une stratégie dite de la « légitimité normative ». Par celle-ci, il faut entendre, la construction d'une architecture juridique à partir d'un ciment de valeurs et d'aspirations sociétales nouvelles. Le droit ne tire ainsi plus sa légitimité de la seule conformité à une rationalité formelle mais aussi de son aptitude et de sa capacité adaptative aux exigences sociétales. Dans cet ordre d'idées, le principe de précaution participe du changement du droit international.

<sup>1</sup> L'auteur tient à remercier M. Makane Moïse Mbengue, Doctorant, Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Genève, pour sa très précieuse collaboration.

<sup>2</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 490 p.

<sup>3</sup> Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 155.

Reprenant les propos de Prosper Weil, on peut dire que « le changement du droit international peut être conçu comme la conséquence ou le reflet, sur le plan des règles de droit, du changement du monde environnant, mais il peut aussi être conçu comme un facteur, un levier, un moteur de ce changement. Pour les uns, le droit international change (ou doit changer) *parce que* le monde change ; pour les autres, il change (ou doit changer) *pour que* le monde change »<sup>4</sup>. Le principe de précaution exprime à lui seul les facettes du droit international telles que décrites par le Professeur Weil. Ce principe vient défier les *a priori* juridiques classiques. Il est par essence un principe méta-juridique. Il permet de nourrir le droit de considérations qui ne sont pas juridiques, ce qui constitue une source d'enrichissement considérable<sup>5</sup>. De même que ces éléments de post-modernisation du droit international confèrent au principe de précaution toute son originalité, ils en dévoilent aussi toute la complexité d'analyse. Comme l'explique le Professeur Christian Atias, « le savoir juridique n'est jamais complet... À la hauteur où il vole, l'oiseau de Minerve ne discerne pas des choses sues, mais des formes et des îlots de savoir en formation permanente »<sup>6</sup>. Le principe de précaution obéit à cette dialectique de la réflexion juridique tant dans sa nature, dans son contenu que dans les limites qui le caractérisent.

Analyser juridiquement le principe de précaution revient à distinguer substantiellement les deux termes de l'expression « principe de précaution ». Le premier terme est la précaution en tant que telle. Comment celle-ci va-t-elle être appréhendée par le droit international ? Quelle fonction va-t-elle assurer dans le système juridique international ? Comment va-t-on procéder à sa qualification juridique ? Il s'agit de l'instrumentalisation de la précaution par le droit international et par ricochet du droit international de la précaution (I). À cette approche de la précaution comme « objet du droit international » vient se greffer une approche de la précaution comme « sujet du droit international ». À ce niveau, c'est la précaution – par suite de son accession au rang de principe – qui instrumentalise le droit international. Quelle est la place du principe de précaution dans l'ordre juridique international ? Quel est son contenu normatif ? Quels sont ses rapports avec d'autres principes du droit international et notamment en matière de protection de l'environnement ? Autant de questions qui posent la problématique de la précaution en droit international (II).

## I. – LE DROIT INTERNATIONAL DE LA PRÉCAUTION

Le droit, pendant longtemps s'est fait le reflet du cartésianisme et du scientisme, pensées dominantes de l'époque moderne. Les nouveaux défis auxquels est confrontée l'humanité dans son ensemble et les inquiétudes

<sup>4</sup> P. Weil, « Le droit international en quête de son identité, Cours général de droit international public », *RCADI*, 1992, Vol. VI, p. 27.

<sup>5</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1998, p. 66 ; J.-P. Desideri, « La précaution en droit privé », *D.* 2000, Chr. 238.

<sup>6</sup> C. Atias, « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », *Droit Prospectif* (Revue de la recherche juridique), 2001, n° 1, pp. 71-72.

suscitées par les progrès technologiques, ont conduit à la remise en cause du cartésianisme juridique et de ce que l'on a décrit comme le « droit euclidien »<sup>7</sup>. Il est vrai que cette révolution ne s'est pas faite directement à partir du système juridique proprement dit. Elle a résulté d'un remodelage extérieur tant de la pensée philosophique que scientifique. Sur le plan philosophique, « l'heuristique de la peur » développée par Hans Jonas, a notamment été un fer de lance de la réflexion sur la redéfinition de notre rapport au monde, à la science et à l'humanité. Les grandes catastrophes (telle celle de Tchernobyl) et les grandes incertitudes (tel le phénomène des changements climatiques) ont conduit à évaluer et à concevoir d'autres paramètres d'action étatique dans la sphère internationale. La précaution dans cet ordre d'idées est un instrument devant concourir à intégrer une nouvelle logique de notre rapport à l'environnement dans le système juridique international. Ce dernier se sert de la précaution comme instrument de juridicisation de ces nouvelles préoccupations (A). Ceci étant, et là se dresse la logique formelle qui ne saurait être absolument écartée, le droit international ne peut ignorer la précaution. C'est pourquoi, à travers un certain nombre d'instruments, il y a un mouvement d'objectivation de ce que peut être la précaution dans l'ordre juridique international par la détermination de critères (B).

#### A. – LA PRÉCAUTION, INSTRUMENT DE JURIDICISATION DE NOUVELLES PRÉOCCUPATIONS

La juridicisation est le processus par lequel une catégorie, une valeur ou tout autre objet quelconque accède à la juridicité. En d'autres termes, la précaution est utilisée par le droit international pour donner une certaine valeur juridique à des éléments qui ne relèvent pas *a priori* de l'ordre juridique international. Dans le cas de la précaution, les éléments à qui elle va garantir une juridicité n'apparaissent pas de façon explicite dans les conventions et instruments internationaux. Mais comme il a déjà été dit, le droit ne se réduit pas aux seules règles écrites. Comme le démontre Gérard Timsit, le droit est caractérisé par la « surdétermination » c'est-à-dire un ensemble de valeurs qui guident et orientent un système juridique particulier ou une technique juridique particulière<sup>8</sup>. Ces valeurs sont très rarement mentionnées dans les textes juridiques. Dans ce contexte, la précaution participe du souci d'insérer dans l'ordre juridique international de nouvelles valeurs qui renvoient essentiellement à de nouveaux modes de pensée (1) et d'action (2).

<sup>7</sup> G. Timsit, « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.* 1988, Chr. 267.

<sup>8</sup> G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.

I. — LA JURIDICISATION D'UN NOUVEAU MODE DE PENSÉE :  
LA COMPLEXITÉ

Le nouveau mode de pensée auquel fait référence le droit international lorsqu'il évoque la précaution est celui de la complexité ou pour évoquer Edgar Morin, celui de la « pensée complexe »<sup>9</sup>. Que renferme la complexité ? La notion d'un ordre complexe et provisoire s'est substituée à celle d'un déterminisme clair et simple, universel et éternel<sup>10</sup>. La précaution comme « droit de la complexité » met en relief deux traits de caractères substantiels de celle-ci : l'incertitude et la globalité<sup>11</sup>. L'incertitude tout d'abord parce que la prise en compte de la complexité tient justement dans le refus d'une vision trop réductrice et simplificatrice. La précaution est ainsi un « droit de l'incertain » hostile aux dogmes de la rationalité cartésienne<sup>12</sup>. L'action publique internationale doit s'inventer un nouveau paradigme, celui de la gestion de l'incertitude<sup>13</sup>.

Étant un droit de la complexité, la précaution est aussi un « droit de la globalité »<sup>14</sup>. En effet, la complexité met en exergue la transversalité et l'interconnexion qui existent entre les phénomènes notamment dans le domaine environnemental. Une gestion effective et efficace de ces phénomènes exige une approche globale. La précaution dans ce contexte, apparaît comme une technique juridique apte à gérer l'interrelation et l'interaction pouvant exister entre divers phénomènes. Comme le note C. Milani, « la théorie classique relative aux relations internationales n'arrive guère plus à expliquer convenablement les phénomènes actuels. Ce courant théorique a toujours minimisé certains des facteurs considérés comme « mous » (« *soft* »), tels que les principes d'éthique, de liberté, de solidarité, d'équité, d'identité, de paix et de coopération. Ces facteurs ont été sacrifiés au profit d'autres éléments comme la puissance, la souveraineté, la stratégie ou la dichotomie entre la guerre et la paix, qui ne nous permettent pourtant plus de construire sociologiquement et politiquement un *nouvel ordre mondial* »<sup>15</sup>.

La technique juridique de la précaution apparaît comme une voie appropriée et adéquate pour une gestion des biens et espaces communs. L'incertitude qui caractérise les conséquences que pourrait avoir l'action d'un État quant au bien-être d'autres sociétés impose de penser des stratégies globales de gestion de ces espaces communs. En matière environnementale, domaine dans lequel la précaution trouve son assise principale, les enjeux concrets qui se posent au niveau des relations internationales sont plus fréquemment des questions qui

<sup>9</sup> E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF, 1990.

<sup>10</sup> C. Milani, « La complexité dans l'analyse du système-monde : l'environnement et les régulations mondiales », *Revue Droit et Société*, 2000, n° 46, p. 426.

<sup>11</sup> S. Diebolt, « La complexité comme paradigme pour concevoir une régulation juridique adéquate », *Revue Droit et Société*, 2000, n° 46, pp. 485-516.

<sup>12</sup> La célèbre maxime de Descartes « je pense donc je suis » (*cogito ergo sum*) est quasiment bannie du champ de la précaution. La maxime devient alors « je doute donc je suis ».

<sup>13</sup> À propos du critère de l'incertitude scientifique, v. *infra*.

<sup>14</sup> V. J. Cameron et J. Abouchar, « The Precautionary Principle : a Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment », *Boston C.I.L.R.*, 1991, p. 17.

<sup>15</sup> C. Milani, *op. cit.*, pp. 426-427.

dépassent les frontières des États et des regroupements régionaux. Tel est le cas pour les changements climatiques, la protection de la biodiversité, les processus de déforestation, l'utilisation des ressources naturelles partagées, notamment la question des ressources en eau.

## 2. – LA JURIDICISATION D'UN NOUVEAU MODE D'ACTION : L'ANTICIPATION

La précaution obéit de façon substantielle à une démarche *ratione temporis* particulière. La temporalité juridique à laquelle fait référence la précaution est le futur. De ce fait, elle apparaît comme un « droit de l'anticipation » ou « droit d'anticipation ». La logique de précaution essentiellement centrée sur le caractère incertain des effets de l'activité humaine met en relief la nécessité de prendre en compte dans la conduite de cette activité les effets potentiels et futurs. La précaution anticipe en ce sens qu'elle cherche à régir des situations non survenues et qui ne surviendront peut être jamais. Aussi n'est-elle pas un droit axé sur le concept de réaction à l'instar de la prévention. La technique juridique de la précaution garantit par ce biais un droit de cité à l'anticipation et au futur dans l'ordre juridique international. Les dogmes de l'objectivisme et du réalisme ont souvent conduit le droit en général et le droit international en particulier, à ignorer un pan entier de la temporalité juridique qu'est le futur au profit de la prise en compte exclusive du passé et du présent<sup>16</sup>.

Selon François Ost, le droit doit être en mesure d'intégrer un « temps mythique » qui est réversible et cyclique, un « temps historique » linéaire et finalisé et un « temps de la techno-science » caractérisé par l'aléatoire et où la représentation de l'avenir paraît opaque et imprévisible<sup>17</sup>. La précaution s'infiltré dans les méandres de ce temps de la techno-science. Le droit international rompt par ce biais avec ce que François Ost a appelé le « temps intemporel de la dogmatique juridique » qui lui se déploie dans une forme de « présent omnitemporel » destiné à suggérer la vérité permanente des principes invoqués et de mettre ceux-ci à l'abri de tout contexte historique qui pourrait en relativiser la

<sup>16</sup> G. Gurvitch, « La multiplicité des temps sociaux », in *La vocation actuelle de la sociologie*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1963, p. 325. Selon l'auteur, « la vie sociale s'écoule dans des temps multiples, toujours divergents, souvent contradictoires et dont l'unification relative, liée à une hiérarchisation souvent précaire, représente un problème pour toute société ».

<sup>17</sup> F. Ost, « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, Paris, PUF, 1985, pp. 119-123. Selon ce dernier, « ce temps de la techno-science semble radicalement aléatoire, entièrement dégagé d'un sens qui opérerait comme réactualisation du passé ou projection de l'avenir. Pour la première fois, peut-être, la représentation de l'avenir paraît opaque, imprévisible ; mais cette ouverture du futur résulte du fait que, pour la première fois aussi, tout paraît simultanément possible. C'est évidemment la *praxis* scientifique – la techno-science – qui provoque ce réaménagement fondamental de notre rapport au temps. C'est que la science moderne est elle-même expérimentale, créatrice, imprévisible ; ainsi la révolution cybernétique actuelle qui, réalisant l'intégration de la machine et de la pensée, ainsi que de la machine et du vivant, laisse présager des mutations inouïes... Autant dire que tout *logos* de ce futur, toute eschatologie mobilisante, s'avère, par hypothèse désormais impossible à tenir ».

portée<sup>18</sup>. En tant que droit de l'incertain, la précaution est l'antithèse de toute dogmatique politique, scientifique, économique et juridique. Comme l'explique François Rigaux : « La valeur fondamentale du droit est la prospective. Il devient dès lors oiseux de s'interroger sur sa positivité ou sa légitimité, celles-ci comportant l'une un retour vers une origine mythique, l'autre un constat du présent, c'est-à-dire du passé le plus récent. Si le droit a un sens, c'est de nous offrir un projet de société future et de contribuer, par les méthodes qui sont les siennes, à la réaliser »<sup>19</sup>.

Droit d'anticipation, la précaution est *a fortiori* une manifestation de « droit de la prospective ». Elle apporte même une touche d'originalité en érigeant la dimension de l'incertitude au rang d'élément fondamental à prendre en considération dans l'élaboration de toute politique publique ou privée de prospective. En effet, la prospective comme stratégie du futur, propose des scénarios de l'avenir, tous également possibles, entre lesquels des choix devront être réalisés par les décideurs. Dans le processus de décision, l'un des vecteurs essentiels est axé sur la part d'incertitude qui s'attache à chacun des scénarios proposés. La précaution exige alors que soient prioritaires ou préférés les scénarios politiques les moins incertains<sup>20</sup>. La précaution est bien en ce sens l'illustration d'une nouvelle dynamique d'action temporelle du droit international. Comme l'écrivait à juste titre le Doyen Hauriou, « les sociétés humaines sont avides de durée. Elles l'ont cherchée pendant longtemps du côté du passé, s'appuyant désespérément sur la coutume. À la suite d'un revirement prodigieux (...), elles la cherchent maintenant du côté de l'avenir en s'appuyant sur les virtualités »<sup>21</sup>.

Comme on le voit, en matière de précaution les stades de la pensée et de l'action sont intimement liés. En effet, comment imaginer l'anticipation sans l'incertain et l'incertain sans l'anticipation ? De même comment concevoir l'incertain et l'anticipatif en dehors d'une pensée globale ? L'incertitude sur l'étendue spatiale des phénomènes analysés impose d'anticiper de façon globale, c'est-à-dire sans méconnaître les implications potentielles d'un phénomène dans d'autres espaces ou d'un système sur d'autres systèmes. La précaution appelle de ce fait à repenser la souveraineté territoriale telle que brossée par le droit international classique en mettant l'accent sur une territorialisation qui s'inscrit dans le global. Ceci étant, la précaution n'est pas une notion volatile en droit international. Ce dernier, dans un but de sécurité juridique, s'efforce de dégager des critères qui permettent d'en fixer de manière stable son contenu juridique.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 125-128.

<sup>19</sup> F. Rigaux, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, pp. 370-371.

<sup>20</sup> V. le problème de l'évaluation du risque. Dans la mesure où la précaution gère l'incertitude, il est normal dans une optique d'efficacité que les décideurs publics accordent plus d'importance aux expertises les plus pessimistes afin d'adopter des mesures qui réduisent au maximum les risques liés à une activité.

<sup>21</sup> M. Hauriou, *Principes de droit public*, p. 676, cité par P. Hebraud, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, 1969, p. 203.

## B. – LES INSTRUMENTS DE JURIDICISATION DE LA PRÉCAUTION

Alors que les valeurs auxquelles la précaution confère une certaine valeur juridique n'apparaissent pas explicitement dans les instruments internationaux, en revanche les éléments qui vont permettre l'identification juridique de la précaution y figurent pour partie. La précaution dans sa substance fait référence à un certain nombre de critères qui justifient *ratione materiae* son application dans des situations données. Ces critères confèrent à la précaution une ossature spéciale, un substratum original par rapport à d'autres principes ou approches du droit international de l'environnement.

De façon consubstantielle, malgré l'absence d'une définition généralement acceptée de la précaution, on retrouve quatre critères fondamentaux dans les instruments internationaux. Leur réunion commande *prima facie* l'adoption d'une attitude de précaution. Un effort de hiérarchisation de ces critères démontre que trois d'entre eux (le risque, le dommage et l'incertitude scientifique) justifient *a priori* l'application de la précaution, alors que le dernier d'entre eux (la capacité) interviendra *a posteriori* pour déterminer objectivement dans quelle mesure elle sera applicable. De l'« application » l'on passe à l'« applicabilité », du « souhaitable » au « réalisable ». C'est bien là, la caractérisation à laquelle renvoie la précaution dans ses instruments de juridicisation. En effet, la définition des critères auxquels fait référence la précaution laisse place à une difficulté d'objectivation donc de matérialisation desdits critères.

### I. – LE CRITÈRE DU « RISQUE »

C'est la matrice de la précaution. En effet, la raison d'être de la précaution trouve sa source même dans cette volonté du droit de gérer le risque dans nos sociétés. Même si le risque zéro n'existe pas et ne saurait exister dans des milieux marqués par l'innovation technologique continue, les décideurs publics internationaux et nationaux – notamment à cause d'une opinion publique de plus en plus exigeante – sont obligés d'intégrer les menaces potentielles ou virtuelles liées au développement de l'activité humaine<sup>22</sup>.

Le risque est un danger éventuel plus ou moins prévisible pouvant causer un dommage. Le risque est donc par essence aléatoire. Sa nature est d'être inconstant, sa survenance peut être imprévue, voire inopinée. Tant que subsiste la moindre parcelle de doute sur la survenance de l'événement, on fait face à un risque<sup>23</sup>. Dans une perspective de qualification juridique précise des risques auxquels renvoie la précaution, il est intéressant de rappeler la typologie des risques dressée par Nicolas de Sadeleer en s'inspirant des enseignements de la

<sup>22</sup> F. Ewald, « La société assurantielle », *Risques*, 1990, n° 1, p. 8.

<sup>23</sup> V. G.-J. Martin, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée ? », in *Les Hommes et l'environnement, en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, éd. Frison-Roche, 1998, pp. 451-460. V. aussi, A. Kiss, « Droit et risque », in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 36, *Droit et Science*, 1991, pp. 49-53.

doctrine allemande. Selon lui, il faudrait distinguer trois catégories principales de risques :

- les risques « inacceptables » ou « certains » qui sont ceux dont le lien de causalité entre l'évènement et le dommage est prouvé scientifiquement, même s'il reste des doutes quant au temps nécessaire pour que le dommage survienne. Ces risques là doivent en principe être éliminés par le principe de prévention. Il faut noter qu'au moment de son apparition, la précaution concernait plutôt les risques certains. Deux conditions devaient être remplies pour pouvoir l'invoquer. Tout d'abord, le risque devait être imminent et non pas latent et ensuite, les composantes de l'environnement devaient déjà avoir souffert d'une dégradation. La précaution se limitait par conséquent à prévenir l'extension d'un dommage environnemental. Interprétée de la sorte, elle se trouvait à mi-chemin entre le principe de prévention et l'acception plus moderne du principe de précaution. Elle se différençait certes du principe de prévention dans la mesure où il n'était plus nécessaire de démontrer le lien de causalité (la relation de cause à effet) entre l'activité génératrice du dommage et le bien endommagé, mais il restait aussi différent du principe de précaution dans son acception présente parce que, d'une part, le risque de dommage devait être imminent et que, d'autre part, l'on devait se trouver en présence d'une dégradation environnementale préexistante<sup>24</sup>.

- les risques « résiduels » qui sont ceux qu'implique normalement l'activité humaine et qu'il faut tolérer (ex : risque que comporte la conduite automobile ou le fait de prendre l'avion). Ces risques là ne doivent pas être pris en compte dans le processus décisionnel. L'adage « dans le doute, abstiens-toi » ne doit pas faire oublier un adage complémentaire : « Trop de précaution nuit ». Pour éviter des situations absurdes pour l'activité humaine il faudrait exclure du champ d'application de la précaution, les risques résiduels, c'est-à-dire « les risques hypothétiques reposant sur des considérations purement spéculatives sans aucun fondement scientifique »<sup>25</sup>.

- les risques « incertains » qui sont ceux dont la science n'a pas établi l'existence mais dont il n'est pas déraisonnable de penser qu'ils existent. Ces risques doivent être appréhendés par la précaution.

La précaution s'est développée en droit international avec la prise en considération d'une catégorie nouvelle et spéciale de risques : les risques écologiques. Face à ce type de risques, l'on fait face à une « incertitude exacerbée » ou pour utiliser une autre formule à une « incertitude de l'incertitude »<sup>26</sup>. Il est tout d'abord impossible, en raison du manque d'expérience, de constater leur régularité et de déterminer la probabilité de leur survenance. Avant qu'un des réacteurs nucléaires de la centrale de Tchernobyl ne vienne à fondre en 1987, aucun expert ne pouvait se prononcer avec certitude à propos de la survenance d'un tel risque pour la simple raison que cette

<sup>24</sup> Cette thèse a été fortement critiquée par Rehinder qui lui reprochait de ne pas distinguer la situation d'une dégradation connue de celle d'un risque posé à l'environnement. V. N. 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)*, Bruylant/AUF, 1999, p. 175.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 174 et s.

<sup>26</sup> Sadeleer parle à ce sujet d'une « incertitude sur l'incertitude », *ibid.*, p.198.

éventualité n'avait jamais pu être vérifiée. De plus, il est difficile d'appréhender les dommages qu'ils peuvent provoquer, tant sur le plan de leur localisation (par exemple les impacts des pluies acides ou des radiations varient en fonction des courants thermiques), du moment de leur survenance (le cas des pollutions différées), de leur fréquence (caractère répétitif ou unique), de leur durée (dommages réversibles ou irréversibles), de leur ampleur (effet cumulatif ou synergique, dommages graves ou insignifiants)<sup>27</sup>.

La terminologie juridique utilisée dans les instruments internationaux pour évoquer le risque varie selon l'instrument considéré. Dans certaines conventions, il est fait expressément référence à la notion de « risque ». C'est le cas de la Convention sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique, aux termes de laquelle « chaque partie s'efforce d'adopter et de mettre en œuvre, pour faire face au problème de pollution, des mesures de précaution qui comportent, entre autres, l'interdiction d'évacuer dans l'environnement des substances qui pourraient présenter des risques pour la santé de l'homme et pour l'environnement... »<sup>28</sup>. Dans d'autres instruments, il est fait référence à l'expression de « menace ». C'est le cas de la Convention sur la diversité biologique, qui prévoit dans son préambule que « lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets »<sup>29</sup>. Parfois, il est simplement fait référence à l'idée d'une « potentialité » de nuisance ou de danger. C'est le cas dans la Convention pour la protection du milieu marin pour la zone de la mer Baltique, en vertu de laquelle « les parties contractantes se sont engagées à appliquer le principe de précaution selon lequel il faut prendre des mesures préventives dès lors que l'on est fondé à penser que les substances ou l'énergie introduites directement ou indirectement dans le milieu marin peuvent mettre en danger la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins... »<sup>30</sup>.

La principale difficulté liée au critère du risque réside dans son évaluation. Autrement dit se pose la question de l'évaluation du risque ou de la quantification de la probabilité de survenance du risque mais aussi de sa qualification. A partir de quel seuil, de quel degré de risque est-on fondé

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 168-170.

<sup>28</sup> De même dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». V. L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, C. Romano, « Protection internationale de l'environnement », *Recueil d'instruments juridiques*, Pedone, Paris, 1998, p. 41 (ci-après, L. Boisson de Chazournes).

<sup>29</sup> Aux termes de la Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée, amendée le 10 juin 1995 : « les Parties contractantes appliquent [...] le principe de précaution en vertu duquel, lorsqu'il existe des menaces de dommages graves ou irréversibles... » (*ibid.*, p. 329).

<sup>30</sup> V. aussi la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux en vertu de laquelle les parties contractantes appliquent « le principe de précaution en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet des substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière... » (*ibid.*, p. 439).

légitimement et même légalement à déclencher la mise en œuvre de la précaution ? Quel type de risque peut également fonder l'application de la précaution ? Comme il a été déjà remarqué l'on évoque fréquemment l'impossibilité matérielle, voire l'inexistence du risque zéro : quelle échelle mathématique de risque va donc justifier l'application d'une telle technique juridique ? Va-t-il s'agir pour utiliser une métaphore d'un « risque 1 », d'un « risque 3 », d'un « risque 10 », etc. ? Le droit international à ce niveau n'apporte pas de réponse précise mais il existe des traces dans le système des organisations internationales, de ce qu'est objectivement une évaluation du risque<sup>31</sup>. Par exemple au niveau de l'OCDE, l'évaluation du risque a été définie comme un processus de « conversion de l'incertitude en risque ». A ce titre, l'évaluation comprend trois étapes principales : « *analysing the initiating event and the pathways through which the effect occurs ; specifying the size and severity of the risk ; and estimating probabilities and expected values* »<sup>32</sup>. L'on est en droit de penser qu'en définitive, même si des éléments objectifs peuvent permettre une évaluation du risque, le résultat de cette dernière et la façon dont il faudra l'interpréter relèvera de l'appréciation subjective (appréciation *in concreto*) des décideurs. Un contrôle *a posteriori* du juge garantira quant à lui qu'il n'y a pas eu de la part des décideurs « une erreur manifeste d'appréciation » ou même un « abus ou un détournement de pouvoir » dans l'appréciation du risque. On saisit toute l'importance de l'action du juge en matière de précaution.

Des efforts sont menés pour une harmonisation internationale des méthodes et des approches d'analyse, d'évaluation du risque et de précaution dans le domaine de la sécurité alimentaire. Tel est l'objet du débat en cours dans le cadre du Codex Alimentarius<sup>33</sup>. De même certains accords internationaux comprennent des dispositions sur l'évaluation du risque environnemental<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> A titre d'illustration, il est intéressant de remarquer que l'Organe d'appel de l'OMC avait rappelé dans l'Affaire des *Mesures Communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* que le risque évoqué à l'article 5, paragraphe 1 de l'Accord SPS n'est pas seulement le « risque vérifiable en laboratoire » mais aussi « les risques pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent ». Il a ainsi estimé que les études scientifiques présentées par les Communautés ne concernaient pas le type particulier d'hormones en cause dans l'affaire et donc l'évaluation des risques n'a pas été jugée suffisamment pertinente. V. Rapport de l'Organe d'appel, § 187 et § 199-200, disponible à : [www.wto.org](http://www.wto.org). V. aussi, OECD, *Uncertainty and Precaution: Implications for Trade and Environment*, COM/ENV/TD(2000)114, Joint Working Party on Trade and Environment, Paris, 20-21 November 2000.

<sup>32</sup> V. à des fins de comparaison, *Environmental Assessment Sourcebook*, World Bank, 1997.

<sup>33</sup> *Application de l'analyse des risques dans le domaine des normes alimentaires*, Rapport de la Consultation mixte d'experts FAO/OMS, Genève, Suisse, 13-17 mars 1995, FAO/OMS, 1995 ; *Guidance on Regulatory Assessment of HACCP*, Report of a Joint FAO/WHO Consultation on the Role of Government Agencies in Assessing HACCP, Geneva, 2-6 June 1998, WHO, 1998 ; *Evaluation du risque microbiologique dans les aliments*, Rapport de la commission mixte d'Experts FAO/OMS, Genève, Suisse, 15-19 mars 1999, OMS, 1999.

<sup>34</sup> V. aussi le Programme pour l'environnement, la santé et la sécurité de l'OCDE qui comprend un vaste programme sur l'évaluation du risque. Cela a donné lieu entre autres, à l'établissement d'une base de données sur « les méthodes d'évaluation du risque » avec pour objectif d'assurer aux parties intéressées un accès rapide et adéquat aux sources d'information sur les méthodes d'évaluation du risque utilisées par les pays et les organisations impliqués dans l'évaluation des risques chimiques, et

Le Protocole relatif à la prévention des risques biotechnologique est un des rares instruments internationaux de l'environnement à prévoir des lignes directrices précises en matière d'évaluation des risques. Aux termes du Protocole, l'objectif d'évaluation du risque est « de contribuer à assurer un degré adéquat de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des organismes vivants modifiés résultant de la biotechnologie moderne qui peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et comporter également des risques pour la santé humaine en mettant plus précisément l'accent sur les mouvements transfrontaliers »<sup>35</sup>.

Le risque ne suffit pas à lui seul à justifier l'application de la précaution. À ce risque doit être greffé un dommage potentiel ou même réel.

## 2. – LE CRITÈRE DU « DOMMAGE »

La description du risque à laquelle on a procédé ci-dessus correspond à une présentation du risque *stricto sensu*. Elle avait pour finalité de ne présenter le risque que dans l'une de ses facettes substantielles à savoir l'aléa c'est-à-dire la chance, le hasard, l'éventualité de la survenance de tel ou tel événement. La précaution fait en réalité référence à une conception *lato sensu* du risque. Ainsi, il comprend à la fois l'aléa et le dommage. Il ne peut pas y avoir de risque en soi. Comme le dit Nicolas de Sadeleer, « la réalité du concept est forcément tributaire de la contestation à laquelle l'occurrence d'un événement aléatoire peut donner lieu. C'est donc l'atteinte à des valeurs ou à des intérêts qui en fin de compte donne une véritable effectivité à la notion de risque »<sup>36</sup>. S'étant fait une idée de la probabilité de la survenance du risque suspecté, le décideur viendra naturellement à s'interroger sur l'opportunité de s'en protéger. Doit-il réduire, voire éliminer le risque en question quelle que soit l'importance ou la gravité des dommages qu'il pourrait entraîner ? Ou, au contraire ne devrait-il intervenir que si l'enjeu en vaut la peine ? Son attitude est bien entendu susceptible de varier en fonction de la probabilité de survenance et surtout de l'importance du dommage.

---

d'aider ceux qui travaillent sur l'évaluation du risque à être plus familiers avec la variété des méthodes d'évaluation du risque. V. à [www.oecd.org/ehs/hazard](http://www.oecd.org/ehs/hazard).

Dans les Accords de l'OMC, seul l'Accord SPS se réfère spécifiquement à la notion d'évaluation du risque. Mais dans l'affaire de l'amiante, le Panel a semblé reconnaître la nécessité d'une évaluation du risque pour déterminer la conformité d'une mesure avec l'article XX (b) du GATT : « ... Le Groupe Spécial se doit de rappeler qu'il n'est pas censé trancher un débat scientifique... Son rôle, prenant en compte le fardeau de la preuve, est de déterminer s'il existe suffisamment d'éléments scientifiques pour conclure qu'un risque existe pour la santé et la vie des personnes et pour conclure que les mesures prises... sont nécessaires au regard des objectifs poursuivis... En procédant à cet exercice, le Groupe Spécial devra apprécier la situation scientifique et les mesures disponibles de manière pragmatique, comme le feraient les décideurs en charge d'adopter une politique de santé. Il note à cet égard que la détermination de l'existence d'autres mesures compatibles ou moins compatibles avec le GATT dépend pour une large part de l'appréciation scientifique du risque ». V. Rapport du Groupe Spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, § 8. 181-183, disponible à [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>35</sup> V. Art. 1 du Protocole de Cartagena sur la Biosécurité du 29 janv. 2000, in 39 *ILM* (2000), p. 1027.

<sup>36</sup> N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 168.

Le réchauffement climatique constitue une belle illustration de la difficulté de cerner les contours d'un dommage. La communauté scientifique est convaincue que le niveau des mers continuera à monter si rien n'est entrepris pour réduire les émissions de gaz à effet de serre dans l'atmosphère. Malgré ce consensus, les scientifiques ne parviennent toujours pas à se mettre d'accord sur l'ampleur et la rapidité de ce phénomène. D'après les dernières estimations, le relèvement du niveau des mers dû au réchauffement de la température moyenne à la surface du globe de quelques degrés dans les prochaines décennies, pourrait osciller entre dix centimètres et un mètre. Il est toutefois impossible de déterminer avec certitude l'ampleur des perturbations qui s'en suivront (fonte des glaces, raréfaction des milieux estuariens, inondations des plaines côtières, sécheresses,...). Apparaîtront-elles subitement ou progressivement ? Dans trente ans ou dans un siècle ? Leur impact sera-t-il local ou global ? Aucune réponse précise ne peut être encore donnée à ces questions. On est ainsi amené à considérer que « notre seule certitude aujourd'hui est précisément l'incertitude dans laquelle baignent ces phénomènes qui peuvent évoluer de manière tout à fait inattendue »<sup>37</sup>.

La terminologie utilisée dans les instruments internationaux pour désigner le dommage varie. Il peut être fait directement référence à la notion de dommage en tant que telle<sup>38</sup>. Le texte en question peut également faire référence aux concepts d'« impact » ou de « perturbations »<sup>39</sup>. Malgré ces variations terminologiques, la formulation de la précaution dans les instruments internationaux intègre une conception originale et même spéciale du dommage. En effet, ce dernier est généralement greffé d'un seuil de gravité qui limite l'application de la précaution. Ce seuil de gravité fait référence aux concepts de « gravité » et d'« irréversibilité ». Dans certains instruments, ces deux concepts sont alternatifs. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement évoque l'hypothèse « ...de risque de dommages graves ou irréversibles... »<sup>40</sup>. Dans d'autres instruments, les deux concepts sont cumulatifs. C'est le cas de la Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée aux termes de laquelle les parties doivent appliquer le principe de précaution « lorsqu'il existe des menaces de dommages graves et irréversibles »<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> N. de Sadeleer, *op. cit.*, pp. 179-180. Sur la régulation de l'effet de serre, v. L. Boisson de Chazournes, « La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques – Le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques », *AFDI*, 1997, pp. 700-715.

<sup>38</sup> V. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles », in L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 41.

<sup>39</sup> V. Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux : « le principe de précaution en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet des substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière... » (L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 439) ; V. Convention cadre sur les changements climatiques : « Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures... » (*ibid.*, p. 616).

<sup>40</sup> La Convention cadre sur les changements climatiques évoque l'hypothèse d'un « risque de perturbations graves ou irréversibles... » (*ibid.*, p. 616).

<sup>41</sup> V. L. Boisson de Chazournes, *ibid.*, p. 329.

**Le caractère grave ou significatif du dommage** : L'exigence d'un dommage grave (ou significatif dans certains textes) fait appel à des considérations nettement subjectives qui seront différentes en fonction du lieu, des personnes affectées et de l'époque. Il est clair par exemple que la perspective d'un réchauffement du climat peut être analysée comme un risque de dommages graves. Mais que penser des autres risques ? La perte d'une espèce de fleur endémique d'une forêt tropicale peut paraître insignifiante pour nombre de personnes. Mais si l'espèce menacée de disparition recèle des potentialités pharmaceutiques inconnues à ce jour, les sociétés intéressées par sa commercialisation et les malades qui pourraient être guéris subiront un préjudice bien réel<sup>42</sup>.

La difficulté d'apprécier la gravité ou le caractère significatif des conséquences d'un risque se pose avec encore plus d'acuité lorsque ce dernier est susceptible de s'additionner à d'autres risques. Tant qu'elle demeure isolée, une atteinte portée à l'environnement ne provoque pas nécessairement de dommages graves. Mais les « réactions en chaîne » c'est-à-dire le risque qu'elle s'additionne à d'autres agressions, peuvent donner à cette atteinte une ampleur inattendue. Tel qu'il a été formulé dans le cadre des différentes conférences sur la protection de la mer du Nord, la précaution semble en tout cas se profiler dans la perspective de prendre en compte les risques de faible ampleur mais dont l'accumulation présente des menaces graves<sup>43</sup>.

À la recherche d'une objectivation du degré de gravité nécessaire pour enclencher la mise en œuvre du principe de précaution, certains ont préconisé la prise en compte de critères économiques. Le seuil serait alors apprécié au regard du montant d'une compensation<sup>44</sup>. Mais ce serait alors nier le fait que ce principe s'inscrit moins dans une logique d'indemnisation que de décision d'empêcher, de réglementer, voire d'interdire une activité. Il est différent en ce sens du principe pollueur-payeur.

**Le caractère irréversible du dommage** : Bien que l'irréversibilité puisse être objectivée d'un point de vue scientifique – une situation irréversible est irrévocable dans la mesure où il est impossible de revenir au point de départ – elle ne s'appréhende pas plus facilement que la gravité. Tous les dommages irréversibles tombent-ils nécessairement sous le coup de la précaution ? Une lésion corporelle ou la mort ne constitue-t-elle pas pour la victime un dommage irréversible ? En ce sens, tout deviendrait irréversible et la précaution devrait alors s'appliquer à une multitude de risques au détriment de son effectivité<sup>45</sup>.

**Le caractère grave et irréversible du dommage** : Il y a une relation à double vitesse entre les deux concepts. D'un côté, un dommage irréversible est forcément grave. D'un autre côté, au contraire, un dommage grave n'est pas

<sup>42</sup> N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 181.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>44</sup> V. à ce propos les travaux sur la responsabilité issue d'activités dangereuses. L. Condorelli, « La réparation des dommages catastrophiques causés par des activités spatiales », in *La réparation des dommages catastrophiques*, Travaux des XIII<sup>e</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 263-300.

<sup>45</sup> N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 182.

forcément irréversible. La cumulativité des deux concepts élargit le seuil de gravité nécessaire à l'application du principe de précaution. En plus de leur contenu très subjectif, l'on peut douter de leur efficacité pour garantir une application judicieuse de la précaution.

En effet, la question essentielle qui se pose est celle de savoir si le souci de cerner le dommage au moyen de ces différents critères ne conduit pas à un paradoxe. Comment peut-on anticiper la gravité, l'irréversibilité alors que seuls des soupçons pèsent sur sa survenance ? L'ampleur du dommage n'est pas plus évaluable que le risque. Ainsi se pose aussi pour le dommage des difficultés d'évaluation. La technique de la conduite d'impact apparaît de ce fait comme un moyen pertinent de mise en œuvre de la précaution<sup>46</sup>. En effet, l'évaluation ne devrait plus se cantonner aux seuls impacts connus d'un projet mais devrait aussi s'attacher à ceux qui sont moins bien établis et définir les moyens pour s'en prémunir, ou du moins pour tenter de les réduire<sup>47</sup>. Encore faudrait-il que les décideurs soient liés par cette évaluation. C'est pourquoi la procédure d'évaluation devrait forcer le décideur à se ménager un certain nombre de « réversibilités ». Autrement dit, l'auteur de l'évaluation devrait préconiser les options réversibles au détriment de celles qui sont irréversibles<sup>48</sup>.

Ceci étant dit, la relativité qui caractérise tant l'évaluation du risque en tant que tel et l'évaluation du dommage, suscitera des difficultés quant à l'établissement d'un lien ou d'un rapport de causalité entre le risque lié à une activité ou à un projet et le ou les dommages qui pourraient en résulter. Autrement dit un aléa majeur pourrait être décelé sans que l'on puisse établir de manière parfaite que cet aléa (risque *stricto sensu*) va entraîner tel ou tel dommage. Plusieurs instruments internationaux ont apporté une réponse juridique à cette problématique du lien de causalité. Un bel exemple est donné par le Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux adoptée sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, aux termes duquel les Parties sont guidées en particulier et entre autres par « le principe de précaution, en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à prévenir, combattre ou faire reculer les maladies

<sup>46</sup> V. Convention de 1991 sur l'Évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière : L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 63.

<sup>47</sup> À ce titre le droit américain est particulièrement instructif. Après avoir imposé pendant plusieurs années aux auteurs d'études d'incidences de tenir compte du scénario du pire (« *Worst case analysis* ») en se focalisant sur la plus mauvaise des éventualités, la réglementation américaine se contente, depuis 1986, d'une évaluation des impacts négatifs raisonnablement prévisibles (« *reasonably foreseeable adverse effects* ») en fonction d'approches théoriques et de méthodes de recherches reposant sur des preuves scientifiques crédibles (« *credible scientific evidence* »). La législation américaine est ainsi plus anticipative que la directive communautaire. V. N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 200.

<sup>48</sup> V. à ce propos le rapport de la Commission mondiale des barrages (CMB) qui préconise la détermination d'options alternatives à la construction de grands barrages lorsque ceux-ci présentent un certain nombre d'inconvénients. La CMB rappelle dans son rapport l'importance du principe de précaution dans le cadre du développement des ressources hydrauliques et énergétiques. V. *Dams and development : A New Framework for Decision-Making*, Report of the World Commission On Dams, Earthscan, London, 2000, p. 89.

liées à l'eau au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre le facteur visé par ces mesures, d'une part, et une éventuelle contribution de ce facteur à la prévalence de maladies liées à l'eau et/ou à un impact transfrontière, d'autre part »<sup>49</sup>.

C'est dans le cadre de la problématique du lien de causalité qu'un bon nombre d'instruments internationaux organisent un « renversement de la charge de la preuve ». Dans cette perspective, c'est à la partie qui souhaite exercer une activité de prouver que celle-ci n'aura pas d'effets néfastes. Les textes qui aménagent ce renversement du fardeau de la preuve sont pour l'essentiel relatifs à la protection du milieu marin. C'est le cas de la Convention de 1992 relative à la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est qui prévoit que les parties qui souhaitent entreprendre l'immersion de déchets radioactifs doivent rendre compte à la Commission OSPAR des résultats scientifiques montrant que les activités envisagées n'entraînent pas les risques énoncés dans la Convention. Ainsi, la preuve de l'absence d'effets nocifs permet de procéder à cette immersion<sup>50</sup>. La question du renversement de la charge de la preuve a été aussi abordée dans l'affaire de la Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)<sup>51</sup>. Ce qu'il faut retenir en définitive c'est que la question du rapport de causalité pose en filigrane la problématique de l'incertitude scientifique, autre critère fondamental de la précaution.

<sup>49</sup> V. aussi la Convention d'Helsinki de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux : « la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances (dangereuses) d'une part et un éventuel impact transfrontière, d'autre part » (art. 2 § 5 a) (L. Boisson de Chazourmes, *op. cit.*, p. 439) ; V. de même la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est : « même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports (introduction de substances ou d'énergie dans le milieu marin) et les effets » (art. 2-2 a) (ONU doc. UNEP (OCA)/LBAIG.2/7) ; V. enfin, la Convention de 1992 sur la Mer Baltique : « ... même lorsque le rapport de causalité entre les apports et leurs effets présumés n'est pas établi » (art. 3 § 2).

<sup>50</sup> De même, l'Accord du 4 août 1995 aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer du 10 déc. 1982 relatives à la conservation et la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, prévoit qu'en matière de pêcheries nouvelles ou exploratoires, les mesures de prudence – visant notamment à limiter le volume des captures – restent en vigueur jusqu'à ce que suffisamment de données aient été réunies en ce qui concerne l'impact de ces pêcheries sur la durabilité à long terme des stocks. Voir art. 6 § 6 de la Convention. V. L. Boisson de Chazourmes, *op. cit.*, p. 379.

<sup>51</sup> Selon la Nouvelle-Zélande, la France devait prouver l'innocuité des essais et, si elle ne parvenait pas à le faire, elle devait s'abstenir de procéder aux tirs. Cet État voyait dans le principe de précaution un principe largement accepté dans le droit international contemporain. V. Ph. Sands, « L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France) : contribution de l'instance au droit international de l'environnement », *RGDIP*, 1997/2, pp. 447-474. V. aussi l'opinion dissidente du juge Weeramantry qui relève l'intérêt du principe de précaution comme renversant la charge de la preuve, *Recueil CJI*, 288, p. 342.

## 3. — LE CRITÈRE DE « L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE »

« Alors que Descartes nous recommande de tenir pour faux tout ce qui peut être mis en doute, il convient au contraire, face à des risques planétaires de traiter le doute comme une certitude possible et donc comme un élément fondamental positif de la décision »<sup>52</sup>. La précaution s'inscrit justement dans cette logique d'intégration du doute, de l'incertitude, dans cette logique de passage du « dur » au « mou »<sup>53</sup>.

Chaque fois que la précaution est formulée dans un instrument international, le critère d'incertitude scientifique y est lui aussi greffé. Ce n'est pas un pléonasmе que de rappeler souvent dans les textes l'indifférence de la précaution à l'incertitude scientifique. Au contraire c'est ériger l'élément d'incertitude au rang de condition *sine qua non* d'application et même de légitimité du principe de précaution<sup>54</sup>. En effet, ce dernier se distingue essentiellement du principe de prévention par la référence à cet élément. Le « modèle préventif » est obligé constamment de s'appuyer sur la science et son expertise qui sont les seules à permettre une certaine objectivation des risques encourus. Or si la prévention tire sa force du savoir scientifique, elle y rencontre aussi ses limites. Tant que le risque est connu, les mesures préventives destinées à les parer peuvent en étant prises en connaissance de cause, présenter une certaine effectivité. L'on ne peut prévenir que ce que l'on connaît. Il est difficile de le faire à l'égard de ce que l'on ne connaît pas et encore plus de ce qui relève de l'inconnu<sup>55</sup>.

Les instruments internationaux évoquent pour désigner l'incertitude scientifique, « l'absence de certitude scientifique complète »<sup>56</sup>, « l'absence de certitude scientifique absolue »<sup>57</sup>, ou encore « des données incertaines, peu fiables ou inadéquates » et « le manque de données scientifiques adéquates »<sup>58</sup>. Ces formules peuvent créer un certain malaise dans leur interprétation. En effet, comment considérer une certitude scientifique qui serait « partielle »? Peut-elle donner lieu à une approche de précaution? Les instruments contenant ces formules (souvent fruits du compromis entre États) ne prennent pas assez en compte les divers degrés d'incertitude scientifique auxquels les décideurs pourraient être confrontés. L'on retombe dans un cercle vicieux semblable à celui rencontré pour les critères du risque et du dommage : la difficulté

<sup>52</sup> H. Jonas, *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Ed. du Cerf, Paris, 1990, p. 110.

<sup>53</sup> L. Boy, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », *Petites affiches*, 8 janv. 1997, n° 4, p. 4.

<sup>54</sup> M. Remond-Gouilloud, « Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science », in *La vie des sciences*, tome X, 1993, n° 4, p. 355.

<sup>55</sup> E. Rehinder, « The Precautionary Principle in an International Perspective », in *Miljørettens grundspørgsmaal*, Copenhague, 1994, p. 95.

<sup>56</sup> V. Déclaration sur le développement durable de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, Bergen, 16 mai 1990. Disponible à [www.unece.org/leginstr/cover.htm](http://www.unece.org/leginstr/cover.htm).

<sup>57</sup> V. Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 329); V. aussi Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (*ibid.*, p. 41).

<sup>58</sup> V. Convention sur la conservation et la gestion des stocks chevauchants et des stocks de poissons migrateurs, in L. Boisson de Chazournes (*ibid.*, p. 379).

d'objectivation de l'absence de certitude scientifique qui justifie la mise en œuvre de la précaution<sup>59</sup>.

Que renferme le critère de l'incertitude scientifique ? Mène-t-il à une société qui risque de se sclérosifier ? La réponse est négative. La mesure de précaution doit s'arrimer sur un minimum de connaissances, c'est-à-dire sur des bases scientifiques présentant une certaine consistance<sup>60</sup>. La précaution ne commande pas l'abstentionnisme à outrance ni une capitulation de la société sur son environnement. L'incertitude devrait conduire les autorités à opter pour une stratégie « préventive retardée » ou « immédiate »<sup>61</sup>. Deux stratégies sont envisageables. La première stratégie vise à retarder la prise de décision jusqu'au jour où les autorités parviennent à cerner la nature exacte du risque. Elle privilégie la recherche – quitte à retarder la décision – jusqu'au moment où celle-ci aboutit. L'accumulation des connaissances scientifiques obtenues grâce à ce délai offre au moins l'espoir au décideur de pouvoir prendre à terme les décisions idoines. En évitant des mesures hâtives et précipitées, cette attitude semble permettre une meilleure allocation des ressources économiques. Toutefois les aléas de l'expertise scientifique pourraient retarder l'adoption de mesures indispensables tant que les preuves ne sont pas disponibles.

La seconde stratégie condamne toute hésitation de la part des autorités publiques. Elles ont affaire à un risque grave qu'il convient d'écarter immédiatement. Si cette tactique leur permet de se prémunir à moindre frais de dommages potentiels nettement plus coûteux, elle présente en revanche certains inconvénients. S'il s'avère que la mesure anticipative n'était pas indispensable dans la mesure où la perception du risque a été exagérée, l'on reprochera aux autorités d'avoir agi avec légèreté et d'avoir sacrifié la précaution à la sécurité. Cette attitude pourrait s'avérer onéreuse si le coût des mesures de précaution venait à dépasser le coût des dommages<sup>62</sup>.

Le droit gère difficilement l'incertitude et celle-ci a plus à attendre de réponses politiques que de déductions juridiques. Cela n'empêche pas le droit de s'intéresser à la dynamique de l'incertitude scientifique. En d'autres termes et comme il a déjà été dit, le droit ne recommande pas une inaction perpétuelle fondée sur l'argutie ou le prétexte de l'incertitude scientifique. Les

<sup>59</sup> N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 171 : « A partir de prémisses scientifiques quasiment identiques sur la raréfaction de la couche d'ozone, les autorités publiques de Grande-Bretagne et des États-Unis sont parvenues à mener dans le courant des années quatre-vingt des politiques diamétralement opposées en ce qui concerne la limitation de la production des chlorofluorocarbones. Pour les autorités américaines, il convenait d'adopter une stratégie de précaution et de limiter ces substances à cause de la menace qu'elles faisaient peser sur l'ozone stratosphérique. Au contraire, les autorités de Grande-Bretagne ont retardé l'adoption d'une réglementation jusqu'au moment où les hypothèses scientifiques furent validées. Cet exemple illustre le dilemme auquel les autorités sont confrontées lorsqu'elles doivent se protéger d'un risque écologique. Doivent-elles agir en pleine incertitude pour le parer alors qu'il n'est que suspecté ? Ou ne faudrait-il pas qu'elles réduisent d'abord la marge d'incertitude entourant ce risque, quitte à retarder leur intervention ? ».

<sup>60</sup> V. par exemple la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (*op. cit.*) aux termes de laquelle le principe de précaution s'applique lorsqu'il y a « des motifs raisonnables » de s'inquiéter du fait des substances ou de l'énergie introduites dans le milieu marin.

<sup>61</sup> G. D. Fulem, « The Precautionary Principle : Environmental Protection in the face of Scientific Uncertainty », *Willamette Law Rev.*, 1995, p. 495.

<sup>62</sup> N. de Sadeleer, *op. cit.*, pp. 171-172.

connaissances doivent sans cesse être renouvelées et complétées afin de permettre au processus décisionnel de s'adapter à leur progrès<sup>63</sup>.

#### 4. – LE CRITÈRE DES « CAPACITÉS DIFFÉRENTES »

Les trois critères qui viennent d'être présentés justifient *a priori* l'application de la précaution. Mais dans un certain nombre d'instruments internationaux (très peu en réalité), il est prévu qu'*a posteriori* les mesures de précaution s'appliqueront en fonction de la capacité des États concernés. Il s'agit ici aussi bien d'une adaptation *ratione materiae* (prise en compte des moyens de l'État) que d'une adaptation *ratione personae* (prise en compte de la spécificité de chaque État) de la précaution.

L'on retrouve cette introduction du critère des « capacités » dans deux instruments importants. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement en vertu de laquelle « pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités »<sup>64</sup>. De même la Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée telle qu'amendée prévoit que les Parties « appliquent en fonction de leurs capacités le principe de précaution... »<sup>65</sup>.

La prise en compte des capacités permet de mettre en rapport le principe de précaution avec une approche de proportionnalité au regard du statut d'un État<sup>66</sup>. Les mesures de précaution n'ont pas pour objectif de paralyser l'activité humaine. Une dose de rationalité et de raisonnable doit guider l'application de la précaution. Il est évident que des États de niveaux de développement différents ne sauraient être soumis aux mêmes exigences concernant la mise en œuvre d'une technique. S'agissant de l'évaluation des risques et de l'évaluation des dommages, les États n'ont pas à accès aux mêmes techniques et donc le contenu et la fiabilité des résultats ne peuvent que varier d'un État à un autre. *A fortiori*, les mesures de précaution ne peuvent-elles aussi que varier d'un État à un autre. La proportionnalité se détermine ici en fonction des capacités c'est-à-dire des moyens humains, financiers, économiques, technologiques dont dispose chaque État pour gérer le risque dans les sphères de sa juridiction territoriale<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> V. par exemple l'article 7 de la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontalier qui prévoit une « analyse *a posteriori* » de l'évaluation d'une activité (L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 63); V. aussi la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux (*ibid.*, p. 720) et le Protocole de Montréal sur les substances qui détruisent la couche d'ozone (*ibid.*, p. 586) qui contiennent des dispositions relatives à des programmes de recherche internationale.

<sup>64</sup> V. L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 41.

<sup>65</sup> Art. 4, § 3, *ibid.*, p. 329.

<sup>66</sup> P. Martin-Bidou, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement », *RGDIP*, 1999, n° 3, p. 657.

<sup>67</sup> Comme l'explique le Professeur Sadeleer, « la réduction du risque implique nécessairement une redistribution de ressources au détriment d'autres secteurs de la vie socio-économique, sacrifice qui peut être cruellement ressenti en période de ralentissement du progrès économique. Le décideur se trouve ainsi placé devant l'alternative soit de réduire des risques encore mal établis, soit d'assouvir des besoins plus immédiats... », *op. cit.*, p. 184 et s.

**Définir la précaution...** À la lumière de l'analyse des différents éléments de définition du principe de précaution, deux constats essentiels se dressent. D'une part, il y a une relation intrinsèque qui lie les différents critères, et plus particulièrement les trois premiers. La précaution apparaît ainsi comme un système composé de sous-systèmes qui entretiennent selon les circonstances ou les cas d'espèce des rapports de hiérarchie, d'autonomie et de complémentarité. Selon les cas, un critère primera sur l'autre pour enclencher la mise en œuvre de la précaution. Parfois un des critères sera inopérant dans la prise de décision alors qu'à d'autres moments une stricte combinaison des critères sera exigée pour fonder l'application de la technique de précaution. En définitive, comme il a été déjà relevé, la gradation ou la valeur à accorder à chacun de ces critères dépendra beaucoup plus d'un fait ou d'une conception politique que d'un discours purement juridique.

D'autre part, et c'est le second constat, les éléments constitutifs de la précaution sous-tendent une réelle difficulté d'objectivation du fait de l'essence « floue » et « molle » de leur contenu. Comment apprécier avec un minimum de rationalisation et d'harmonisation le sens d'un concept telle la « gravité », tel le « risque », telle « la certitude scientifique absolue » ? La précaution n'ouvre-t-elle pas la porte à trop de « subjectivisme » ou de « subjectivité » au risque de légitimer l'unilatéralisme dans l'action au détriment d'une coopération effective entre États si nécessaire dans l'ordre juridique actuel ?

Malgré ces incertitudes, la précaution demeure une technique juridique singulière adaptée aux défis de la société contemporaine. L'absence d'une définition juridique acceptée de manière générale dans les instruments internationaux relativise, il est vrai, cette singularité. Il est toutefois utile et nécessaire pour éviter le désordre juridique d'esquisser une théorie de l'application juridique de la précaution<sup>68</sup>. La difficulté réside dans le choix des critères devant permettre sa conceptualisation juridique. D'aucuns sont tentés de définir la précaution à partir d'un critère fonctionnel. De ce fait, seule la finalité de la précaution est mise en relief sans que des éléments juridiques ne soient précisés<sup>69</sup>. D'autres auteurs mettent en avant un critère purement procédural en insistant sur la charge de la preuve. Selon eux la précaution signifie que la présence d'un risque d'atteinte à l'environnement suffit pour que l'on puisse exiger une preuve de l'absence d'un dommage à l'environnement<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> H. Cousy, « À propos de la notion de précaution », *Risques*, 1995, n° 21, p. 149.

<sup>69</sup> Le principe de précaution a « pour fonction essentielle de séparer l'univers scientifique, où la preuve s'acquiert lentement (...) de l'univers politique, où l'urgence impose de prendre une décision sur de simples présomptions », M.-A. Hermitte, *Le sang et le droit, Essai sur la transfusion sanguine*, Ed. du Seuil, 1996, p. 18. V. aussi O. Godard, « De l'usage du principe de précaution en univers controversé », *Futuribles*, févr. 1999, p. 37 : « On voit surtout qu'il pousse la société à reconnaître incertitudes et indéterminations et qu'il enrichit l'incertitude scientifique sur le monde d'une hésitation sur les procédures à développer pour assurer la mise en œuvre pratique d'une éthique de la précaution ».

<sup>70</sup> « The precautionary principle states that (it is not sufficient that the cause of derivation of environmental damage must be proved before action is taken, but only) that risk attached is sufficient to require proof that no environmental damage will result from a failure to take action » : M. Hession et P. Macrory, « Maastricht and the Environmental policy of the Community : Legal Issues

La précaution en tant que technique à géométrie variable exige que soient réunis des critères *ratione loci*, *ratione materiae*, *ratione personae* et d'ordre procédural pour en donner une définition extensive et pertinente<sup>71</sup>.

Dans ce contexte, la précaution renvoie à l'obligation, en fonction de leurs capacités, pour les décideurs publics à l'échelon local, national et international, en cas d'incertitude ou de désaccord scientifique sur les conséquences d'une activité humaine, de coopérer entre eux. Ils doivent également le faire avec tous les autres acteurs intéressés, pour conduire des études d'impact et prendre des mesures effectives et efficaces destinées à interdire temporairement ou définitivement l'activité en cause et éliminer ou réduire un ou des risques de dommage potentiel à l'environnement, à la santé et de façon générale à tout ce qui a trait à la sécurité, à l'intégrité et à la survie des personnes physiques. Dans ce processus, des voies de recours judiciaires doivent être instituées pour garantir la transparence du processus décisionnel et prévoir le renversement de la charge de la preuve de l'innocuité de l'activité en cause.

La précaution constitue de ce fait un relais pour la prévention. En effet, l'évaluation continue des incidences susceptibles d'être créées par une activité donnée doit à terme assurer l'acquisition de connaissances scientifiques plus sûres et moins controversées. C'est à partir de ce moment qu'est mise en œuvre la technique juridique de la prévention. Celle-ci prend appui de manière substantielle sur des connaissances scientifiques certaines (avec la réserve que la certitude absolue n'existe que très rarement). La différence fondamentale entre la précaution et la prévention réside dans ce passage de l'incertitude à la certitude. L'incertitude commande la précaution tandis que la certitude donne lieu à la prévention.

## II. – LA PRÉCAUTION EN DROIT INTERNATIONAL

La précaution a été instrumentalisée par le droit international afin d'acquérir une légalité formelle par le biais de critères juridiques caractéristiques et de conférer une légitimité normative à des valeurs sociétales nouvelles. C'est cette double opération de juridicisation qui permet d'élever la précaution au rang de principe. Même si les variations terminologiques sont nombreuses, que l'on utilise les notions de norme, de règle, d'approche, de standard<sup>72</sup>, de principe, de philosophie<sup>73</sup>, de droit et pourquoi pas de code, il est toujours question de la place de la précaution dans le système juridique international. Ayant acquis le caractère d'un principe doté d'une certaine juridicité, la question essentielle est celle de ses rapports avec l'ordre juridique international et les normes constitutives de cet ordre.

---

of a New Environmental Policy of the Community », in *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, O'Keefe and Twomey (ed.), London, Chancery Law Publishing, 1994, p. 157.

<sup>71</sup> V. C. Lepage, F. Guery, *La politique de précaution*, PUF, Paris, 2001, p. 107 et s.

<sup>72</sup> P. Lascoumes, « La précaution : un nouveau standard de jugement », *Esprit*, nov. 1997, p. 129.

<sup>73</sup> C. Lepage, F. Guery, *op. cit.*, p. 141.

Bien qu'il ait trouvé un premier ancrage en droit international de l'environnement, le principe de précaution est susceptible d'envahir d'autres domaines du droit international. Au sein même du droit international de l'environnement, il entretient des rapports avec d'autres principes. De l'analyse de la place dont jouit le principe de précaution dans l'ordre juridique international, il ressort que c'est un principe rebelle à tout essai de systématisation prématurée ou de caractérisation définitive. Il présente des facettes variées (A) et revêt en même temps une nature fédérative (B).

### A. – UN PRINCIPE À FACETTES VARIÉES

Ce qui rend difficile tout effort de systématisation du principe de précaution découle d'une part de l'indétermination de son statut juridique (1) et d'autre part de la diversité des qualifications juridiques dont il fait l'objet (2).

#### 1. – INDÉTERMINATION DE SON STATUT JURIDIQUE

Il peut paraître surprenant de s'interroger sur le statut juridique de ce principe alors qu'il est inscrit dans plusieurs conventions internationales<sup>74</sup>. Cette question se justifie pour deux raisons. Il est tout d'abord à noter que le principe n'occupe pas toujours la même place dans les conventions. Tantôt il figure dans le préambule<sup>75</sup>, tantôt dans le dispositif, parmi les obligations générales<sup>76</sup>, les principes ou les dispositions générales<sup>77</sup>. Il est rarement formulé de manière précise et la plupart des conventions se contentent de le mentionner de manière assez vague, en ne s'embarrassant pas de détails quant aux implications qui en découlent<sup>78</sup>.

L'analyse des expressions qui introduisent le principe dans les instruments internationaux est particulièrement révélatrice d'un compromis politique visant à lui accorder une faible portée. Bien souvent, le principe a seulement vocation à « guider les parties », et apparaît comme un principe inspirateur<sup>79</sup>. D'autres conventions évoquent le principe de précaution avec un certain degré de

<sup>74</sup> L. Baghestani-Perrey, « La valeur juridique du principe de précaution », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2000, Numéro spécial, p. 19.

<sup>75</sup> Convention sur la diversité biologique (L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 230), Protocole d'Oslo de juin 1994 à la Convention sur la pollution atmosphérique (*ibid.*, p. 550).

<sup>76</sup> Convention de Bamako de 1991 (art. 4) (*ibid.*, p. 752), Convention sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est de 1992 (art. 2) (*ibid.*), Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée amendée en 1995 (art. 4) (*ibid.*, p. 329).

<sup>77</sup> Convention d'Helsinki de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (art. 2, dispositions générales) (*ibid.*), Convention sur la mer Baltique de 1992 (art. 3, engagements et principes fondamentaux), Convention sur les changements climatiques de 1992 (art. 3, principes) (*ibid.*), Convention sur la conservation et la gestion des stocks chevauchants et des stocks de poissons migrants de 1995 (art. 5, principes généraux) (*ibid.*).

<sup>78</sup> P. Martin-Bidou, *op. cit.*, p. 660.

<sup>79</sup> Convention de Bamako : « les parties s'efforcent d'appliquer le principe de précaution » (L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*).

précision dans les termes utilisés. Il est vrai que pour l'heure, seules les conventions relatives à la protection du milieu marin semblent intégrer le principe de précaution avec des formulations spécifiques et prévoir des mécanismes clairs de mise en œuvre, notamment pour ce qui est du renversement de la charge de la preuve<sup>80</sup>.

La place du principe de précaution dans les conventions ne préjuge pas de sa valeur juridique. En effet, ce n'est pas parce qu'il est affirmé dans le dispositif d'une convention que le principe de précaution est nécessairement un principe du droit positif<sup>81</sup>. Une autre question est celle de son statut en droit international général. Il faut rappeler qu'aucune juridiction internationale ne s'est jusqu'alors prononcée sur ce statut. La Cour internationale de Justice, il est vrai de façon incidente, a été à deux reprises confrontée au principe de précaution. D'abord dans l'affaire des Essais nucléaires II où la Nouvelle-Zélande prétendait que la France devait, en application du principe, s'abstenir de tout essai souterrain tant qu'elle n'en avait pas démontré l'innocuité<sup>82</sup>.

Dans l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros, la Hongrie a invoqué le principe de précaution pour justifier l'impossibilité de respecter un traité la liant à la Tchécoslovaquie. Les deux parties s'étaient accordées sur la nécessité d'adopter une approche de précaution. Mais elles s'opposaient sur la question de savoir si en l'espèce les conditions de mise en jeu du concept étaient réunies. La Cour pour sa part a évoqué l'apparition de normes nouvelles dont il faut tenir compte en matière de protection de l'environnement, sans se résoudre toutefois à consacrer le principe de précaution en tant que principe juridique<sup>83</sup>.

De même au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le principe a été invoqué dans l'affaire des Mesures Communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones). À l'occasion, l'Organe d'appel a noté que le statut du principe fait l'objet de débats parmi les universitaires et les professionnels du droit et estimé que « la question de savoir s'il est largement admis parmi les membres comme un principe de droit international coutumier ou général est moins claire ». Selon l'organe, « il serait superflu et probablement imprudent qu'il prenne position au sujet de cette question importante mais abstraite »<sup>84</sup>. Le Tribunal international du droit de la mer a eu aussi à considérer

<sup>80</sup> Convention sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-Est (*ibid.*), Convention sur la conservation et la gestion des stocks chevauchants et des stocks de poissons migrateurs (*ibid.*), Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (*ibid.*).

<sup>81</sup> On remarque d'ailleurs que la terminologie varie. On emploie ainsi les notions d'« approche de précaution » ou d'« approche de prudence ». (ex : Convention sur la conservation et la gestion des stocks chevauchants et des stocks de poissons migrateurs) (*ibid.*). Ces formules ont-elles le même sens et la même portée que celle de principe de précaution ?

<sup>82</sup> La Cour ne s'est pas penchée sur cette question, *op. cit.*, V. l'opinion individuelle du Juge Weeramantry qui a estimé qu'en l'espèce le principe de précaution aurait dû être appliqué, *Recueil CJI*, 1995, p. 338.

<sup>83</sup> Arrêt du 25 sept. 1997, § 140 : « La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites au mécanisme de réparation de ce type de dommage ».

<sup>84</sup> V. Rapport de l'organe d'appel, § 123. V. aussi, H. Ruiz Fabri, « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *Revue juridique de l'environnement*, Numéro spécial, 2000, p. 55.

le principe de précaution dans l'affaire du thon bleu lorsqu'il lui a été demandé d'ordonner des mesures conservatoires mais n'a toutefois rien dit sur son statut<sup>85</sup>.

Cette réceptivité hésitante du juge international à l'égard du principe de précaution témoigne de la difficulté qu'il y a à ériger ce principe au rang de principe du droit international coutumier<sup>86</sup>. Ces remarques conduisent à considérer que le principe de précaution est une norme coutumière en « formation ». En témoignent son insertion dans de nombreux instruments de droit interne, sa prise en compte par la Cour de Justice des Communautés européennes<sup>87</sup>, par les tribunaux nationaux<sup>88</sup>, et sa reprise dans bon nombre d'instruments internationaux<sup>89</sup>. Le seul obstacle important réside dans son acceptation par l'ensemble de la communauté internationale en tant que principe de droit international général<sup>90</sup>. Là encore apparaissent les visages multiples du principe de précaution. La même variété se retrouve au niveau des obligations induites par ce principe.

<sup>85</sup> Le Tribunal a basé les mesures provisoires entre autres sur les considérations suivantes : « *Considering that the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment...Considering that, in the view of the Tribunal, the parties should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefish tuna. Considering that there is scientific uncertainty regarding measures to be taken to conserve the stock of southern bluefin tuna and there is no agreement among the parties as to whether the conservation measures taken so far have led to improvement in the stock of southern bluefin tuna. Considering that although the Tribunal cannot conclusively assess the scientific evidence presented by the parties and to avert further deterioration of the southern bluefin tuna stock* » (*Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan ; Australia v. Japan), Requests for Provisional Measures, Order of 27 August 1999*. Disponible à [www.un.org/depts/los/index.htm](http://www.un.org/depts/los/index.htm). Sur cette affaire, v. L. Boisson de Chazournes, « Unilateralism and Environmental Protection : Issues of Perception and Reality of Issues », *EJIL*, (2000), Vol. 11, n° 2, pp. 315-388.

<sup>86</sup> Il faut tout de même relever qu'une partie de la doctrine anglo-saxonne voit dans le principe de précaution, un principe de droit international coutumier : J. Cameron et J. Abouchar, « The Status of the Precautionary Principle », *op. cit.*, pp. 29-54 ; Ph. Sands, *op. cit.*, p. 473 : « il y a certainement une évolution du statut du principe dans le cadre du droit coutumier ».

<sup>87</sup> V. Décision du 5 mai 1998 dans l'affaire de l'interdiction d'exportation du bœuf anglais : « *Where there is uncertainty as to the existence or extent of risks to human health, the institutions may take protective measures without having to wait until the reality and seriousness of those risks become fully apparent. That approach is borne out by Article 130r (l) of the EC Treaty according to which Community policy on the environment is to pursue the objective inter alia, of protecting human health* ».

<sup>88</sup> V. par ex., CE, 28 juill. 2000, *Association Force Ouvrière Consommateurs et autres*, n° 212115, in *Droit de l'environnement*, n° 86, 2001/2, pp. 46-48. V. aussi, Ch. Huglo, « Du principe de précaution : portée effective et limites », *Préventique-Sécurité*, n° 56, mars-avr. 2001, pp. 32-35.

<sup>89</sup> En ce sens, v. la Résolution du Conseil européen de Nice du 7, 8 et 9 déc. 2000 sur le principe de précaution. Le Conseil « constate que le principe de précaution s'affirme progressivement en tant que principe de droit international dans les domaines de la protection de la santé et de l'environnement ». Disponible à [www.europa.eu.int/council/official/conclu/dec2000\\_fr.htm#a3](http://www.europa.eu.int/council/official/conclu/dec2000_fr.htm#a3).

<sup>90</sup> A titre d'illustration, dans l'affaire des *Mesures Communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* devant l'organe d'appel de l'OMC, la Commission européenne soutenait qu'il s'agissait d'une « règle coutumière générale du droit international », les États-Unis que le principe de précaution était une « simple approche » et le Canada qu'il n'était qu'un « principe émergent du droit international ». V. Rapport de l'Organe d'appel, § 2. 60, § 3-16, § 3-43. Disponible à [www.wto.org](http://www.wto.org).

## 2. — UNE DIVERSITÉ DE SES QUALIFICATIONS

Le principe de précaution s'inscrit dans la formation d'un droit nouveau qui ne répond pas forcément aux paradigmes du positivisme juridique. C'est un principe mixant le « *hard law* » et la « *soft law* ». Aussi sur le plan formel, il est assez difficile de déterminer avec précision ce que le droit international entend par principe de précaution lorsqu'il l'évoque dans certains instruments internationaux. En d'autres termes se pose la problématique du rôle normatif joué par la précaution dans l'ordre juridique international.

La technique juridique de la précaution agit-elle comme un « standard », une « approche » ou un « principe » proprement dit ?

La précaution comme standard reviendrait à considérer celle-ci comme une norme de bon comportement des États dans les relations internationales, celui-ci servant de référence pour apprécier la conduite d'un État dans un domaine donné<sup>91</sup>. Penser la précaution comme un standard reviendrait ainsi à en faire une notion à contenu variable susceptible d'interprétations subjectives de la part des États sans qu'un contrôle objectif puisse être efficacement exercé sur lesdites interprétations<sup>92</sup>.

La précaution comme approche conduirait à lui bannir tout caractère normatif. Elle serait tout simplement une méthode d'élaboration et de mise en œuvre des politiques. Rien dans la terminologie relative à l'approche ne laisse entendre l'existence d'une quelconque obligation juridique même minimale<sup>93</sup>. Si on prend en compte les défis auxquels est confrontée l'humanité il est difficile de concevoir que la précaution puisse être écartée des processus décisionnels des acteurs internationaux en raison de l'absence de toute juridicité. L'intérêt serait plutôt de consolider l'assise juridique dont bénéficie déjà la précaution dans bon nombre d'instruments internationaux, pour que cette approche prenne corps dans la texture du droit international.

La précaution comme principe est la terminologie que l'on retrouve le plus souvent dans les instruments internationaux sans que le sens et le contenu juridiques de l'expression principe ne soient précisément déterminés. Le principe est une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinés à inspirer toute possible application et s'imposant avec une autorité supérieure aux normes et standards<sup>94</sup>. Même lorsqu'il prend la forme d'une maxime, le principe est juridiquement obligatoire bien que non écrit dans un texte<sup>95</sup>. L'expression principe renvoie aussi à la généralité par opposition à l'exception. Ainsi, le

<sup>91</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, p. 806.

<sup>92</sup> V. J. Salmon, « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit* (sous la direction de Chaïm Perelman & Raymond Vander Elst), Bruylant, Bruxelles, 1924, p. 25. Selon l'auteur, « les notions à contenu variable occultent sous leur verbalisme l'absence réelle de pouvoir de ceux qui veulent réformer les règles du jeu. Le succès obtenu au niveau des formules utilisées n'est cependant pas sans intérêt pratique, car ces notions favorisent des évolutions que des formules précises empêchent de réaliser ».

<sup>93</sup> L'approche se distingue de ce fait du standard en ce sens que le standard implique souvent une obligation minimale.

<sup>94</sup> G. Cornu, *op. cit.*, p. 653.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 653. Le principe peut être le nom donné à une maxime intransgressible ou encore une règle tenue pour absolue.

principe de précaution est un principe d'action permanent. L'exception serait la non application de la précaution dans le processus décisionnel. Et comme toute exception, cette non-application sera soumise à des conditions et à une interprétation strictes. À défaut de pouvoir qualifier la précaution de règle, la notion juridique de principe semble adéquate. L'essentiel consiste à préciser par le biais d'autres dispositions juridiques, les contours et les mécanismes de mise en œuvre de la précaution.

Le principe de précaution comme il a déjà été remarqué, participe d'une logique particulière de formation du droit international. Ce qui est visé n'est pas une réglementation internationale stricte mais une régulation juridique internationale, c'est-à-dire un ensemble de règles parfois explicites, mais plutôt implicites qui guident le comportement des acteurs présents sur la scène mondiale<sup>96</sup>. Le principe de précaution est une parfaite illustration de ce que le Doyen Carbonnier a appelé le « droit soluble » par opposition au « droit solide »<sup>97</sup>. La marque du droit soluble est l'« internormativité »<sup>98</sup>. Le principe de précaution ne fait pas référence uniquement à des normes juridiques mais aussi à des normes techniques<sup>99</sup>, économiques, sociales, scientifiques, politiques et même culturelles. C'est dans le cadre de ce processus internormatif que la précaution peut être mise en œuvre de façon effective et efficace et qu'elle peut bénéficier de toute la légitimité nécessaire. Du fait de ce trait de caractère, l'on comprend mieux pourquoi le principe de précaution est rebelle à toute systématisation juridique absolue. Le juriste doit faire un effort de dépassement des catégories juridiques traditionnelles pour admettre la juridicité du principe de précaution.

## B. – UN PRINCIPE FÉDÉRATEUR

Le principe de précaution dans l'ordre juridique international joue un rôle fédérateur. De par sa structure et son contenu flexibles, il constitue un point de rencontre où se retrouve un certain nombre de principes et de techniques juridiques. C'est pourquoi il se compose d'une mixture d'obligations de moyen et de résultat (1) et qu'il constitue un socle pour d'autres principes du droit international (2).

---

<sup>96</sup> Selon C. Milani, « la régulation est à la fois l'ensemble des règles, processus et interventions qui conduisent à donner une stabilité à un système déterminé ou à lui permettre de s'adapter aux circonstances en maintenant les caractéristiques principales du système ainsi régulé » (*op. cit.*, p. 427).

<sup>97</sup> J. Carbonnier, Préface, *Le droit soluble (Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité)*, ss la dir. de J.-G. Belley, Paris, LGDJ, 1996.

<sup>98</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 185.

<sup>99</sup> V. J. Chevallier, Synthèse, colloque du CEDU, *Les enjeux juridiques des normes techniques*, Conseil d'État, 6-7 avril 1995.

## 1. – UNE MIXTURE D'OBLIGATIONS DE MOYEN ET DE RÉSULTAT

Le principe de précaution doit être analysé comme une symbiose tant d'obligations de moyen que d'obligations de résultat. Obligations de moyen, lorsqu'il fait référence aux capacités des États dans la prise de mesures mais aussi quand est mentionné le « rapport coût-efficacité » des mesures de précaution envisagées. Dans cette hypothèse, les moyens à mettre en œuvre pour respecter l'approche de précaution varient en fonction de leur coût, notamment économique, et de leur efficacité à prévenir la dégradation de l'environnement. Cette acception du principe de précaution apparaît pour la première fois dans la Convention sur les changements climatiques de 1992 qui prévoit que les mesures de précaution « requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible »<sup>100</sup>. D'autres textes prévoient également la nécessité de tenir compte des coûts des mesures de précaution par rapport à leur efficacité<sup>101</sup>. L'obligation de moyen (simple obligation de comportement) est susceptible de rendre le principe plus attrayant pour les États.

En tant qu'obligation de résultat, le principe de précaution impose une obligation d'empêcher les effets néfastes éventuels sur l'environnement. A l'extrême, le principe peut conduire à mettre en place un moratoire, l'activité proposée étant interdite tant que son innocuité n'a pas été prouvée<sup>102</sup>. C'est dans ce cadre que certaines conventions organisent un renversement de la charge de la preuve.

En réalité, il convient de dépasser la dichotomie obligation de moyen/obligation de résultat comprise dans son sens strict et classique. Le principe de précaution en raison de la complexité d'objectivation de ses critères de mise en œuvre fait plutôt appel à des « obligations de moyen intermédiaires » et des « obligations de résultat intermédiaires ». Ceci pour dire que, quelque soit le type d'obligation qui pourrait primer aux termes d'une disposition conventionnelle, il y aura toujours une dose de l'autre obligation à prendre en considération. Ainsi, si la précaution dans un texte particulier renvoie essentiellement à une obligation de moyen, un résultat minimal est néanmoins à attendre de l'application de la précaution. Inversement, une obligation de résultat sera forcément conditionnée par les moyens dont dispose l'État voulant appliquer la précaution.

Pour aider à la qualification juridique des obligations attachées au principe de précaution, il est ainsi nécessaire de se référer à d'autres classifications. Ainsi, Pierre-Marie Dupuy a distingué deux catégories d'obligations en droit international : les « obligations consenties » et les « obligations assumées »<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Art. 3 § 3, L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*

<sup>101</sup> V. le Protocole d'Oslo de 1994, « les mesures de précaution...devraient avoir le meilleur rapport coût-efficacité », (préambule § 4), *ibid.* V. aussi Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée amendée en 1995 «...mesures efficaces par rapport aux coûts » (art. 4 § 3 a), *ibid.*

<sup>102</sup> P. Martin-Bidou, *op. cit.*, p. 655.

<sup>103</sup> P.-M. Dupuy, « L'obligation en droit international », *Archives de Philosophie du droit, L'obligation*, Tome 44, Dalloz, Paris, 2000, pp. 217-231. Selon le Prof. Dupuy, « l'obligation assumée se distingue de l'obligation consentie par le fait que le contrat y cède la place à la

Le principe de précaution vient perturber cette classification duale en créant un autre type d'obligations : les « obligations nécessaires ». Les acteurs internationaux seraient tenus d'agir dans le sens de la précaution car celle-ci devient une condition *sine qua non* de la survie humaine<sup>104</sup>. La nécessité devient une source potentielle de légitimation juridique de la précaution à l'échelon international. Elle trouve appui dans l'émergence d'une nouvelle éthique planétaire et humaine qu'est celle de la sauvegarde de l'humanité et de l'environnement. Ainsi, au-delà de la nécessité, c'est l'éthique qui devient la source fondamentale du droit et de l'obligation juridique. La précaution serait une « obligation d'éthique juridique »<sup>105</sup>. Dans tout processus décisionnel étatique, l'éthique de la précaution sera prise en compte comme obligation juridique. Il y aurait de ce fait comme une sorte d'« ordre public international de la précaution » que l'on ne saurait transgresser<sup>106</sup>. Pour reprendre la conceptualisation opérée par le Conseil Constitutionnel français, le principe de précaution pourrait être qualifié de « principe particulièrement nécessaire à notre temps ». La précaution est une obligation nécessaire d'éthique juridique<sup>107</sup>. De par son caractère fédérateur, le principe de précaution réussit à réconcilier éthique et droit.

## 2. – UN SOCLE POUR D'AUTRES PRINCIPES

Le principe de précaution trouve son ancrage dans le droit international de l'environnement. Il évolue au sein de ce *corpus juris* avec d'autres principes fondamentaux. Son caractère fédérateur donne une certaine force à ces principes et appelle une redéfinition de leur rôle dans le système normatif international.

reconnaissance par le sujet de droit du caractère *unilatéralement* obligatoire de l'obligation. L'obligation y vaut d'abord par elle-même, du fait de l'autorité attachée à la règle substantielle qu'elle énonce, et non parce que le sujet qui lui est soumis y aurait conventionnellement consenti ».

<sup>104</sup> Dans le même sens, on peut rappeler que dans son opinion dissidente dans l'Affaire du *Projet Gabčíkovo Nagymaros*, le Juge Weeramantry sans parler d'obligations nécessaires, a attiré l'attention de la C.I.J sur la nécessité de prendre en compte dans la procédure contentieuse internationale, les « obligations *erga omnes* ». Le principe de précaution relèverait de cette catégorie d'obligations. Comme l'explique le Juge Weeramantry : « Nous sommes entrés dans une ère du droit international où celui-ci ne se contente pas de servir les intérêts des États à titre individuel, mais projette son regard au-delà de ceux-ci et de leurs querelles de clocher pour considérer les intérêts majeurs de l'humanité et le bien-être de la planète. Pour examiner de tels problèmes, qui dépassent les droits et obligations propres des États en litige, le droit international devra voir plus loin que les règles de procédure élaborées aux seules fins du contentieux *inter partes*. Quand nous entrons dans le monde des obligations opposables *erga omnes* plutôt qu'*inter partes*, les règles fondées sur l'équité individuelle et le respect de la procédure peuvent se révéler inadéquates. Les grandes questions écologiques qui se font jour maintenant vont obliger à réfléchir à cette question. Le droit international de l'environnement devra faire plus que peser les droits et obligations des parties à l'aune unique de l'intérêt individuel propre des États, sans tenir compte des préoccupations générales de l'humanité dans son ensemble ». V. *Recueil C.I.J.*, 1997, pp. 118-119.

<sup>105</sup> C. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1990.

<sup>106</sup> A propos d'un nouvel ordre public international devant intégrer de nouvelles valeurs, v. M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 1996.

<sup>107</sup> V. C. Radé, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité? », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, Numéro spécial, p. 75.

Deux principes en particulier semblent bénéficier d'une relation privilégiée avec le principe de précaution : « le principe de l'équité intergénérationnelle » et le « principe de participation populaire ».

Le premier est un élément constitutif du développement durable. Aux termes du Principe 3 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, « le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures »<sup>108</sup>. Le principe de précaution en tant que « droit du futur » permet la prise en considération du droit des générations futures et de leurs intérêts dans le processus décisionnel des États. En gérant l'incertain, la précaution s'intéresse particulièrement aux conséquences futures de l'activité humaine sur l'environnement, la santé et la survie de l'être humain. Une mise en œuvre satisfaisante du principe de précaution garantit *a fortiori* la protection des intérêts des générations futures.

Le principe de participation populaire bénéficie également du dynamisme dont est porteur le principe de précaution<sup>109</sup>. La gestion de l'incertitude liée aux activités humaines ne doit pas être l'apanage des décideurs publics. Le droit international se veut garant d'un processus de décision démocratique au sein des États. Le principe de précaution bouleverse les comportements décisionnels traditionnels en exigeant une plus grande transparence. La précaution en tant que symbiose de normes techniques, scientifiques, sociales, économiques, culturelles, politiques et juridiques engage une pluralité d'acteurs. Pour ce faire, la mise en œuvre du principe de précaution doit donner lieu à une application effective et efficace du principe de participation publique. L'État ne saurait être le seul acteur responsable de l'évaluation qui s'attache à dire si la précaution mérite ou non d'être appliquée dans un cas particulier. Scientifiques, entreprises, ONG, populations locales et autres acteurs concernés doivent être consultés et participer au processus de décision. En outre, une information adéquate corollaire de la participation garantit la transparence du processus décisionnel. Comme l'affirme Marie-Angèle Hermitte, le principe de précaution est porteur « d'une capacité subversive pour l'ensemble de l'ordre juridique et ouvre la voie à un grand renouveau démocratique »<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 42.

<sup>109</sup> Aux termes du Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré » (L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 43).

<sup>110</sup> Citée par M. Laronche, « Principe de précaution et renouveau démocratique », *Le Monde*, 13 mars 2001.

## CONCLUSION : COMPRENDRE LA PRÉCAUTION À TRAVERS SA DIMENSION SOCIÉTALE

« Être ou ne pas être ». Comme tout nouvel instrument de régulation juridique, la précaution est confrontée à cette question existentielle. La viabilité du principe de précaution dans l'ordre juridique international dépendra de son aptitude intrinsèque et extrinsèque à remplir sa fonction. D'un point de vue intrinsèque, c'est une fonction de technique juridique originale et singulière qu'elle doit remplir pour ne pas être supplantée par d'autres techniques juridiques. D'un point de vue extrinsèque, le principe de précaution doit être en mesure d'assumer sa dimension sociétale. Il risque sinon d'être dénué de toute légitimité normative.

Le principe de précaution suscite une nouvelle réflexion sur le « contrat social ». Il démontre que toute tentative de constructivisme social (c'est-à-dire de gestion de la société selon un plan préalable et définitif) est vouée à l'échec ou du moins à un certain nombre de remises en cause. La précaution s'accompagne d'un vent nouveau : celui de la complexité et donc de la remise en cause de tous les absolus qui ont longtemps fondé la société moderne. Elle s'inscrit dans un contexte de post-modernité et est porteuse de bouleversements dans l'ordre juridique.

Le premier est celui d'un remodelage du rapport droit/science. La relativité des dogmes cartésiens du fait de l'apparition de nouveaux problèmes et défis pour l'humanité dans son ensemble entraîne un nouveau traitement par le droit de l'expertise scientifique, et par ricochet un rééquilibrage de la relation entre la politique juridique et la science. La précaution témoigne d'un rapport profondément bouleversé à la science que l'on interroge moins pour les savoirs qu'elle propose que pour les soupçons et les doutes qu'elle suscite<sup>111</sup>. Il ne s'agit point d'une dilution de la science mais plutôt d'un repositionnement. En effet, le principe de précaution va créer une autre relation entre le processus normatif et l'expertise scientifique. Celle dernière favorise une nouvelle approche du droit tournée vers des processus normatifs consolidés et renouvelés par les résultats obtenus par l'entremise d'expertises scientifiques menées sur une base continue. Ces expertises appellent une adaptation constante du processus décisionnel, notamment au travers de l'adoption de protocoles et d'amendements des instruments existants<sup>112</sup>.

Le second est celui d'un remodelage du rapport droit/économie lié au coût que pourrait engendrer la précaution pour une société particulière. Il est vrai que

<sup>111</sup> N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 196.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 198. Selon N. de Sadeleer, « le principe de précaution occuperait dès lors une position tout à fait paradoxale au niveau de l'articulation entre la science et la décision normative. Côté cour, il réclamerait la restauration de la primauté du politique pour déterminer le contenu des mesures préventives et l'époque à laquelle elles doivent être prises. Côté jardin, il viendrait renforcer le pouvoir des experts en faisant appel à encore plus de connaissances. Rejetée en raison de sa nature imparfaite, l'expertise serait constamment rappelée à l'ordre pour équilibrer la portée de la mesure anticipative ».

« qui trop embrasse mal étroit ». Les mesures de précaution peuvent être à l'origine d'une psychose sociale tuant l'initiative et l'innovation. Les sociétés ne sauraient se permettre de telles dérives. Pour repenser le rapport droit/économie dans une perspective de rééquilibrage, le principe de précaution doit être considéré comme un élément substantiel du « développement durable ». À cette fin, son objectif n'est pas de ruiner les activités économiques mais de mettre en relief la nécessité d'opérer une intégration des exigences de notre temps en matière de protection de l'environnement. En tant qu'élément du développement durable, le principe de précaution doit concourir à un « mieux-être durable de l'humanité »<sup>113</sup> sous toutes ses formes et non pas exclusivement dans sa forme économique. De ce fait, le principe de précaution serait garant de l'exercice d'activités qui sont « économiquement viables, socialement équitables et écologiquement durables »<sup>114</sup>.

Le principe de précaution impose également de repenser le rapport droit/effectivité. Autrement dit, il s'agit là de redéfinir des mécanismes efficaces de mise en œuvre et de garantie de ce nouveau droit, droit d'une nature « *soft* ». L'objectif visé est d'éviter de tomber dans l'arbitraire ou dans l'excès de pouvoir discrétionnaire dans l'application du principe. Le juge (international, communautaire et national) est appelé ainsi à jouer un rôle fondamental dans la détermination ou la fixation des contours du principe de précaution. L'effort d'objectivation des éléments du principe doit relever d'un organe qui arbitre les intérêts contradictoires des différents acteurs de la société. C'est grâce à un tel effort que le principe de précaution trouvera définitivement droit de cité en droit international.

Enfin, le principe de précaution offre l'image d'une relation particulière de l'international et du national. Il y a « contamination » de la sphère nationale par la sphère internationale qui se traduit par un « phénomène d'émulation favorable entre les dimensions internationale et nationale »<sup>115</sup>. Les récents développements de l'actualité (notamment les affaires du sang contaminé et de la vache folle) démontrent que le principe de précaution trouve application dans la sphère internationale, exigeant une plus grande coopération entre les acteurs étatiques mais aussi dans la sphère nationale, confrontant le décideur à une opinion publique de plus en plus exigeante sur les mesures à adopter pour gérer les menaces et risques qui se font jour<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> Concept développé par la Commission mondiale des barrages, *op. cit.*, p. 27.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>115</sup> L. Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du développement durable », in *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : La promotion d'un développement durable* (sous la dir. de S. Maljean-Dubois et R. Mehdi), Colloque d'Aix-en-Provence (15-16 janv. 1999), Paris, Pedone, 1999, p. 65.

<sup>116</sup> Par ex., dans l'affaire de la vache folle en France, on a vu des maires prendre des mesures de précaution sans attendre ou sans se conformer à des instructions ministérielles.