

LES DÉRIVES DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Arthur Charpentier

Maître de conférences, Université de Rennes 1

« Dans le doute, abstiens-toi » dit la sagesse populaire. Le principe de précaution (en allemand Vorsorgeprinzip) est né de l'idée qu'il convient d'accepter qu'il existe un doute, ou une incertitude (scientifique), dans la connaissance des risques. Il y a un peu plus de vingt ans, la loi Barnier introduisait le principe de précaution dans le droit français, pour le « risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement », communément appelé « risque environnemental ». Il y a un peu plus de dix ans, il a été inscrit dans la Constitution, approuvé par 531 députés, exprimant ainsi un très large consensus politique, probablement aussi social. Mais aujourd'hui, le principe de précaution est évoqué dans des contextes tout aussi divers que le risque d'actes de terrorisme, mais aussi des procédures de droit civil. Quelles sont les conséquences de cette dérive de l'utilisation du principe de précaution ?

Prudence, prévention, précaution... et prévisions

Il est souvent admis que la précaution se distingue de la prévention par l'absence d'identification des risques. La prévention pourrait être associée à la protection contre des risques identifiés, alors que la notion de précaution interroge sur les actions possibles face aux risques non encore identifiés. Comme le rappellent Ewald, Gollier et Sadeleer [2009], le principe de précaution en matière d'environnement passe par trois impératifs : réduire les risques et éviter des émissions même lorsqu'on ne constate pas d'effet à court terme, formuler des objectifs de qualité environnementale, et définir une approche écologique

de la gestion de l'environnement. Aussi, même en l'absence de certitudes (et quelles que soient les connaissances scientifiques du moment), le principe de précaution vise à ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées, permettant de prévenir des dommages irréversibles, à un coût acceptable. D'autres principes peuvent venir compléter ce dernier, comme le principe d'information ou de participation, qui postule que chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à son environnement.

Comme le notait Hunyadi [2004], ces trois notions sont étroitement liées, mais différentes.

- La prudence vise les risques avérés, ceux dont l'existence est démontrée ou connue empiriquement et suffisamment pour qu'on puisse en estimer la

fréquence d'occurrence. Le fait d'être probabilisable rend le risque assurable. On rangera dans cette catégorie la consommation d'alcool ou jouer à la roulette russe.

- La prévention vise les risques avérés, ceux dont l'existence est démontrée ou connue empiriquement sans toutefois qu'on puisse en estimer la fréquence d'occurrence. Le risque nucléaire entre probablement dans cette catégorie. L'incertitude ne porte pas sur le risque, mais sur sa probabilité de réalisation. L'absence de probabilités rend – normalement – le risque inassurable par l'industrie classique de l'assurance.
- La précaution vise les risques dont ni l'ampleur ni la probabilité d'occurrence ne peuvent être calculées avec certitude, compte tenu des connaissances du moment. Un exemple qui a été beaucoup débattu est celui des organismes génétiquement modifiés, mais on peut inclure tous les risques liés aux nanotechnologies.

Pour reprendre les mots d'Hohmann [1994], tels que cités dans Ewald, Gollier et Sadeleer [2009], la précaution naît de « la volonté de s'affranchir de la démarche assimilative pour lui substituer une démarche anticipative ». Wynne [1992] utilise le terme « *anticipatory paradigm* » pour parler du principe de précaution. L'anticipation et les prévisions sont alors au centre de la précaution : le principe de précaution implique d'anticiper les risques, avec la dimension d'incertitude qui va l'accompagner. Comme l'assurance finalement. Sauf que cette dernière suppose généralement que l'aléa est indépendant de la volonté des agents, alors que la précaution s'intéresse aux risques endogènes, qu'il convient d'anticiper. Et quand la précaution devient un principe juridique, on peut tomber dans des excès bien connus par les amateurs de science-fiction. « *I'm placing you under arrest for the future murder of Sarah Marks and Donald Doobin that was to take place today* », lançait au meurtrier potentiel le policier John Anderton, dans le film inspiré par la nouvelle publiée en 1956 par Philip K. Dick, *Minority Report*. Peut-on arrêter quelqu'un de manière préventive, ou pire, précautionneuse, au nom du principe de précaution ?

On n'est pourtant pas loin de ce scénario de science-fiction quand on regarde comment fonctionne la lutte contre le terrorisme. En novembre 2015, en conséquence de l'état d'urgence, des perquisitions administratives ont été menées. « L'objectif est de ne pas se voir reprocher de n'avoir rien fait alors que nous avons des informations. C'est une sorte de principe de précaution appliqué au terrorisme » avait affirmé un policier dans *Libération* (1). Avant l'été 2016, le député des Alpes maritimes Eric Ciotti disait, au sujet des personnes fichées S, que pour « ces personnes aujourd'hui, il doit y avoir un principe de précaution, on doit les placer dans une situation de rétention. Ils ne peuvent plus être en liberté, parce qu'ils constituent une menace »(2). Est-ce vraiment cela le principe de précaution ?

Justice, incertitude, aléa et précaution

Le principe de précaution requiert la pratique d'un doute, qui peut faire penser au doute hyperbolique, que les juristes rattachent parfois au concept d'inversion de la charge de la preuve. L'adage « coupable jusqu'à ce que l'innocence soit prouvée » est en train de remplacer la maxime juridique séculaire « innocent jusqu'à preuve du contraire », comme l'évoquait van den Belt [2003] ou Flückiger [2003], s'interrogeant et mettant à l'épreuve du principe de précaution le concept même de preuve.

Étrangement, les mots preuve et probabilité dérivent du même adjectif latin, *probus*. *Probus ager* est le champ où les graines germent et poussent. Ce qui est *probus* est alors ce qui répond à une attente, produit, nourrit. Appliqué à l'homme, il impliquera la bonté, l'honnêteté (la probité). Il s'agit alors d'une réponse positive à l'attente (au contraire, le hasard serait associé à l'improbable, à une réponse négative). *Probus* donnera *probatio*, la preuve, plus tard dénommée *proba*. *Approbare* signifie alors prouver, voire approuver, et le dérivé *probabilis* signifierait

approuvable. C'est ce sens qui semble avoir été retenu par Cicéron lorsqu'il utilise *probabilia* pour évoquer des conjectures possibles. Ce qui est probable contient alors une grande part psychologique, avec un jugement éthique (on va approuver), mais aussi un jugement de vérité (on va prouver). Comme le disait Gaston Bachelard : « C'est à la faveur d'une confusion entre le domaine psychologique et le domaine du réel que nous incorporons dans la notion de probabilité... » [Bachelard, 1927]. La probabilité, aussi compliqué que puisse être le calcul qui se cache derrière la valeur, ne mesure que notre attente.

■ La décision juste dans un monde incertain

On demande à la justice de résoudre des problèmes, parfois de définir une vérité que les scientifiques n'arrivent pas à établir (comme dans le contexte du risque environnemental). Mais dans la vie de tous les jours, les juges prennent de nombreuses décisions. Et commettent des erreurs. En théorie de la décision, on peut résumer cela dans le tableau 1 ci-dessous. En justice pénale, le juge – ou un jury – doit décider si une personne est innocente ou pas. Deux types d'erreurs sont possibles : les faux négatifs (les coupables innocentés) et les faux positifs (les innocents envoyés en prison).

Tableau 1 - Mécanisme de décision et erreurs

		Réalité	
		innocent	coupable
Décision	innocent (négatif)	bonne décision	erreur de première espèce (faux négatif)
	coupable (positif)	erreur de seconde espèce (faux positif)	bonne décision

Source : auteur.

Dans les histoires pour enfants, des faux positifs, c'est Pierre qui hurle au loup alors qu'il n'y a rien (et qui finit par lasser tout le monde, et lorsque le loup arrive effectivement, personne n'y croit). En matière

de justice, un faux positif, c'est un innocent envoyé en prison. Il n'est pas rare qu'un type d'erreur soit « économiquement » plus intéressant. Une analyse coût-bénéfice en marketing, par exemple, montre que solliciter quelqu'un qui refusera un produit est généralement moins coûteux que rater un bon client. Dans d'autres applications, un type d'erreur sera « socialement préférable », comme en santé publique. Suite à une quarantaine, on pourra préférer condamner des innocents que d'avoir une personne contaminée qui sorte de la zone contenue (et puis contamine le reste de la population). La grande difficulté en théorie de la décision est précisément de choisir ses erreurs (ou plutôt ses taux d'acceptation d'erreurs).

■ La décision juste et les erreurs

Voltaire écrivait en 1747, à propos de Zadig, choisi par le roi pour devenir premier ministre : « C'est de lui que les nations tiennent ce grand principe : qu'il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent ». Ce principe a longtemps semblé juste (c'est le second exemple dans le tableau 2).

Tableau 2 - Exemple de décisions rendues - 1. Cas réaliste, 2. Tous innocents, 3. Tous coupables

Cas 1		Réalité	
		innocent	coupable
Décision	innocent	20	10
	coupable	15	55

Cas 2		Réalité	
		innocent	coupable
Décision	innocent	30	0
	coupable	70	0

Cas 3		Réalité	
		innocent	coupable
Décision	innocent	0	30
	coupable	0	70

Source : auteur.

Comme le montre le tableau 2, partons d'une situation réelle (ou supposée comme telle), avec un système judiciaire qui commet quelques erreurs. Sur la centaine de personnes jugées, 10 personnes coupables ont été acquittées, alors que 15 innocents ont été envoyés en prison ; soit globalement 25 % d'erreurs, même si on peut imaginer que les deux erreurs ne sont ici sensiblement pas du même ordre. En déclarant tout le monde innocent, on commet 70 % d'erreurs, ce qui est manifestement trop élevé. Alors qu'en déclarant tout le monde coupable, on commet 30 % d'erreurs. Dans une certaine mesure, les risques des deux types d'erreurs sont inversement liés. Réduire l'un d'entre eux se fera généralement au détriment de l'autre. Nous devons reconnaître qu'il y a un compromis inévitable dans la conception de notre système de justice pénale. En économie, l'équilibre dépend de notre estimation des coûts économiques (et autres) associés à chacun des deux types d'erreur. Mais en matière judiciaire, on peut imaginer que l'aspect moral est important.

Dans un système judiciaire civilisé, les risques d'erreur du premier type sont minimisés dans la mesure du possible, c'est tout du moins ce que l'on entend par l'expression « innocent jusqu'à preuve du contraire ». Il y a un prix à payer pour cette approche prudente et civilisée, à savoir qu'éventuellement bon nombre de malfaiteurs doivent être acquittés en raison d'une « absence suffisante de preuves ».

Erreur et responsabilité : placer les victimes au centre de la justice

Le juge a une expérience construite sur une sous-population probablement non représentative de la population française. Ce biais de sélection est causé par le fait que les policiers ont dû convaincre un procureur de poursuivre les investigations, pour au moins arriver à la phase d'instruction. Ce qui pourrait presque légitimer

qu'un juge – ou de manière générale toute personne gravitant dans le monde de la justice – ait un a priori tellement négatif, que dans le doute, par peur de commettre une erreur, il se fit à son instinct, construit à partir d'une population biaisée. Pire encore, s'il prend l'habitude de condamner (partant du fait qu'il n'y a pas de fumée sans feu), un juge peut être convaincu de n'avoir eu face à lui que des coupables. Il est pourtant normal de commettre des erreurs. « *Errare humanum est* » disait saint Augustin. Le danger est que le décideur confonde souvent « faute » et « erreur », et de peur de commettre une faute, dont il pourrait être reconnu responsable, il n'ose trancher. La difficulté est d'admettre ses erreurs, et d'apprendre d'elles. Car il faut se souvenir que l'erreur de seconde espèce est une erreur double : s'il y a un innocent qui croupit en prison, il y aussi – probablement – un criminel toujours en liberté.

Avec le principe de précaution, le pouvoir fait de la société la victime potentielle et nous invite à nous objectiver comme telle. Après la Seconde Guerre mondiale, comme l'a montré Rechtman [2005], l'attention des psychiatres s'est déplacée du traumatisme aux victimes. Et cette idée s'est ensuite imposée à l'ensemble de la société : chacun doit, pour exister, dire sa souffrance et susciter la compassion. Si la victimologie a ainsi fait son entrée dans le monde de la psychiatrie, parallèlement, la place de la victime a été renforcée dans le droit. Lévy [2004] a montré qu'aujourd'hui les victimes se voient reconnaître des droits excessifs, en particulier lorsqu'elles entrent dans certaines catégories (enfants, victimes de violences sexuelles, d'actes de terrorisme, etc.). Dans ce cas, la parole de la victime est alors sacralisée, la défense de l'accusé devient donc impossible ; tout le monde étant inconsciemment persuadé de sa culpabilité. Guillaume Erner dénonce, dans *La société des victimes*, un nouvel ordre moral qui s'instaure et confère à la victime un statut quasi sacré, puisqu'elle devient une « version laïcisée des martyrs et des saints ».

Lévy [2004] rappelait que la psychiatrie semble penser que les troubles psychologiques résultant de certaines infractions sont parfaitement compatibles

avec des personnalités normales. Ainsi « on considère donc que l'absence de tout signe visible de traumatisme non seulement n'exclut pas le crime, mais dans certains cas, peut constituer un indice supplémentaire de sa réalité ». On retrouve ici l'idée qu'avait Edgar Hoover, telle que la légende la rapporte : après avoir été mis sur écoute, si les écoutes confirmaient les suspicions, les individus étaient classés « subversifs », alors que si les écoutes n'étaient pas concluantes, ils étaient classés « subversifs malins ». On est loin de l'époque où Voltaire pouvait affirmer préférer avoir un coupable dans la nature qu'un innocent en prison, demandant un taux d'erreur de première espèce le plus faible possible. En plaçant la victime au centre de la justice, on demande aujourd'hui un taux d'erreur de seconde espèce nul. Ce qui revient à nier la présomption d'innocence : « coupable jusqu'à ce que l'innocence soit prouvée », en s'appuyant abusivement sur le sacro-saint « principe de précaution ».

Le principe de précaution est aussi un risque

Il est aujourd'hui clair que le principe de précaution a instauré un nouveau standard de jugement de la responsabilité et étendu son espace éthique. Comme le notait François Ewald : « Celui qui introduit le risque doit le prévoir. En ne prenant pas suffisamment de précaution, en particulier d'abstention, il peut être déclaré responsable ». Au nom de ce principe, certains événements festifs sont annulés, comme le rapportaient *La Voix du Nord* et France 3 lors de l'annulation de braderies en septembre dernier. Le principe de précaution fait peur aux décideurs et impose une inertie, un conservatisme sans limite. Il serait peut-être temps de prendre davantage de précaution dans l'application de ce principe.

Notes

1. *liberation.fr*, 19 novembre 2015. http://www.liberation.fr/france/2015/11/19/les-perquisitions-un-principe-de-precaution_1414828

2. *Rapporté dans lemonde.fr*, 14 juin 2016. http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/06/14/internet-tous-les-djihadistes-presumes-fiches-s-le-retour-d-une-proposition-inapplicable_4950347_4355770.html

Bibliographie

BACHELARD G., *Essai sur la connaissance approchée*, Vrin, 1927.

ERNER G., *La Société des victimes*, La Découverte, 2006.

EWALD F. ; GOLLIER CH. ; SADELEER N. (DE), *Le principe de précaution*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009.

FLÜCKIGER A., « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution ». *Revue européenne des sciences sociales*, 41, 2003, pp. 107-127.

France 3, « Lille : après la braderie, le semi-marathon et le 10 km annulés », 2016. <http://france3-regions.francetvinfo.fr/nord-pas-de-calais/nord/lille-metropole/lille/lille-apres-braderie-semi-marathon-10-km-annules-1062833.html>

HOHMANN H., *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law. The Precautionary Principle: International Environmental Law between Exploitation and Protection*, Springer Verlag, 1994.

HUNYADI M., « La logique du raisonnement de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, 42, 2004, pp. 9-33.

lavoixdunord.fr, « Libercourt : le principe de précaution appliqué à la lettre à la braderie du centre », 4 septembre 2016. <http://www.lavoixdunord.fr/region/libercourt-le-principe-de-precaution-applique-a-la-ia34b54029n3713449>

LÉVY TH., *Éloge de la barbarie judiciaire*, Odile Jacob, 2004.

RECHTMAN R. « Du traumatisme à la victime », in FASSIN D. et BOURDELAIS P. (dir.), *Les constructions de l'intolérable*.

Études d'anthropologie et d'histoire sur les frontières de l'espace moral, La Découverte, 2005.

VAN DEN BELT H., "Debating the Precautionary Principle: 'Guilty until Proven Innocent' or 'Innocent until Proven Guilty'?", *Plant Physiology*, 132(3), 2003, 1122–1126.

VOLTAIRE, *Zadig ou la destinée*, 1747.

WYNNE B., "Uncertainty and Environmental Learning: Reconceiving Science and Policy in the Preventive Paradigm", *Global Environmental Change*, 2(2), 1992, pp. 111-127.