



HAL
open science

Questionner les a priori du droit sur “ l’incertain ”

Sandra Russo

► **To cite this version:**

Sandra Russo. Questionner les a priori du droit sur “ l’incertain ”. Revue Lexsociété, 2023, Journées d’étude pluridisciplinaire de la jeune recherche, 10.61953/lex.3418 . hal-03983984

HAL Id: hal-03983984

<https://hal.science/hal-03983984>

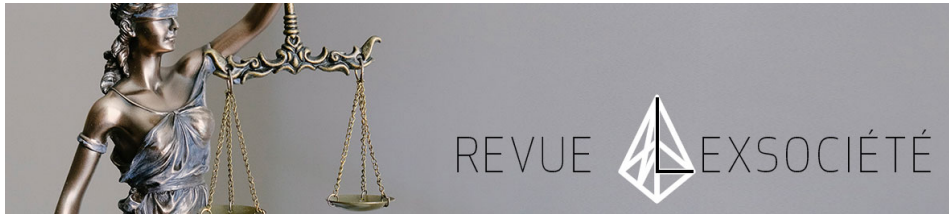
Submitted on 11 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Questionner les a priori du droit sur « l'incertain »

in J.-S. BERGE ET H. KASSOUL (dir.), « Questionner nos objets de recherche par nos *a priori* », *Journées d'étude pluridisciplinaire de la jeune recherche*, 23 et 24 mai 2022, Nice, Programme de recherche avancée IDEX UCAjedi Projet « ANTÉCÉDENT », Université Côte d'Azur.

SANDRA RUSSO

Docteure en droit Chargée d'enseignement

ATER

CNRS, GREDEG

Université Côte d'Azur

Résumé : Questionner les a priori du droit sur l'incertain amène à étudier comment et jusqu'où le droit appréhende ce concept non juridique. L'incertain n'est-il qu'un type de risque ? Afin de montrer que l'incertain est un non-dit contre lequel le droit prémunit, l'article cherche, d'une part, à théoriser l'incertain et, d'autre part, à déconstruire et exploiter le droit des risques.

Mots-clés : Droit ; Risque ; Incertitude ; Principe ; Évolution ; Acceptabilité ;

1. L'incertain et le droit. Réfléchir aux a priori du droit à l'égard de « l'incertain » nécessite, d'abord, de se demander ce que signifie « l'incertain » en droit, sa traduction juridique et, ensuite, d'explorer les modalités de son expression dans le droit. Le plus souvent, on verra que l'incertain donne la mesure d'un contexte sujet au doute. Une controverse entraîne des divergences dont les potentielles conséquences font naître le besoin de recourir au droit. À défaut de dispositif adéquat, l'instauration de règles nouvelles peut s'avérer nécessaire afin de ne pas se retrouver en situation de vide juridique.

Au préalable, il y a lieu de préciser que l'incertitude n'est pas une notion juridique. Aussi, en droit, l'incertain c'est quoi ?

2. Les bases de données. Globalement, quand il s'agit d'incertain, il ne s'agit jamais que du caractère incertain, soit d'une chose ou d'une situation¹, soit relatif à une personne². Sur *Légifrance*, une recherche opérée le 15 mai 2022 sur le mot clé « incertain » a produit 9896 résultats dont notamment la première page renvoyait à un arrêté du 24 mars 2017 en rapport avec un article du Code de la santé publique (CSP) sur le « statut sanitaire incertain des animaux », à plusieurs jurisprudences administratives et judiciaires relatives à des contentieux portant sur la « dette incertaine », la « preuve incertaine », la « réalisation de travaux incertaine », la nature « incertaine » des connaissances scientifiques d'un risque, la situation « incertaine » d'un pays par rapport à son inscription sur une liste, les « fondements incertains » d'une plainte, la réalisation « d'un événement futur et incertain relatif à l'emploi » d'un salarié ou encore, à l'avenant d'une convention collective qui mentionnait le contexte contraint de la « situation économique incertaine » due au Covid 19. Ces exemples ont tous partie liée avec le sens courant de l'incertitude, c'est-à-dire le contraire de ce qui est sûr et certain.

3. L'absence de définition juridique. Selon DOMAT, inspiré par la méthode de DESCARTES, le droit positif a vocation à distinguer et ordonner les

¹ De nature « imprévisible » qui ne peut être « fixé d'avance » et s'avère « aléatoire », « hypothétique », « changeant », « problématique ».

² Soumise à « embarras », « indécision », « perplexité ».

définitions, principes et règles, en « *n'avançant rien qui ne soit ou clair par soi-même ou précédé de tout ce qui peut être nécessaire pour se faire entendre* »³.

4. Sauf erreur de notre part, aucun lexique juridique ne définit l'incertain, pas plus que l'incertitude ; de là l'évidence manifeste que ce vocable n'est pas une notion de droit et que celui-ci lui est de prime abord réfractaire. Vue du droit, l'incertitude n'est jamais qu'un substantif et l'incertain, un adjectif qualificatif.

5. Pour circonscrire le sens et le champ de l'incertain, il faut sortir du droit et faire, comme dit Jean-Sylvestre BERGÉ, « un pas de côté et des va-et-vient » avec d'autres domaines ; cela afin de constater l'influence de ce que nous serions tentés de désigner comme des “externalités du droit” et potentiellement, théoriser l'incidence de celles-ci sur les constructions juridiques. Mettre en perspective un droit de l'incertain (sous réserve qu'il existe) demande de chercher - de manière explicite - à analyser l'impact sur les régimes juridiques existants tant des approches opérées par les autres disciplines que des présupposés de diverses natures et origines. Il faut se pencher sur le rapport entre les précompréhensions de l'incertain et le substrat des règles de droit.

6. Dans le langage courant. Depuis le X^e siècle, l'incertain s'apparentait au doute auquel il était synonyme. Le mot finit par prendre son essor en Europe au XV^e siècle, à une époque « où les sciences dégageaient des connaissances de la sphère philosophique et théologique et s'apprêtaient à proposer de nouvelles “certitudes” »⁴. Au fil du temps, il est considéré que tout phénomène incertain a non seulement le potentiel d'échapper à la prévision humaine, mais également, de mettre en défaut le savoir et les connaissances de tout type. Étymologiquement, l'incertain se conçoit comme quelque chose d'indéterminé qui ne peut pas être fixé à l'avance, « un phénomène variable et précaire qui

³ *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Traité des lois*, Vve Canalier, 1686, Préface, cité par P. GLAUDET, « Le Code napoléon, fondateur de la nation française », *Defrénois*, n° 9, 15 mai 2004, p. 621.

⁴ R. KAST, « Incertitude et environnement : évaluations économiques » in *Incertitude et environnement – La fin des certitudes scientifiques*, sous la Dir. de P. ALLARD, D. FOX, B. PICON, Ecologie Humaine/Edisud, 2008, p. 470.

manque de stabilité et de prédétermination »⁵. Or, justement, le droit est un fixateur dont, *grosso modo*, la raison d'être réside dans le fait de savoir *a priori* ce que chacun risque *a posteriori*.

7. Les motivations du Droit. Il est un instrument voué à la sécurité. Sa fonction consiste à organiser avec pour finalité de « régler, rythmer la vie de la société »⁶. Le Droit prévoit pour assurer la sécurité sous toutes ses occurrences, notamment juridique. Dès lors, comment traiter l'incertain en droit ? Selon un adage bien connu « nul n'est censé ignorer la loi » ; au travers des prescriptions normatives, tout un chacun est supposé savoir ce qu'il encourt avant d'agir et doit, peut ou ne peut pas faire. Comme « le droit a pour fonction de répondre aux attentes sociales »⁷, il le fait à l'aide d'outils de différentes natures.

8. L'incertain et les méthodes du droit. Dans le prolongement du courant scientifique en France, notamment DUGUIT et HAURIOU considérèrent que les phénomènes sociaux déterminent le Droit. « Empruntant aux sciences physiques et naturelles, par la méthode inductive fondée sur l'observation des faits, l'école sociologique constate des phénomènes et cherche à les rattacher à des antécédents qui leur servent de cause. »⁸ L'incertain, l'état d'incertitude, n'en serait-il pas un justement ? Dès lors, la manière de penser l'incertain en générale peut-elle aider à comprendre le cheminement menant aux constructions juridiques ? L'incertain, ce qui fait sa substance, y est-il clairement explicité ou ignoré, implicite, extrapolé, sous-dimensionné ? En clair, l'état d'incertitude est-il un objet de droits, un antécédent du Droit⁹, les deux à la fois ou rien de cela ?

⁵ F. CHELLO, « Assumer l'incertain et développer le bien commun. La transaction sociale comme paradigme de la pédagogie », *Pensée plurielle*, 2013/2-3 (n° 33-34), p. 85-95, spéc. p. 86.

⁶ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, Coll. Champs, 1996, p. 114.

⁷ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, Thémis, 4^e Ed., 2010, p. 5.

⁸ Not. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 03/2012, 5^e Ed., p. 192, n° 144.

⁹ Soulignés par l'auteur.

En dépit des critiques des théoriciens du droit sur lesquelles notre compétence néophyte s'abstient de discourir, un peu comme REINACH voyait par exemple dans la promesse en droit civil « l'essence structurante des notions de contrat, de responsabilité, de créance, de propriété, de gage ou encore de représentation »¹⁰, nous nous demandons si l'incertain n'est pas de l'essence même de toute normativité juridique. Autrement dit, l'incertain mobiliserait un a priori (dans le sens d'antécédent) participant à ce que Michel VILLEY, dans la continuité de l'École moderne du Droit naturel, a vu comme un « ensemble de propositions juridiques de valeur immuable »¹¹. Pour cet auteur, selon les « besoins de chaque temps » - en fonction de l'époque, du lieu, des valeurs et intérêts sociétaux en jeu - les juristes se seraient approprié cet ensemble immuable pour aboutir au droit positif et « compléter le noyau des vérités stables »¹². Il devient alors possible de déduire que l'a priori incertain du droit lui-même (dans le sens d'une antériorité intrinsèque) est un non-dit puisqu'en droit, l'inverse est systématiquement poursuivi : le certain, le sûr ; expliquant de fait pourquoi le droit est « mal à l'aise avec l'incertitude ». Cependant, l'antécédent incertain ne participe-t-il pas naturellement aux constructions du droit positif ? L'incertitude n'est-elle pas sous-jacente à leur création et leur évolution ; le présupposé qui fait que le droit est nécessaire ? Ainsi, la loi est bonne (vérité juridique) si elle résout l'incertain qu'elle combat. Comme l'état sauvage aurait succédé à l'état de nature¹³ et conduit au contrat social, l'état incertain ne serait-il pas une prémisse de la recherche du certain que les dispositifs visent sous l'impératif de sécurité juridique ? Un objectif qui pourrait expliquer les a priori du droit.

¹⁰ B. KANABUS, « Théorie de droit et phénoménologie du droit : Jalons d'une réception critique au XX^e siècle » in *Le désaccord en droit. Nouveaux regards sur l'argumentation en droit*, J-Y. CHÉROT (sous la Dir.), *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 29, RRJ 2015-5, PUAM, p. 2171 s., spéc. p. 2175.

¹¹ M. VILLEY, « Les moyens du droit », *Philosophie du droit*, T. II, Paris, Dalloz, 1979, p. 99, Para. 185.

¹² *Ibid.*

¹³ Selon la théorie du contrat social de ROUSSEAU.

9. Champ de la réflexion. La présente contribution vise à questionner les a priori (connotation négative) du droit à l'égard de l'objet incertain soumis au droit. C'est-à-dire, conformément à sa fonction de régulateur social, un état de fait de nature incertaine dont le droit est appelé à se saisir. Il ne s'agit donc pas d'étudier l'a priori incertain dans le droit lui-même (l'antériorité intrinsèque). Pourtant, il nous semble que les a priori du droit sur l'incertain présentés dans la suite de ces propos sont susceptibles de contribuer à faire apparaître l'antécédent incertain attaché au droit.

Notre sujet n'est pas l'incertain comme a priori du droit, mais les a priori du droit vis-à-vis de l'incertain. Nous commencerons par supposer ces a priori dans les mots contraires utilisés en droit pour dire l'inverse : le certain. Ensuite, il faudra se demander si l'incertain n'est pas seulement une sorte de risque, constater les instruments juridiques mis en œuvre pour l'encadrer et les limites du droit à résoudre l'incertain. Ainsi, nous tenterons de monter par quel(s) mécanisme(s) les incertitudes, révélées et produites hors du droit, sont appropriées par le droit, en plus de constater ses successives adaptations pour innover et parer à l'incertain.

10. Tout en nous questionnant sur les a priori du droit à l'égard de l'incertain, en tant qu'objet soumis au droit *via* l'état des personnes, des choses ou des faits de nature incertaine, nous verrons que l'incertain est un non-dit contre lequel le droit se mobilise : celui d'éviter l'incertain inhérent à la vie. Une option susceptible de renforcer l'hypothèse de l'incertain antécédent au droit car, n'est-ce pas l'une de ses raisons d'être pour accomplir son œuvre de sécurité et de justice ? En dépit des biais pour intellectualiser l'incertain, des instruments juridiques existent et évoluent. Dans une première partie, nous constaterons l'approche opérée par le droit et le besoin d'en sortir pour délimiter le périmètre de l'incertain. Dans la seconde partie, par sa confrontation à la typologie des risques, nous nous demanderons si l'incertain matérialise un risque particulier ou un pur objet en soi. C'est ce questionnement qui incitera encore à sortir du droit et à procéder à des rapprochements avec d'autres disciplines. Ces va-et-vient successifs conduiront à la démonstration du comment et jusqu'où le droit évalue et gère l'incertain, c'est-à-dire le traitement de l'incertain par le (en) droit.

Finalement, il faudra conclure que l'incertain renvoie *in fine* aux aspects d'éthique, de perception et d'acceptation.

11. Par le biais de chaque questionnement, il s'agira de montrer que l'incertain est justement l'état contre lequel le droit est mobilisé et que ses a priori sont une réaction à un non-dit évident : celui d'éviter l'incertain au ou moins le réduire ; l'une des raisons d'être du droit positif, quels que soient son domaine et la spécialité qu'il recouvre. Après avoir identifié les a priori négatifs du droit sur l'incertain (I), seront tirées les conséquences de l'antécédent incertain sur les contenus intrinsèques et extrinsèques des solutions du droit positif (II).

I. L'identification des a priori négatifs du droit sur l'incertain

12. Le droit est souvent considéré comme mal outillé pour affronter l'incertain. Or, n'est-ce pas déjà là un a priori ? Une fois posé le constat que l'incertitude n'est pas une notion de droit, que celui-ci appréhende ce qui est incertain le plus souvent par son contraire, le certain, il faut sortir du droit et recourir à d'autres matières pour intellectualiser l'incertain. Pour comprendre ce que suppose et représente l'incertain en droit, il faut constater, d'une part, les biais utilisés pour ne pas le nommer (A) et, d'autre part, les apports de la théorisation du concept d'incertitude opérée par d'autres matières (B).

A. Les biais du droit pour ne pas nommer l'incertain

13. Sous l'angle de la théorie du droit. À titre liminaire, pour abonder dans le sens de l'incertain antécédent au droit, ne peut-on envisager un pont avec la théorie de GÉNY sur le « donné/construit » (théorie générale du droit) ? Au début du XX^e siècle, GÉNY se demandait quelle part de donné (« matière première ») et de construit réalise le droit. Le donné s'imposerait des diverses

réalités (historiques, sociales, économiques, etc.) façonnant les règles, le contenu du droit. L'action humaine manœuvrerait le construit. Ainsi, pour GÉNY, le « donné total du droit positif » est susceptible de s'imposer à l'être humain qui s'en saisit, soit par la recherche scientifique, « soit au moyen de forces plus obscures » comme issues du subconscient, des croyances, des sentiments ou encore, de l'intuition¹⁴. Or, ce donné n'inclut-il pas les a priori dont le droit fait preuve en utilisant divers biais afin de ne pas nommer, voire nier, l'incertain ?

14. Le droit est vu comme un fait social dont l'évolution va de pair avec celle de la Société. Il a été notamment considéré que le droit est la traduction des valeurs d'une société dont les « réalités économiques, sociologiques et psychologiques » sont intrinsèques à sa formation¹⁵. Dès lors, le système juridique est régulièrement appelé à se réformer, particulièrement au rythme des progrès technologiques¹⁶. Par exemple, des droits naissent tandis que « [l]a plasticité des notions et la flexibilité des normes juridiques permettent d'abriter en leur sein bien des réalités nouvelles »¹⁷. Une plasticité favorable à « une certaine stabilité du droit en dépit des mutations sociales qu'il enregistre »¹⁸. Bien que « l'adaptation du droit au fait » ait pu faire l'objet de critique et être présentée comme un mythe¹⁹ auquel les fictions du droit ne sont probablement pas étrangères, les règles juridiques s'extraient « du donné social » par le biais d'une conceptualisation formalisant « un traitement intellectuel particulier qui en dégage la signification juridique pour y attacher des effets déterminés »²⁰.

15. Les définitions et fictions du droit. Le droit est « philosophiquement comme un système d'interprétation du monde » qui nécessite des explications

¹⁴ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, T. II., n° 161.

¹⁵ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^e Ed., 1951, n° 22.

¹⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 11 s.

¹⁷ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 186, n° 140.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *DS*, 1977, I-251.

²⁰ J.-L. BERGEL, *ibidem*, n° 141.

à l'aide de différents procédés²¹. Alors que les définitions juridiques fournissent des vérités conceptuelles, en plus des analogies et *a fortiori* de l'ensemble des règles de droit, le système fournit un mécanisme intellectuel bien connu des juristes : la technique des fictions et des présomptions qui « crée des vérités juridiques incontestables en cachant les artifices exploités à cette fin »²². Par exemple, nous pensons au principe civiliste selon lequel le mari est présumé père de l'enfant à naître. Sous l'office du certain, il s'agit là d'une vérité juridique ou encore d'un mensonge de la loi. Dans tous les cas, les présomptions traitent l'inconnu à partir du connu.

16. En droit, « l'incertain » est surtout abordé *a contrario*, sur la base du critère de « certitude ». Issu du droit civil et de la procédure civile, classiquement utilisé par la jurisprudence, textuellement dans de nombreuses normes de diverses natures²³, la référence au certain caractérise ce qui est déterminé et « ne peut être mis en doute »²⁴. C'est le cas d'une créance certaine ou encore d'un corps certain telle une date.

17. Quelques mots du droit pour exprimer l'idée d'incertitude. L'incertain représente ce qui est à tendance floue, indéterminée, douteuse. Dans le sens originnaire du terme, depuis le XII^e siècle, le doute c'est « être dans l'incertitude au sujet de quelque chose »²⁵. En 1050, il désigne la crainte, la peur et aux alentours de 1155, « il réfléchit l'hésitation et l'incertitude »²⁶. Ainsi, le fait de douter entraîne l'incertitude et vice-versa. Face au panel de choix susceptible de conséquences juridiques, le Droit semble devoir, ou en tout cas

²¹ V. LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *D.*, 2010, p. 907.

²² *Ibid.*

²³ Par ex. la loi du 3 janv. 1972 relative au régime de la filiation, qui précéda les lois de bioéthique, énonçait les modes de preuve de la non-paternité par « l'examen des groupes sanguins [...] ou de tout autre méthode médicale certaine » (ancien art. 340-1 du Code civil abrogé par la loi du 8 janv. 1993), v. Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil 1^{ère} année*, Armand Colin, Dalloz, 12^e Ed., 2001, p. 19.

²⁴ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^e Ed., 2012, entrée « certain », p. 138.

²⁵ J. DUBOIS, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2009, entrée « doute ».

²⁶ *Ibid.*

pouvoir, intervenir. En conséquence, dès son apparition dans le langage courant, le mot « doute » sert à dire l'incertitude. Par exemple, en procédure pénale, du doute²⁷ découle la présomption d'innocence qui fonde le principe général selon lequel « le juge [doit] prononcer une relaxe ou un acquittement, dès lors qu'une incertitude persiste sur les faits objet des poursuites, sur la réalisation des conditions de l'infraction, ou encore sur la participation des personnes mises en cause »²⁸. Par ce biais, le doute profite à l'accusé et le droit ne peut faire œuvre de justice à défaut d'une preuve suffisante.

18. Le droit civil aussi exonère dès qu'une imprévisibilité caractérise la force majeure ou un cas fortuit. Selon le lexique juridique Dalloz, l'imprévisible c'est le « caractère de ce qui échappe à la prévision » et n'a donc pas pu être prévu du fait d'une anormalité, soudaineté ou rareté²⁹. Bien que le terme ne soit pas utilisé, l'incertitude imprègne la notion. En ce sens, la théorie de l'imprévision³⁰ issue du droit administratif, toujours sur le fondement « d'événements imprévisibles », permet soit de demander au juge de s'immiscer dans la convention, soit de prétendre à indemnisation auprès du cocontractant au titre d'un bouleversement conditionné. Au titre de l'adage *Pacta sunt servanda*, selon lequel la convention est la loi des parties, le juge judiciaire avait toujours catégoriquement refusé cette approche jusqu'à l'arrêt *Huard* de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 novembre 1992 et l'instauration du *principe de bonne foi* en droit privé. En outre, la théorie de l'imprévision a fait son entrée dans le Code civil avec la réforme du droit des obligations de 2016³¹.

19. Alés et imprévision. Cette théorie permet d'influer, en cours d'exécution, sur les risques du contrat pourtant considéré comme la chose des parties sur qui, pendant longtemps, reposait entièrement la charge d'assumer le risque imprévu, de supporter les alés révélés après l'échange des consentements

²⁷ Avec le bénéfice du doute : *In dubio pro reo*.

²⁸ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^e Ed., 2012, entrée « doute », p. 326.

²⁹ V. *ibid.*, entrée « imprévisibilité », p. 456.

³⁰ *Ibidem*, p. 456-457.

³¹ V. le nouvel article 1195 du C. civ.

et donc, les aléas du destin. Et ce positionnement vaut hors contrat. DOMAT l'explique quand il expliquait l'absence de réparation « s'il arrive quelque dommage par une suite imprévue d'un fait innocent, car cet événement aura quelque autre cause, soit une imprudence de la victime, soit un cas fortuit, et c'est à ce cas fortuit que le dommage doit être imputé »³². Une philosophie acquise au Code civil de 1804 duquel il a été sans restriction admis à l'époque que « l'attribution naturelle du dommage est de le laisser à la charge de la victime, parce qu'ainsi on ne fait pas de choix, on ne cherche pas redresser les coups du hasard. La victime est choisie par le sort, désignée par le destin »³³.

20. Entre chance et destin. Pour finaliser cette énumération illustrative non exhaustive, il faut également se référer aux termes de chance, hasard et probabilité, tous intimement liés sous différents aspects. Alain BÉNABENT a démontré, dans sa thèse en 1973, combien le droit est par nature éloigné de la chance. Pour autant, le système juridique n'a pas pu ignorer une rencontre inévitable. Puisque le droit régit la vie des gens, il est par la force des choses confronté à ce phénomène. En l'occurrence, de la *perte d'une chance* est né un critère purement jurisprudentiel. Il caractérise le « préjudice résultant de la disparition, due au fait d'un tiers, de la probabilité d'un événement favorable et donnant lieu à une réparation mesurée sur la valeur de la chance perdue déterminée par un calcul de probabilités et qui ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »³⁴. Désormais parfaitement intégré au droit civil, cette fiction juridique fait une place à la chance qui s'avère intimement liée à l'idée de hasard.

21. Du hasard aux probabilités. D'aucuns ont acté depuis longtemps que le facteur chance a un impact sur la vie des individus et que la mesure de sa fréquence n'a nullement « besoin d'une grande expérience pour se rendre compte de l'action du hasard, pour connaître le nombre d'événements qu'il

³² *Lois civiles*, Livre II, titre VIII, sect. IV, Para. 3, cité par A. BENABENT, *La chance et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 20.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^e Ed., 2012, entrée « *perte d'une chance* », p. 639.

provoque, de situations qu'il noue, d'occasions qu'il présente, de décisions qu'il suscite »³⁵. Peu importe le nom qu'on lui donne, qu'il soit qualifié de « coïncidence ou concours de circonstances », le hasard incite à se rappeler VOLTAIRE qui considérait déjà que « presque toute la vie humaine roule sur des probabilités »³⁶. À vrai dire, ce dernier employait plus le terme pour l'opposer à la certitude que dans le sens technique propre aux probabilités. Pour lui, la plupart du temps, les probabilités pallient « l'action omniprésente du hasard qui rend impossibles les certitudes »³⁷ ; et donc l'incertitude.

22. Entre certain et incertain. L'incertitude, du point de vue du droit, semble tout simplement représenter le contraire de ce qui est certain. Ainsi, l'incertitude représentant un état de fait, les juristes auraient-ils opté par facilité pour une terminologie plus précise et plus apte à leur pratique ? La question reste posée. Nous verrons toutefois que les probabilités ont désormais une fonction technique dont la latitude se révèle particulièrement en droit des risques. À ce stade de la réflexion, il nous apparaît simplement que les concepteurs du droit semblent réticents à mentionner l'incertain sous-jacent à ces différents biais terminologiques, conceptuels et systémiques. Cependant, on ne sait toujours pas où l'incertain commence, ni ce qu'il recouvre en droit. Pour y parvenir, il faut sortir du droit et vérifier si la théorisation de l'incertitude par d'autres disciplines aide à identifier l'envergure des a priori négatifs du droit dans l'objectif non-dit, sous-jacent, d'enrayer et entraver l'incertain.

B. L'influence de la conceptualisation de l'incertain par d'autres matières ?

23. L'incertain peut constituer ou contribuer à former « une fracture qui atteint les modalités ordinaires par lesquelles les sujets pensent et agissent le monde des représentations sociales qu'ils habitent habituellement »³⁸. Si, à ce

³⁵ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 6.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ F. CHELLO, « Assumer l'incertain et développer le bien commun. La transaction sociale comme paradigme de la pédagogie », *Pensée plurielle*, 2013/2-3, n° 33-34, p. 85-95, spéc. p. 87.

jour, il ne semble pas encore exister « d'histoire de l'incertitude »³⁹, les historiens ainsi que d'autres matières évoquent ouvertement le concept depuis longtemps⁴⁰. D'abord, les économistes et leur théorisation aident à délimiter l'incertain et à dégager les tenants de sa mécanique dans le droit.

2.4. L'incertitude définie par les économistes. Dès 1921, Frank KNIGHT⁴¹ distingue « deux types d'incertitude, celle qui est mesurable et celle qui ne l'est pas »⁴². Aux termes de son analyse, l'incertain mesurable constitue un risque qui « sert à désigner l'incertitude dont les conséquences sont jugées défavorables », tandis que dans le cas contraire, lorsque les circonstances sont plutôt favorables, il faudrait parler d'incertitude. L'économiste illustre sa distinction par les expressions « *risque de perte* » et « *gain incertain* ». Il les considéra toutefois comme des sources de confusion. C'est pourquoi il conseilla de réserver le « mot risque à l'incertitude quantifiable, aux probabilités de l'assurance »⁴³. Pour lui, le risque relève des probabilités objectives et l'incertitude de celles qui s'avèrent subjectives, c'est-à-dire tributaires des individus et des circonstances⁴⁴. Bien que cette classification soit globalement considérée comme « insuffisamment précise », à la suite de KNIGHT, ses homologues distinguent les situations de risque et celles d'incertitude en considérant les « alternatives probabilisables » comme du risque tandis que « l'incapacité d'assigner des probabilités aux états de la nature » formalise l'incertain⁴⁵. À vrai dire, les juristes font de même.

³⁹ P. FRIDENSON, « L'histoire de l'incertitude technique et ses enjeux », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2012/3, n°59-3, p. 8.

⁴⁰ Contrairement aux juristes, en tout cas, pas en l'état

⁴¹ *Economiste* (1885 – 1972) surtout connu pour sa théorie qui distingue risque et incertitude.

⁴² *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, *Houghton-Mifflin*, 1921 ; Extraits traduits dans *Risques*, n° 3, déc. 1990, *Risque et incertitude*, v. p. 36-39 et p. 41-42.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Qu'il précise autour de cinq variables relatives à la décision économique.

⁴⁵ J.-R. VIVIANI, « Incertitude et rationalité », *Revue française d'économie*, Vol. 9, n° 2, 1994, p. 109.

25. À cette période, John Maynard KEYNES⁴⁶ a aussi travaillé sur la notion d'incertitude. Il a notamment eu recours à quelques comparaisons imaginées pour expliciter son sens à l'aide des divers degrés du certain et de l'incertain. Ainsi, quand il vise une « connaissance incertaine », il précise ne « pas distinguer [le] certain de ce qui est seulement probable »⁴⁷. Selon son raisonnement, le jeu dit de la roulette tout autant que le résultat d'un tirage au sort ne relèvent pas de l'incertitude, tandis que l'espérance de vie n'est que « légèrement incertaine » et la météo à venir constitue du « modérément incertain »⁴⁸. Comme KNIGHT, il considère que l'incertitude se caractérise par l'absence de « fondement scientifique sur lequel construire le moindre calcul de probabilité », c'est-à-dire ce que « nous ne savons pas »⁴⁹.

26. Ensuite, les économistes⁵⁰ ne sont pas les seuls à s'y être intéressés. A la base et de manière générale, le dilemme consistait à trancher entre deux conceptions : prendre en compte ou ignorer le facteur incertain. Simplement entendu comme le contraire de ce qui est certain, il va de soi que les sciences dites dures, telle la physique-chimie, ont eu à s'interroger sur son impact. Si, par exemple, en physique, désormais la notion d'*écart-type* lui est préférée⁵¹, un physicien a dégagé ce qui est connu sous l'appellation du principe d'incertitude de HEISENBERG⁵².

27. Le principe d'incertitude de HEISENBERG. Ce principe date de 1927. Aussi appelé principe d'indétermination, il appartient à la physique des

⁴⁶ Economiste britannique (1883-1946) à l'origine du « *keynesianisme* » (courant de pensée selon lequel le libéralisme doit être partiellement encadré par l'Etat).

⁴⁷ V. « Incertitude et entrepreneur », *Risques*, n° 81-82, mars-juin 2010, p. 180-181.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Qu'il illustre au moyen d'exemples tels que le prix d'une marchandise, un taux d'intérêt dans 10 ans, la date d'obsolescence d'une invention récente ou la place des classes possédantes dans plusieurs décennies, v. *Ibid.*, p. 181.

⁵⁰ Avec pour chefs de file KNIGHT et KEYNES.

⁵¹ C'est le cas en droit nucléaire qui, dans de nombreuses normes, comme en droit de l'environnement entre autres, contient des chiffres et formules mathématiques.

⁵² Ch. RUHLA, *La physique du hasard – de Blaise Pascal à Niels Bohr*, Hachette, Liaisons Scientifiques, 1989, p. 52.

particules et plus précisément, à la mécanique quantique⁵³. À cette période, le monde de la physique en général est confronté à une crise relative à « la notion du déterminisme des phénomènes naturels »⁵⁴. Par déterminisme, il est entendu qu'en « connaissant exactement l'état présent du monde physique, il serait possible d'en déduire toute la suite de ses états futurs »⁵⁵. En mathématiques, ce sont les *équations différentielles* qui expriment le « déterminisme [des] phénomènes de la nature »⁵⁶, que LAPLACE⁵⁷ interpréta⁵⁸ comme « une intelligence qui pour un instant donné connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respective des êtres qui la composent »⁵⁹. Parallèlement à la découverte de l'atome et au développement de la mécanique quantique, cette théorie mécanique propre à la physique, qui reconnaît le hasard et l'impossibilité de prévoir, formalise le passage des lois causales du déterminisme aux lois des probabilités. Dans ce monde de l'infiniment petit, l'observation directe (à l'œil nu en éclairant sa cible) étant impossible, le recours est trouvé avec les probabilités⁶⁰.

28. La théorie des probabilités ou la science du hasard. Avec la naissance des probabilités au cours du XVII^e siècle, peu à peu le sentiment s'instaure que la science des mathématiques peut calculer le hasard. Aux termes d'une théorie censée rationaliser le risque, la formalisation et la quantification de l'élément

⁵³ Ce principe formalise l'impossibilité de calculer où se trouve par exemple une particule (ou un électron) et en même temps, de connaître sa vitesse. C'est l'un ou l'autre, mais pas les deux ; subsiste donc toujours une incertitude, soit sur la vitesse, soit sur sa position.

⁵⁴ L. BROGLIE (de), « Déterminisme et causalité dans la contemporaine physique », *Revue de Métaphysique et de Morale*, T. 36, n° 4, oct.-déc. 1929, p. 433-443.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 433.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Physicien, mathématicien, astronome, homme politique (1749-1827).

⁵⁸ Avec sa « *théorie du déterminisme* » et plus précisément du « *déterminisme causal* » dont il fait mention dans l'introduction de son *Essai philosophique sur les probabilités*.

⁵⁹ P.S. LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, Gauthier-Villars, Paris, 1921, p. 3.

⁶⁰ En effet, grâce aux calculs statistiques, alors qu'on ne sait pas matériellement, physiquement, où se trouve l'électron dans l'atome, en connaissant sa vitesse, il est possible de le situer dans un "périmètre" probabilisable qui laisse subsister une incertitude, celle rationalisée par la formule d'Heisenberg.

aléatoire⁶¹ sont opposées « à ce que l'on appelle communément l'incertitude ou le dieu Chaos des premiers Grecs qui représente justement ce que l'on ne peut organiser »⁶². Tout comme Florence MILLET, il faut bien admettre que l'idée de risque, sa conception, et la théorie des probabilités sont étroitement liées puisque, toute situation risquée met face à quelque chose, un état, qui n'est qu'éventuel. Ses possibilités de survenance nécessitent d'être quantifiées, calculées, dans le but d'anticiper, éviter, réduire. Le risque devient donc probabilisable. Le principe est simple. Face à un risque déterminé, la méthode consiste à calculer le pourcentage de réalisation possible. Il s'agit de donner une fourchette relative à « la chance de » ou au « risque de » par rapport à des données statistiques. Toutefois, sans un recueil de données préalables, les probabilités de survenance ne sont pas déterminables. En outre, le droit est impacté par le donné scientifique.

29. Le lien science/droit. D'aucuns constatent que si la science et le droit « évoluent [...] dans des univers séparés » sur la base de relations en principe « inexistantes », celles-ci peuvent en réalité s'avérer « indispensables »⁶³. L'étendue du lien existant entre le Droit et la Science fait apprécier les apports extérieurs menant aux régimes juridiques. Or, la chronologie de l'histoire des probabilités aide à voir les interférences avec l'incertain et à le désigner comme un « antécédent » méthodologique du droit.

30. De prime abord, il peut paraître surprenant que la théorie des probabilités, telle qu'elle est issue des travaux de quatre « physiciens mathématiciens de la seconde moitié du XVI^e siècle »⁶⁴, ait eu pour motivation première la lutte contre le pouvoir absolu de l'époque. Sous cette occurrence, lesdits

⁶¹ Par nature incertain.

⁶² F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Decitre, Coll. Thèses Ecole doctorale, 2002, p. 3.

⁶³ J.-M. PONTIER, « Introduction au droit nucléaire », in J.-M. PONTIER et E. ROUX, *Droit nucléaire, le contentieux du nucléaire*, PUAM, 2011, p.19.

⁶⁴ Pierre Simon de FERMAT, mathématicien (1601-1655), Blaise PASCAL, mathématicien, physicien et philosophe (1623-1662), Christian HUYGENS, mathématicien, physicien et astronome (1629-1695), Jakob BERNOULLI, mathématicien (1654-1705).

scientifiques, considérant « une antinomie entre le Hasard qui représente l'arbitraire absolu et la Loi, qui symbolise la régularité pérennisée », avaient pressenti la possibilité de saisir l'arbitraire « à l'intérieur d'un cadre ; de là est née la théorie des probabilités »⁶⁵. En tout état de cause, celle-ci formalise un premier rapport entre la science et le droit. Mais, la nature humaine étant ce qu'elle est, ces motivations philosophiques ne suffisent pas à expliquer l'avènement de cette théorie qui a pris forme avec la théorie des jeux. Plus précisément, dès l'époque des Lumières, des penseurs justifèrent les avancées scientifiques et techniques par « le bonheur de l'humanité, le progrès moral et politique »⁶⁶. Alors que « la vocation pratique du savoir est devenue prédominante [...] chaque évolution des sciences et des techniques [a exercé] une influence sur la société »⁶⁷ et donc, le droit. Mais, si la science représente ce qui est, le droit porte sur ce qui doit être⁶⁸. Quant au lien science-droit proprement dit, il paraît évident que ces deux disciplines s'influencent diversement⁶⁹, en occurrence avec les politiques sociales, économiques, juridiques ou autre. Cela étant, l'antécédent incertain n'interfère-t-il pas en

⁶⁵ Ch. RUHLA, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁶ V. LASSERRE-KIESOW, « Pensée juridique – Droit et technique », *JCPG*, n° 4, 24 janv. 2011, Doctr. 93, p. 177.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 178.

⁶⁸ N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Thèse, Ed. Bruylant, 1999, p. 21.

⁶⁹ Cinq circonstances d'achoppement répertoriées ont permis une classification des points de rencontre : « lorsque le droit se décharge de sa fonction arbitrale traditionnelle et doit se baser sur des connaissances scientifiques pour parvenir à une décision ; lorsque le développement scientifique exige de réexaminer l'adéquation d'institutions juridiques ; lorsque le développement scientifique a créé de nouveaux risques qui incitent l'État à intervenir, générant ainsi de nouveaux points de confrontation ; lorsque le Gouvernement par des mécanismes légaux, des décisions de l'exécutif et des contrats, sélectionne des buts scientifiques et maximise les contributions de la communauté scientifique (sponsoring) ; enfin lorsque les développements scientifiques créent de nouveaux contacts avec nos voisins et donc de nouvelles relations juridiques », V. LASSERRE-KIESOW, *ibidem*, p. 178.

faveur d'une approche renouvelée des situations soumises au droit afin de répondre aux multiples évolutions des sociétés humaines ?

31. Un présupposé de l'incertain. Ce passage hors du droit et ses relations avec d'autres disciplines permettent de mieux appréhender la conception de l'incertain et de mettre en évidence, dès à présent, sa proximité avec la notion de risque⁷⁰. Même si, contrairement au certain, les juristes n'ont pas conceptualisé l'incertain, des instruments juridiques existent et évoluent. Ils sont créés pour affronter la matérialité des situations de nature incertaine. Du point de vue théorique, pour GÉNY, le droit positif découle, quel que soit le système juridique, de quatre variantes essentielles et imbriquées : « des données réelles ou strictement naturelles [inhérentes aux conditions de fait physiques ou morales propres à l'humanité, mais aussi], des données historiques, des données rationnelles et des données idéales »⁷¹. Peut-on voir là l'essence du droit positif, dans la construction de ses dispositifs ? En tout cas, il nous semble inéluctable que les contextes donnés au droit suggèrent les directions essentielles, en cohésion avec l'air du temps, que l'encadrement juridique est appelé à réguler. De plus, ce va-et-vient entre droit et non droit tend à montrer que l'incertain n'est pas désigné en tant que tel. Pourtant, il consacre un non-dit conceptuel que le droit appréhende. Aussi, cette manière détournée de focaliser l'incertain ne mettrait-elle pas en évidence l'a priori du droit à son égard ? A priori, dans le sens négatif de l'expression, qui trouverait un début de justification dans le droit de la preuve. Il s'avère en effet communément périlleux de prouver quelque chose qui n'a pas eu lieu et, par conséquent, n'existe pas. La démonstration *a contrario* paraît s'imposer : si ce n'est pas certain, c'est que l'on ne sait pas ou que l'on n'est pas sûr et c'est donc incertain.

32. L'émanation de l'incertain dans le droit. Peu importe la justesse de cette analyse, il n'en ressort pas moins que l'influence d'autres matières présuppose et oriente le traitement opéré par le système juridique. Le retour dans le droit amène à confronter l'incertain avec la typologie des risques et fait se demander

⁷⁰ V. infra (II. A.)

⁷¹ LASSERRE-KIESOW, *loc. cit.*, p. 178, n° 166.

si l'état de ce qui est incertain ne serait pas finalement qu'une sorte de risque. En outre, cette possible caractérisation de l'incertain en un risque particulier renforce notre hypothèse de l'incertain antécédent du droit. Un seul exemple : le droit de l'environnement n'est-il pas dans son entièreté un droit accès sur l'anticipation et l'encadrement du risque environnemental existant sous diverses formes et acceptions ? Toutefois, le droit ne peut être seulement du donné, car alors tous les systèmes juridiques de tous les ordres en vigueur donneraient la même solution à la même problématique. Les choix de société, les valeurs, les traditions, la volonté dirigent aussi l'action juridique et le droit sert à orchestrer les réponses (possibles/adéquates/préférables ?) aux problématiques sociétales.

II. Les constructions du droit pour positiver l'a priori incertain

33. Comment le droit se saisit-il concrètement de l'incertain ? Si au tournant du XVIII^e siècle la pensée des juristes classiques comme MERLIN DE DOUAI considère encore que « le malheur ne peut [...] être imputé qu'à la destinée sous laquelle tous les hommes doivent se soumettre »⁷² et que le positionnement des règles de droit va en ce sens, cette société fataliste est déjà en proie à un revirement dans la perception du risque. De manière générale, les prémisses de cette approche aussi nouvelle que différente sont à chercher du côté des Lumières, voire dès la Renaissance, tandis que plus particulièrement durant la seconde moitié du XX^e siècle, un paradigme renouvelé par l'idée d'incertitude tend à s'imposer.

34. De nombreux dispositifs ont en filigrane pour raison d'être d'encadrer un risque afin d'empêcher sa réalisation ou au moins réduire ses conséquences et à défaut, réparer. Face à l'incertain, les juristes ne sont pas démunis et, d'une part,

⁷² Dès lors que le dommage est consécutif à « une cause majeure », celui par qui il est arrivé se voit considéré comme « l'instrument passif du malheur », v. A. BENABENT, *op. cit.*, p. 22.

la déconstruction du droit des risques montre un point de rupture (A.) rendant, d'autre part, nécessaire la construction d'un droit où acceptabilité et éthique interfèrent (B.).

A. La prémisse incertaine dans la typologie du droit des risques ?

35. Incertitude et évaluation du risque. Nous venons de voir que le concept d'incertitude s'avère plutôt à l'initiative des économistes. Il n'en reste pas moins que de nos jours, le mot est utilisé par les juristes, comme par d'autres, pour préciser le vocabulaire technique relatif à l'évaluation des risques confrontée à la « magnitude des conséquences du danger »⁷³. Il a ainsi été établi que, si la notion de risque « peut concerner la probabilité qu'un accident se passe ou les causes de ce dernier (quand/comment) ; elle peut aussi se référer au manque d'informations sur les conséquences de l'accident (quoi) »⁷⁴. Dans ce dernier cas, il n'est pas question d'un manque d'éléments factuels, mais de l'état des connaissances où « la difficulté, pour l'évaluateur du risque, consiste donc à déterminer l'ampleur de l'incertitude qu'il tire de l'analyse des signes observables, incertitude qu'il doit ensuite intégrer dans son évaluation »⁷⁵. L'incertain semble bien concourir aux subtilités de l'analyse du risque.

36. L'appréhension antécédente du risque. Comme dit, le mot incertitude apparaît dans le vocabulaire juridique technique de l'évaluation du risque avec les probabilités. En droit, le risque est défini par « [l'] événement dommageable dont la survenance est incertaine »⁷⁶. En réalité, la caractérisation du risque est

⁷³ C.-Z. VARFIS, « Accidents nucléaires et droit international : remarques sur les trois Conventions de Vienne de 1986 à 1994 », in I. RENS et J. JAKUBEC (Dir.), *Radioprotection et droit nucléaire – Entre les contraintes économiques et écologiques, politiques et éthiques*, Coll. Stratégies énergétiques, Biosphère et Société, 1998, p. 97.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ B. CADET, « L'évaluation du risque, une construction subjective ? », *Risques*, n° 39, sept. 1999, p. 75.

⁷⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2008, p. 833, sous entrée « risque ».

plus complexe. La naissance, dans les années 1980, des cindyniques – les sciences du danger - consacrées à l'étude et à la prévention des risques en fait la démonstration. A ce stade, nous pouvons dire que l'incertain constitue un composant du risque. Comme la nature humaine n'aime pas le vide, le droit a aussi pour fonction de le remplir. Et, plus notre Société avance, plus elle cherche à maîtriser les divers aléas. Le risque et l'incertitude se trouvent en toute chose. L'incertain n'est toutefois jamais total, car alors, il faudrait « jouer à pile ou face » sans la possibilité de décider d'une quelconque « stratégie »⁷⁷. Effectivement, c'est à partir « des îlots de certitude et des zones d'incertitude » que vont pouvoir « se construire la stratégie de pensée et la stratégie de l'action »⁷⁸. Aussi, au fil des évolutions sociétales, l'incertain ne formaliserait-il pas une porte d'entrée, un antécédent aux dispositifs juridiques périodiquement renouvelés sur lequel la perception du risque interfère ?

37. Une perception évolutive du risque. De manière générale, l'incertitude est un état qui implique l'idée de perception. Sans être les seuls, les historiens ont montré que cette perception évolue dans le temps, dans l'espace puisque « les déserts, les montagnes, les mers, les campagnes, les villes ont chacun leur régime d'incertitude », mais aussi, au contact de crises comme la guerre ou les catastrophes naturelles⁷⁹. Cependant, de leur point de vue, l'incertain n'est pas le risque, pas plus qu'il n'est « le hasard ni l'accident ni l'événement »⁸⁰. Cette conception pourrait s'expliquer avec le constat que « l'attitude face aux risques implique le choix entre des options connaissables, des étapes, des opportunités, alors que face à l'incertitude il s'agit d'inconnues multiples et interactives »⁸¹.

38. En tout cas, il est admis qu'au commencement de l'humanité et « des civilisations connues, il n'y avait pas d'incertitude ou bien il n'y avait que cela, aussi la notion et les mots la désignant étaient absents. Ce que nous appelons

⁷⁷ E. MORIN, « Un philosophe de l'incertain », *Risques*, n° 14, av.-juin 1993, p. 179.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ P. FRIDENSON, *loc. cit.*, p. 7.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ B. LATOUR, *L'espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l'activité scientifique*, Paris, La Découverte, 2001, cité par P. FRIDENSON, *ibidem*.

incertitude était du domaine des dieux »⁸². C'est avec les pratiques magico-religieuses que des certitudes ont commencé à s'imposer aux êtres humains, leur permettant ainsi d'entreprendre et d'interagir. Depuis l'Antiquité et jusqu'à la Renaissance, toutes les conséquences dommageables issues d'une cause inexplicable trouvent une raison d'être dans la colère divine sous couvert de fatalité⁸³. Ainsi, au fil des découvertes, « la Renaissance et la Réforme préparent le terrain à l'éclosion d'une théorie du risque. A partir du XIV^e siècle, la science et la logique supplantent progressivement le mystique »⁸⁴. Néanmoins, la véritable révolution en matière de perception du risque trouve sa plus belle expression auprès des philosophes des Lumières. Un événement en particulier peut être considéré comme le phénomène déclenchant une nouvelle approche du risque au sein de la Société de l'époque.

39. Un cataclysme réformateur. C'est une catastrophe naturelle qui participe à ce mouvement transformateur : le séisme de Lisbonne. Il a lieu au matin du 1^{er} novembre 1755, jour de la Toussaint⁸⁵ et secoue, outre les sols de la ville détruite au trois quarts, « savants et philosophes de toute l'Europe et ouvre un débat capital sur le malheur et la providence. On ne s'explique pas cette punition divine, qui s'abat sur le Portugal, grande puissance catholique »⁸⁶. Dans la foulée du tremblement de terre⁸⁷, une controverse naît entre deux érudits : si la faute, comme le pense VOLTAIRE, revient au hasard et donc à Dieu,

⁸² R. KAST, *op. cit.*, p. 469.

⁸³ Et « *plus la volonté divine était incompréhensible, plus il fallait avoir la foi* », v. entretien de F. EWALD, « La providence de l'Etat », *Projet*, n° 261, 2000, p. 46.

⁸⁴ P. L. BERNSTEIN, *Plus forts que les dieux*, Flammarion, 1998, p.15.

⁸⁵ Fête catholique originellement fête de tous les Saints, puis de tous les morts.

⁸⁶ V. Gallica, *Le tremblement de terre de Lisbonne (1755)*, Les Essentiels Littérature, Bibliothèque Nationale de France, 2018, www.gallica.bnf.fr/essentiels/repere/tremblement-terre-lisbonne-1755 [en ligne].

⁸⁷ La ville est la proie des flammes pendant six jours. Dans les heures qui suivent les premières secousses, un tsunami participe de la catastrophe qui aurait fait entre 10 000 et 200 000 victimes. Une fourchette qui a varié en fonction des lieux et des époques car il n'existait pas encore de recensement des populations, v. J.-M. ROHRBASSER, « Le tremblement de terre de Lisbonne : un mal pour un bien ? », *Annales de démographie historique*, n° 120, 2010/2, p. 199-216.

pour ROUSSEAU, il faut rechercher les responsabilités dans les décisions humaines et auprès des individus eux-mêmes, car, dit-il, si « la nature n'avait point rassemblé là vingt mille maisons de six à sept étages, et si les habitants de cette grande ville eussent été dispersés plus également, et plus légèrement logés, le dégât eût été beaucoup moindre, et peut-être nul »⁸⁸. En d'autres termes, les décisions d'urbanisme auraient été en partie à l'origine de l'ampleur des dégâts et les responsables insuffisamment prudents. Finalement, de cet événement catastrophique et de la polémique entre les deux philosophes va suivre une petite révolution en matière de perception et de gestion des risques. Le tout sous couvert des découvertes récentes relatives aux probabilités et calculs du risque. Beaucoup commencèrent à admettre que Dieu, ou le hasard, ne peut pas grand-chose dans ce type d'événements et l'idée de prévoyance s'imposa de plus en plus. Il n'était pas encore question de prévention dans le sens actuel, mais plutôt de prévision tandis qu'un outil tend à se démocratiser : l'assurance⁸⁹.

40. De l'idée de prévoyance à l'acte de prévention. L'idée d'assurance n'est pas nouvelle, elle existe d'une certaine manière depuis l'Antiquité. Sous l'apanage des marins et du commerce maritime, ce système se répand à d'autres secteurs avec notamment les assurances-dommages. En 1666, l'incendie de Londres⁹⁰ provoque une double conséquence. La première repose sur une attention préventive plus grande avec l'élargissement des artères urbaines, la limitation des constructions en bois ou encore l'obligation de ramonage ; la seconde conséquence se matérialise dans la constitution de mutuelles visant à garantir contre les risques d'incendie, moyennant le versement de primes annuelles et le remboursement des dommages en cas de sinistre⁹¹. Depuis lors, face aux risques, le meilleur recours consiste à adhérer au dispositif assurantiel qui se sophistique avec le temps. En tout cas, face au risque réalisé, la fatalité

⁸⁸ J.-J. ROUSSEAU, extrait de la « Lettre sur la providence », in *La biodiversité est-elle encore naturelle ?*, *Ecologie et Politique*, 2005/1, n° 30, p. 141-154.

⁸⁹ Grâce à la science des statistiques et probabilités qui permettent de calculer le hasard et rationaliser l'élément aléatoire dans le danger encouru, v. F. MILLET, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁰ Nous constatons que de tout temps, catastrophes et drames divers sont les plus grands pourvoyeurs de réformes juridiques.

⁹¹ J. DELUMEAU, « Des grandes peurs fondatrices », *Risques*, juin 1990, n° 1, p.27.

n'est plus de mise et il faut rechercher qui n'a pas réfléchi et prévu. Mais, à cette époque, c'est surtout d'imprévoyance dont il s'agit.

41. Or, « la prévoyance vise à se prémunir contre les conséquences du risque (dommages per se), faute de pouvoir agir sur des causes difficilement identifiables et objectivables »⁹². Cela revient à dire qu'à défaut de pouvoir agir sur la cause du risque, il faut encadrer ses conséquences en limitant le dommage qu'elle génère ou qu'elle est susceptible de générer. En conséquence, la prévoyance non seulement ne vise qu'à mettre en place un aspect curatif, au moyen de dispositifs destinés tant à limiter qu'à réparer « les dommages une fois survenus », mais en plus, elle n'opère que dans un cadre prévisible et « occulte les risques de dommages imprévisibles »⁹³ auxquels elle est tout aussi réfractaire qu'inadaptée. Quant à la prévention, elle « repose sur une connaissance des risques forgée à partir d'outils d'analyse, mais cette connaissance ne peut être, pour la puissance publique, un savoir abstrait. La prévention est prévision des risques et évaluation des risques »⁹⁴ ; elle ne cherche pas à s'attaquer aux dommages proprement dits, mais à anticiper pour les prévenir et éviter leur survenance par l'élimination des « principaux facteurs de risques qui sont connus avec certitude »⁹⁵. Dans cette perspective, il faut attendre l'ère industrielle pour que soit pris véritablement conscience que les êtres humains jouent un rôle conséquent tant dans la production que la réalisation des risques. Il devient alors évident qu'il faut agir de manière active pour empêcher ou au moins limiter.

42. L'impact de la modernité. Aujourd'hui, la question ne se pose plus « entre le prévisible, qui impliquerait des obligations, et l'imprévisible, qui

⁹² Ministère des Affaires étrangères et de l'aménagement du territoire et de l'environnement, *Principe de précaution et sciences*, Document d'information pour le Sommet mondial sur le développement durable, 2002, p. 2 (plus accessible en ligne), cité par M.M. MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en Droit International Public – L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, A. Pedone, Paris, 2009, p. 160.

⁹³ M.M. MBENGUE, *ibid.*

⁹⁴ J.-M. PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1752.

⁹⁵ M.M. MBENGUE, *ibidem*, p. 166.

dégagerait de celles-ci, mais entre le certain, le probable et l'improbable »⁹⁶. En outre, s'il est fait régulièrement appel à la science pour « diagnostiquer et [...] réguler les risques »⁹⁷, il semble acquis que les sciences et les technologies sont potentiellement et également, productrices de nouveaux risques.

43. La catégorie des risques dits nouveaux. Depuis plus de trois décennies maintenant, « l'évolution sociale n'apparaît plus comme étant dictée par les seules lois de la Raison mais dominée par l'incertitude et l'imprévisibilité ; [en conséquence de quoi] la dynamique de développement semble échapper à tout contrôle [tandis que prospèrent] les désillusions engendrées par l'idée de "Progrès" [et la problématique des] nouveaux "risques" » liés à la post-modernité⁹⁸. À partir de ce constat et au-delà de l'aspect sécuritaire, quels sont ces risques reliés à cette catégorie propre au monde nouveau ?

44. Une matérialité incertaine. À ce propos, il a pu être expliqué que ce sont des risques, certes « liés à l'explosion des sciences et des techniques, et notamment des biotechnologies, [mais surtout] créant un contexte d'incertitude structurelle »⁹⁹ dont la particularité consiste aussi à teinter d'une portée nouvelle les risques dits anciens¹⁰⁰. Si la catégorie des risques nouveaux s'apparente à ceux « engendrés par le progrès technique et dont la réalisation est susceptible d'avoir des répercussions sur la santé humaine »¹⁰¹ avec l'idée que « toute avancée scientifique d'un peu d'envergure [s'avère] potentiellement créatrice de nouveaux dangers »¹⁰², leur caractérisation ne s'y limite toutefois pas.

⁹⁶ J.-M. PONTIER, *loc. cit.*

⁹⁷ C. GRANJOU, *L'expertise scientifique à destination politique*, Cahiers Internationaux de Sociologie, PUF, 2003, CXIV, p. 175-183.

⁹⁸ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société, Vol. 35, 4^e Ed., 2014, p. 15.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 58-59.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰¹ A. POMADE, « Recherche de causalité entre les risques invisibles et la santé humaine : convergences entre les jurisprudences française et européenne », *RTD Euro*, 2010, p. 333.

¹⁰² R. ROMI, « Science et droit de l'environnement : la quadrature du cercle », *AJDA*, 1991, p. 432.

45. L'antécédent incertain. Au regard de ce qui précède, l'a priori incertain semble bien participer à la construction du droit des risques et le paradigme renouvelé par l'idée d'incertitude qui s'est imposé dans la seconde moitié du XX^e siècle, avec le principe de précaution, conforte cette hypothèse et celle de l'incertain, antécédent du droit.

46. Le principe de précaution. Selon Éric NAIM-GESBERT, le principe de précaution participe à anticiper et à réagir le plus en amont possible à un futur « lourd d'incertitudes contre lesquelles il faut se prémunir »¹⁰³. De *nouveaux risques* sont apparus faisant constater que « l'évolution sociale n'apparaît plus comme dictée par les seules lois de la Raison, mais dominée par l'incertain et l'imprévisibilité dont la dynamique de développement semble échapper à tout contrôle »¹⁰⁴. La boucle est bouclée. Au risque certain la prévention, au risque scientifiquement incertain la précaution qui concerne au premier chef, les risques technologiques. Pour le philosophe Jean-Pierre DUPUIS, la notion de précaution est désormais confondue avec le risque¹⁰⁵. Elle engendre aussi la difficulté de savoir où s'arrête le certain et où commence l'incertain : l'état incertain n'est-il vraiment qu'un type de risque - en l'occurrence un danger non avéré - et si oui, quel critère fait-il basculer de l'avéré au non avéré et vice-versa ? La réponse repose le plus souvent sur les experts et les magistrats. Mais, si le principe de précaution vient en renfort de la prévention, se dessine aussi « l'impératif éthique par rapport à un futur hypothétique »¹⁰⁶.

B. Entre expertise et éthique, la place du donné en droit de l'incertain ?

47. L'interférence du savoir. Pour certains philosophes, la nouveauté n'est pas le déficit de connaissance, mais le fait de ne plus être en mesure « de penser,

¹⁰³ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ « Contre la "société du risque" » in *Le risque*, Etudes, 2010/1, Tome 412, p. 89-98.

¹⁰⁶ P. TRAINAR, « Principe de précaution », *Risques*, mars-juin 2010, n° 81-82, p. 263.

d'imaginer les conséquences de nos actions »¹⁰⁷. En droit, en fonction de l'évolution des connaissances, le risque est juridiquement requalifié. Par exemple, jusqu'à peu, le risque climatique était considéré comme incertain. Il est désormais dit certain. Pourquoi ? La requalification semble résulter du principal fait que la Société a admis le lien et l'impact des actions humaines sur le climat ; un constat qui doit beaucoup aux rapports du GIEC. Il reste à se mettre d'accord sur les moyens de lutte. Autre exemple, le risque nucléaire est dit certain, avéré. Pourtant, des incertitudes scientifiques demeurent sur les faibles doses et, depuis le début du nucléaire, il est reconnu qu'on ne sait pas technologiquement gérer sur le long terme ses déchets les plus radioactifs. Le droit des déchets nucléaires s'est construit en dépit des incertitudes scientifiques et techniques. Selon nous, la certitude vaut pour les aléas à court et moyen termes, mais pas à long terme. La technique nucléaire nécessite encore de perfectionner la sûreté du procédé. Le risque des déchets à vie longue reste de nature incertaine, surtout pour les générations futures à qui incombera leur propre choix de traitement, certes en fonction de leurs avancées, mais contraints par nos choix actuels. En droit, le temps long est une donnée incertaine qui limite tandis que « la science interfère notamment par le biais de l'expertise [...] qui construit une représentation sociale du risque »¹⁰⁸.

48. La remise en cause du savoir expert. A partir des Lumières, la société occidentale rationalise le risque, considérant que la science peut tout gérer et tout régler. Jusqu'à ce que cette même science soit mise en défaut avec un souci de prudence de plus en plus insistant et qu'une nouvelle catégorie de risques soit mise en lumière, celle de l'incertitude scientifique. Tout un panel de risques plus ou moins graves jalonne la vie des uns et des autres, dans tous les domaines de la Société et si la Science a globalement apporté des réponses, tant pour l'évaluation que la gestion du risque, il a bien fallu se rendre à l'évidence qu'elle n'a pas toutes les réponses. Selon François OST, « la science contemporaine se

¹⁰⁷ J.-P. DUPUIS, *loc. cit.*

¹⁰⁸ E. NAIM-GESBERT, « Droit, expertise et société du risque », *RDP*, 2007, n° 1, p. 33.

décline désormais sur le mode de l'aléatoire, de l'indétermination et de l'incertitude »¹⁰⁹.

49. La vérité scientifique du juge. Il a été constaté « [qu'] en présence de données incertaines, controversées ou douteuses, législateur comme juge tendent à s'abstenir »¹¹⁰. Il est donc légitime de commencer par se demander ce que doit ou peut faire le juge lorsqu'il est confronté à l'évolution des connaissances scientifiques et techniques. La question avait été soulevée au niveau européen au tournant des années 2000¹¹¹, concernant les risques plausibles, mais simplement suspectés. La solution, qui préconisait une certaine « souplesse », a été vivement critiquée et dénoncée comme un moyen de surseoir à l'application de certaines normes communautaires¹¹²; tendant à démontrer une contrariété dans l'application procédurale du principe de précaution et du droit communautaire avec notamment la problématique des opinions minoritaires¹¹³ et la hiérarchisation des différents organes d'expertise qui pouvaient soulever la question de l'uniformisation procédurale¹¹⁴.

50. La connaissance scientifique des risques. Si le droit et donc le juge ont pour office de dire ce qui est juste plutôt que ce qui est vrai, il n'en demeure pas moins qu'il faut se positionner face aux risques et de manière relative, face aux données scientifiques et/ou techniques qui peuvent encore nécessiter des éclaircissements. Et cela ne va pas sans poser de nombreuses questions, notamment en termes de causalité dans les situations dommageables, telles en matière de santé et d'environnement, obligeant à rappeler que « là où la science peut et doit dire ses doutes, le droit lui doit être dit sans douter et cela n'est pas

¹⁰⁹ F. OST, *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob, 1999, p. 258-259.

¹¹⁰ M. REMOND-GOUILLOUD, « A la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement », *RJE*, 1992/1, p. 5-17.

¹¹¹ Avec l'affaire dite de la vache folle devant la CJCE (devenue CJUE).

¹¹² A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, 2003, p. 219.

¹¹³ *Ibid.*, p. 220.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 221.

sans conséquences »¹¹⁵. En l'occurrence, avec le risque, la science comme la technique font d'une manière ou d'une autre partie du débat et, dans ces cas, peu importe le domaine juridique et le degré d'incertitude en jeu, tant pour décider que pour juger, « le droit recourt à la science sous une forme particulière, l'expertise »¹¹⁶.

51. L'expertise comme outil scientifique pour dire le droit. Il s'agit d'un « outil d'aide à la prise de décision »¹¹⁷ et « le recours au savoir expert permet que le droit, dans sa fonction de mise en perspective juridique des faits en rapport avec un corps de règles déterminé, objective sa propre vérité »¹¹⁸. Il faut préciser que les champs respectifs des vérités scientifique et juridique se croisent, se côtoient, mais ne se confondent pas. Elles coexistent, mais ne coïncident pas puisque chacune a son domaine et sa fonction. Si nécessaire, le juriste peut former sa propre vérité à partir de la connaissance détenue par un tiers sachant, tel l'expert, qui extrait son savoir de la vérité scientifique/technique¹¹⁹ considérée acquise au moment du questionnement juridique. Éric NAIM-GESBERT nomme cela « la vraisemblance scientifique » ; précisant qu'en tout domaine « l'expert évalue le risque, confronte les hypothèses, met en œuvre des savoirs, contribue à éclairer une décision ou un jugement dans le souci permanent de légitimation de sa vérité »¹²⁰.

52. L'expertise pour décider. Depuis longtemps, « l'expertise judiciaire s'est déployée en maints domaines à tel point que la question se pose de savoir si d'auxiliaire l'expert n'était pas devenu le substitut du juge »¹²¹, notamment par

¹¹⁵ F.-G. TREBULLE, « Expertise et causalité entre santé et environnement », *Envir.*, n° 7, juill. 2013, Étude 19.

¹¹⁶ E. NAIM-GESBERT, « Droit, expertise et société du risque », *RDP*, 2007, n° 1, p. 33.

¹¹⁷ A. GOSSEMENT, *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁸ E. NAIM-GESBERT, *ibid.*

¹¹⁹ Ou autre, car l'expertise peut porter sur des sujets de toute nature, dans les domaines les plus divers et variés

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ V. LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *D.*, 2010, p. 907.

le biais de l'expertise scientifique pour apprécier le risque¹²². Un constat qui explique probablement pourquoi certains juristes précisent que « le procès appartient au juge et aux parties et non aux experts et aux savants »¹²³. Pour autant, le juge n'est pas le seul à devoir recourir aux experts et autres sachants¹²⁴. Les autorités administratives en général et en particulier les décideurs politiques y sont également contraints. « Issue du droit romain, la tradition française de l'expertise repose sur une claire répartition des rôles : à l'expert de dire les faits, au juge de dire le droit ; à l'expert de donner son avis, à l'autorité compétente de décider »¹²⁵.

53. Le risque et le décideur. Lorsque le secteur public fait appel à l'expertise, c'est généralement pour « éclairer la décision d'une autorité statuant au nom de l'intérêt général. A la différence de l'expertise juridictionnelle, elle n'intervient pas au cours d'un procès afin d'éclairer le juge chargé de trancher, en qualité de tiers, un litige entre deux parties »¹²⁶.

54. Tout comme les magistrats dans les affaires nécessitant le recours à des données scientifiques et/ou techniques¹²⁷, il a pu être constaté que « le plus souvent, les législateurs font confiance à des scientifiques pour l'établissement

¹²² Par ex. « *le droit de l'environnement est truffé de chiffres et de graphiques. Nombre de textes s'y lisent à la calculatrice. Les batailles juridiques s'y résolvent en controverses d'ingénieurs, et les procès y sont réglés par des experts devant un juge dont le rôle se réduit souvent à celui d'un coordinateur d'opinions spécialisées* », M. REMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire – Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989, p. 289.

¹²³ C. RADE, « *Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : le tournant ?* », *RCA*, 2008, étude 8.

¹²⁴ Textuellement, ceux qui savent et il peut s'agir de spécialistes comme de techniciens, des personnes ou des organes qui détiennent la connaissance et la technique d'un savoir donné, dans un domaine particulier où ils font référence.

¹²⁵ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « *Quel statut pour l'expert* », *RFAP*, 2002/3, n° 103, p. 379-389.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Dont un exemple évocateur peut être mentionné avec les cinq célèbres arrêts du 22 mai 2008 de la Cour de cassation (Civ. 1 n° 06-14.952 ; 06-10.967 ; 05-10.593 ; 06-18.848 ; 05-20.317) sur la problématique du lien entre la sclérose en plaques et la vaccination contre l'hépatite B.

des faits, non parce que ce qui leur est présenté existe en réalité, mais parce que ceux qui sont considérés comme compétents l'attestent »¹²⁸.

55. La conscience du risque. Toujours selon Éric NAIM-GESBERT, « l'expertise scientifique construit une représentation sociale du risque »¹²⁹. Ce dernier explique que si la méthode propre à la connaissance scientifique repose sur l'observation du réel, elle constitue néanmoins « un savoir instrumentalisé » par l'expertise¹³⁰ pour amener la décision sous-jacente¹³¹ et que désormais est apparu « un nouveau type de science [où] il ne s'agit plus de comprendre le réel par la connaissance [...] mais de diagnostiquer une situation de risque dans un contexte d'incertitude pour établir des probabilités d'occurrence »¹³². Et, dans ce contexte, nous ne pouvons qu'acquiescer face au constat selon lequel la « vérité absolue » de la connaissance scientifique ne constitue pas (ou plus ?) une priorité pour les décideurs publics qui ont laissé s'installer le « temps du savoir relatif [...] lié [...] au projet qui le porte, à son réseau et à ses horizons, à ses concepts et au contexte social et économique, voire à une vision politique »¹³³.

56. La demande accrue de sécurité à l'aune de la « société du risque »¹³⁴. Pour Jacques MOURY, techniquement, le risque « est le symptôme, des dérèglements d'une société [...] dont le besoin de sécurité ne cesse de croître »¹³⁵. On peut lire d'ailleurs dans la presse que « nous sommes des citoyens inquiets »¹³⁶. En tout cas, l'incertitude inhérente aux risques imprévisibles est devenue objet de discordes, sujet de débats et de recherches en tout genre. Sous couvert du savoir expert, l'incertitude participe à la modification de nos échelles

¹²⁸ D. SHELTON, « Certitude et incertitude scientifiques », *Irréversibilité, RJE*, 1992, n° spéc.

¹²⁹ E. NAIM-GESBERT, *loc. cit.*

¹³⁰ « où sont discutées des valeurs de tous ordres », précise l'auteur.

¹³¹ Administrative comme judiciaire.

¹³² N. NAIM-GESBERT, *ibid.*

¹³³ B. LATOUR, « Esquisse d'un Parlement des choses », *Ecologie politique*, n° 10, 1994, p. 98.

¹³⁴ Selon l'expression de U. BECK.

¹³⁵ J. MOURY, avant-propos, *le risque*, Cour de Cassation, Étude, 3^e partie, 2011, p. 78.

¹³⁶ D. DUCLOS, « Le grand théâtre des experts du risque », *Le Monde Diplomatique*, juin 2002, p. 24.

de valeurs et, par-là, influe sur le degré d'acceptation de la société civile qui veut participer aux choix publics. En effet, « le corps social [cherche] à étendre la sphère du contrôle sous de multiples formes » et fait constater « la multiplicité des demandes de contrôle, leur extension à des domaines nouveaux, en matière de santé, d'environnement, à des domaines scientifiques (bioéthique, génétique, nucléaire) où n'existe aucune certitude »¹³⁷. Pour affronter l'incertain, le droit intervient. Mais, au fil des évolutions technologiques par exemple, de leurs causes et conséquences parfois encore aléatoires en termes de connaissance et de savoir tant technique que juridique, faut-il agir ou attendre ? Plus particulièrement, si l'Humanité est en danger et plus largement, le vivant mis en péril, faut-il légiférer ou laisser les sachants et les parties prenantes décider conformément à leur conscience et éthique dans le cadre des dispositifs juridiques existants au moment T ?

57. L'agir éthique. À la veille du 3^{ème} millénaire, d'aucuns mirent en exergue que « nous sommes à l'âge d'une infinie sophistication du risque. La pente naturelle du risque est de proliférer partout ; le risque a un mode d'existence allusif ; à la fois présent et absent, il se loge en toute chose »¹³⁸. À quoi le monde occidental répond avec un besoin extrême de sécurité véhiculé par une « mentalité sécuritaire »¹³⁹ dans l'axe de laquelle « pas un jour où les médias n'affichent les dangers d'exister dans l'époque. Chacun se prémunit contre l'alerte permanente, mais notre joie de vivre est entamée »¹⁴⁰. Dans cette société résolument tournée vers toujours plus de sécurité, l'incertitude inhérente aux risques imprévisibles, qualifiée de « risque de risque »¹⁴¹, constitue la part

¹³⁷ N. GRANDGUILLAUME, « La demande de contrôle », *La Revue Administrative*, 53^e année, n° 318, nov.-déc. 2000, p. 641 et 649.

¹³⁸ F. EWALD, *L'Etat-Providence*, Ed. Grasset, 1986, p. 20.

¹³⁹ E. MORIN, « Un philosophe de l'incertain », entretien avec F. EWALD, *Risques*, n° 14, av.-juin 1993, p. 179.

¹⁴⁰ D. DUCLOS, *loc. cit.*

¹⁴¹ Expression utilisée notamment par U. BECK, *in Agir face aux risques sanitaires* de W. DAB et D. SALOMON, PUF, 2013, p. 20 ; mais aussi par P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au 1^{er} Ministre, 15 oct. 1999, [en ligne] <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004000402.pdf>

d'irréductible dans le risque¹⁴² qui est de moins en moins toléré, en corrélation avec le degré d'acceptation sociale. Une modification de perception parfaitement illustrée avec l'exemple des pertes de guerre puisqu'en 1917, les généraux pouvaient « sacrifier quelque trois cent mille hommes par quinzaine », tandis qu'aujourd'hui, il ne peut être fait ouvertement mention que de « guerre à risque zéro »¹⁴³. Ce risque s'avère omniprésent et certains considèrent qu'il « est le symptôme, techniquement, des dérèglements d'une société qui ne parvient pas à maîtriser totalement les applications des avancées constantes de ses connaissances théoriques, sociologiquement, de la maladie de cette même société dont le besoin de sécurité ne cesse de croître »¹⁴⁴. C'est dans cette perspective que le droit, conformément à sa fonction sociale, s'est depuis longtemps emparé du risque ; « l'union du droit et du risque s'opère au moyen de la probabilisation de l'incertitude »¹⁴⁵.

58. En conclusion. Sans aller jusqu'à une théorie de l'incertain corrélée aux risques imprévisibles, et donc incertains, dans une société de moins en moins encline à les accepter, dans la continuité de la théorie du risque issue d'une révolution industrielle pourvoyeuse de nouveaux risques devenus avérés, ne faut-il au moins ajouter un cran supplémentaire, un échelon de plus, à la théorie existante ? À tout le moins, ne faut-il admettre que l'idée courante de ce qui est incertain est tout ce contre le droit a vocation à lutter ? Dès lors, on pourrait mieux comprendre qu'en droit, l'incertain, en tant que phénomène (phénoménologie du droit), est un non-dit et son approche opérée par ses contraires avec, en ligne de mire, la recherche du certain. En termes d'« antécédent », il reste à déterminer si et comment l'incertain pourrait participer à la mise en évidence d'une récurrence, issue de chacune des institutions présentées, pour une « méthode d'approche englobante » de la

¹⁴² J. MOURY, *loc. cit.*, p. 78.

¹⁴³ F. EWALD, « Le risque dans la société contemporaine », Université de tous les savoirs, volume 5, *Qu'est-ce que les technologies ?*, Odile Jacob, 2001, p. 574.

¹⁴⁴ J. MOURY, *ibid.*

¹⁴⁵ A. BRENCI, « De la rencontre entre le risque et le droit : le risque est-il de l'essence du droit ? », *in Risque(s) et droit*, Schulthess Verla, Genève, 2010, p.14.

pensée juridique. À cet égard, il faudrait aussi se demander en quoi et jusqu'où l'a priori (le donné ?) interfère dans la construction de la connaissance juridique pour tenter de dégager d'éventuelles constantes susceptibles de mener à une réflexion renouvelée (plus objective ?) de la manière dont les juristes appréhendent leurs objets.

59. Si l'incertain est objet de droit(s), n'est-il pas aussi un antécédent au Droit ? En d'autres mots, l'incertain ne participe-t-il pas systématiquement et naturellement aux constructions et expressions du droit positif ? De toute évidence, il semble difficile de répondre par la négative. Régulièrement convoqué pour des objets incertains dont la matérialité lui est extérieure, le droit est par nature confronté au phénomène dont nous venons de montrer le lien inextinguible avec le risque. Pour un droit juste, il est théoriquement considéré que seul ce qui est sûr devrait pouvoir faire loi et ce qui n'est pas certain devrait laisser la place à la concertation publique et à la discussion juridique. Le principe de précaution semble remplir cette vocation en matière d'incertain. Concernant les a priori du droit à l'égard de l'incertain, ils trouvent probablement au minimum leur fondement dans la part non maîtrisable qui échappe au système juridique, à l'instar de la perte totale de contrôle mise en exergue par Jean-Sylvestre BERGÉ dans son ouvrage intitulé *Les situations en mouvement et le droit*¹⁴⁶.

60. En tout cas, nul doute que le droit régit l'incertain. En dépit des détours terminologiques, les instruments juridiques existent. La Société a pris la mesure du risque de nier l'incertain. Reste à se mettre d'accord sur le choix des mesures.

¹⁴⁶ Ed. Dalloz, Méthode du droit, 04/2021, 1^e Éd.