

ÉPISTEMOLOGIE DU RISQUE : LA TROISIEME VOIE D'ULRICH BECK ET SON INFLUENCE SUR LA DOCTRINE ENVIRONNEMENTALISTE

Julien PIERET¹

Lex Electronica, vol. 17.1 (Été/Summer 2012)

Sommaire

INTRODUCTION	1
I. LE RISQUE : ENTRE REALISME ET CONSTRUCTIVISME, LA TROISIEME VOIE D'ULRICH BECK	2
II. EPISTEMOLOGIE DU RISQUE ET DOCTRINE ENVIRONNEMENTALISTE : UN RENDEZ-VOUS A CONSTRUIRE	9
CONCLUSION : DU DROIT COMME OBJET A L'OBJET DU DROIT (DE L'ENVIRONNEMENT)	13

Introduction

Je ne suis pas, tant s'en faut, un spécialiste du droit de l'environnement. Je suis donc simultanément flatté et inquiet que des environnementalistes chevronnés m'aient proposé d'introduire d'abord un colloque, ensuite un numéro spécial de la revue *Lex Electronica*, tout entier consacré à l'actualité du droit de l'environnement au Canada et en Belgique. Ce défi improbable, outre qu'il témoigne d'une heureuse ouverture de la part des chevilles ouvrières du colloque dont la présente revue propose les actes, m'apparaît comme étant une invitation à développer un regard nécessairement distant sur la discipline environnementaliste : n'étant pas moi-même plongé en son sein, sans doute m'est-il plus aisé de l'éclairer à l'aune d'un débat crucial qui traverse le champ plus large des sciences sociales traitant du risque et de sa gestion. Ce débat porte sur ce que plusieurs auteurs qualifient d'« états épistémologiques du risque »² ; en d'autres termes, lorsque l'on évoque la notion de risque, à quel type de risque, d'un point de vue épistémologique, faisons-nous référence ?

¹ Chercheur post-doc. Centre de droit public. Université Libre de Bruxelles. Courriel : jpieret@ulb.ac.be. Ce texte développe l'introduction proposée oralement dans le cadre du colloque international intitulé « Qui gère le risque environnemental ? La prise en charge juridique du risque en Europe et au Canada » organisé par le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal et le Centre de droit public de l'Université Libre de Bruxelles et qui s'est tenu les 29 et 30 septembre 2011 à l'Université de Montréal. Je remercie les membres du Comité scientifique à l'origine de ce colloque, en particulier Madame Hélène Trudeau et Monsieur Jacques Papy, pour leur aimable invitation. S'agissant d'un propos introductif, celui-ci vise davantage à ouvrir un débat général que de le clore au recours d'une thèse pointue et méthodologiquement éprouvée.

² Voyez Jean-François Cauchie, Gilles Chantraine, « Entre réalisme et constructivisme. Les états épistémologiques du risque », in Yves Cartuyvels (éd.), *Les ambivalences du risque. Regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2008, pp. 65-93.

Pour envisager cette question, je partirai de la théorie du sociologue et philosophe allemand, Ulrich Beck, figure paternelle du paradigme dit de « *la société du risque* » et qui, sur la question épistémologique, semble offrir une troisième voie, un juste ou injuste milieu, selon les points de vue, entre deux approches du risque, celle dite réaliste et celle qualifiée de constructiviste. Rappeler les termes de cette opposition binaire et présenter la fécondité de l'approche d'Ulrich Beck fera l'objet de la première partie de cette contribution (1).

Dans un second temps, je verrai comment ce débat pénètre ou plus exactement ne pénètre pas la doctrine juridique, en particulier la doctrine juridique environnementaliste. Ainsi, j'avancerai, à titre exploratoire, plusieurs hypothèses pouvant expliquer la quasi absence de toute réflexion épistémologique sur le risque provenant des juristes (2).

En conclusion, ce débat relativement spécifique permettra d'initier une réflexion plus fondamentale sur les objets du droit de l'environnement et d'envisager, corrélativement, la fonction ambiguë des juristes spécialisés en cette matière.

1. Le risque : entre réalisme et constructivisme, la troisième voie d'Ulrich Beck

Né en Pologne en 1944, Ulrich Beck a étudié à l'Université de Munich la sociologie, la philosophie, la psychologie ainsi que les sciences politiques. Docteur en philosophie à 22 ans, il entame sa carrière scientifique en tant que sociologue du travail à l'Université de Munich. Il sera par la suite professeur aux universités de Münster et de Bamberg. Il reviendra en 1992 à Munich en tant que professeur de sociologie, discipline dont il dirigera le département. Il a également enseigné à la *London School of Economics* alors dirigé par le sociologue anglais Anthony Giddens auquel il est souvent rapproché³. Auteur de plusieurs centaines d'ouvrages et d'articles, Beck reste cependant l'auteur d'un seul livre, *La Société du risque*, prototype du *right book, at the right time, at the right place*.

En effet, l'ouvrage sort de presse en 1986 quelques jours après la catastrophe de Tchernobyl⁴ ; sa première traduction anglaise est disponible dès 1992⁵ peu de temps avant la marée noire provoquée par le naufrage de l'*Aegean Sea* en Espagne et alors que les Nations Unies déclarent la situation de la mer d'Aral comme zone de désastre écologique ; enfin, sa première traduction française sort seulement en 2001⁶ et quelques jours après l'explosion de l'usine chimique AZF de Toulouse. En quelque sorte, l'une des clefs du succès incomparable de cet ouvrage – traduit dans plus de vingt langues et vendu à plusieurs dizaines de milliers d'exemplaires – repose sur l'écho que celui-ci provoque inmanquablement dans le chef du lecteur compte tenu des illustrations concrètes que nous en fournissons quotidiennement l'actualité. De façon quelque peu caricaturale et en plus d'être un ouvrage parmi les plus influents de la sociologie contemporaine, *La société du risque* fait également office, si l'on veut, de manifeste accompagnant, en Europe, la montée en puissance de la conscience

³ Pour plus de détails sur le parcours d'Ulrich Beck, voyez Frédéric Vandenberghe, « Introduction à la sociologie (cosmo) politique du risque d'Ulrich Beck », *Revue du MAUSS*, 2001/1, n° 17, pp. 25-39.

⁴ Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986.

⁵ Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, London, Sage, 1992.

⁶ Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001. Cet ouvrage a fait l'objet de plusieurs rééditions. En particulier, dans la suite de cet article, j'utiliserai l'édition publiée en 2003 aux éditions Flammarion.

écologique et un scepticisme corrélatif à l'égard du progrès scientifique : rien que son titre constitue le plus beau slogan heuristique de la fin du 20^e siècle dans nos sociétés occidentales.

Ce succès, paradoxalement, peut s'expliquer par la double ambiguïté qui traverse l'œuvre d'Ulrich Beck. Ambiguïté disciplinaire tout d'abord. Fidèle à la tradition allemande, songeons à Habermas ou avant lui à Marx, Beck se situe à cheval entre la sociologie et la philosophie ; il offre simultanément un discours descriptif et prescriptif sur le monde⁷. C'est un chercheur engagé, rompu aux joutes militantes, qui participe activement au mouvement écologique et prend régulièrement la plume dans les grands quotidiens ou la parole sur les plateaux de télévision. Les gardiens du temple de la neutralité axiologique strictement comprise en seront pour leur frais⁸ tant Beck oscille en permanence entre une narration du monde tel qu'il se donne à voir – en bref, comme une société du risque – et une possible issue dont la dimension empirique est plus hasardeuse – le modèle de société réflexive que Beck développe dans une perspective davantage normative⁹.

Cependant, c'est une seconde ambiguïté, conceptuelle, qui retiendra en priorité notre attention¹⁰. En effet, la notion de risque n'est à aucun moment définie dans *La société du risque*; seuls des qualificatifs, par ailleurs discutables et discutés – invisibles, latents, incommensurables... – sont accolés à la notion de risque. Ce parti pris stratégique – la globalité du concept fait que quiconque peut se projeter dans l'univers de la société du risque – a tout autant contribué au succès de l'ouvrage qu'il n'a entraîné nombre de ses critiques. Cependant, et sans bien entendu prétendre me substituer à Ulrich Beck – je m'abstiendrai donc de définir *hic et nunc* le risque – je souhaite revenir sur cette notion et son indexation à plusieurs théories de la modernité¹¹.

Le mot apparaît dans la langue française à partir du XVI^e siècle¹². Si les racines du mot ne sont pas clairement établies, deux hypothèses étymologiques sont cependant proposées¹³. Il pourrait venir du roman *rixicare*, qui signifie se quereller, dont l'évolution aurait mené à la notion de danger. Mais l'étymologie la plus communément admise serait latine : le terme risque tirerait ses racines de *resicare* qui signifie scier ou trancher, d'où le terme *resicum* –

⁷ « Ce livre contient un morceau de théorie sociale projective, orientée empiriquement » nous dit Ulrich Beck dès les premières pages de *La société du risque* ; Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2003, p. 20. Les exégèses de Beck confirment la double fonction, descriptive et prescriptive, de cet ouvrage ; voyez entre autres Jean-François Cauchie, Hugues-Olivier Hubert, « La société du risque de Beck : balises », *La Revue nouvelle*, 2002, tome 115, n° 7-8, p. 89. Pour davantage d'explications sur cette double ambition observée dans l'œuvre d'Ulrich Beck, voyez Julien Pieret, « Beck peut-il sauver la modernité ? », in Yves Cartuyvels (éd.), *Les ambivalences du risque. Regards croisés en sciences sociales*, op. cit., pp. 27-63.

⁸ Pierre Bourdieu a ainsi expliqué que la neutralité axiologique attendue du chercheur ne constituait pas un obstacle en soi à son engagement au sein de luttes qu'il entend décrypter ; voyez « Pour un savoir engagé », in Pierre Bourdieu, *Contre-feux 2*, Paris, Raisons d'agir, 2001, pp. 33-42.

⁹ Voyez l'article suivant qui utilise la théorie d'Ulrich Beck pour décrypter les initiatives prises en Australie pour lutter contre le réchauffement climatique et qui montre que si le versant descriptif de *La société du risque* est particulièrement utile à cette fin, le versant plus normatif que propose Beck n'est, dans ce cas précis, pas empiriquement vérifié : Harriet Bulkeley, « Climate Change : The Politics of Risk Society ? », *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2001, vol. 26, n° 4, pp. 430-447.

¹⁰ L'introduction d'un ouvrage s'inscrivant dans le sillage d'Ulrich Beck attire notre attention sur le flou conceptuel régulièrement observable chez Beck. Voyez Sébastien Brunet, *Société du risque : quelles réponses politiques ?*, Paris, L'Harmattan, 2007, spéc. pp. 9-12.

¹¹ Je préfère parler de théories (au pluriel) de la modernité tant il convient de souligner que « la récurrence du mot "modernité" dans les sciences humaines n'a d'égal que sa profonde labilité théorique » ; Danilo Martuccelli, *Sociologies de la modernité*, Paris, Gallimard, 1999, p. 9.

¹² Alain Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, 1992, p. 3260.

¹³ *Ibidem*.

ce qui coupe – qui désigne les écueils pouvant rompre la coque des navires¹⁴. Cette étymologie correspond aux usages originels de ce terme en langue française, contemporains à l'émergence de mécanismes assurantiels dont les premières manifestations apparaissent avec le commerce maritime¹⁵. L'apparition du mot « risque » est d'ailleurs associée aux prémisses de la probabilité développées par Blaise Pascal et Pierre de Fermat qui marquent la rupture entre le passé et les temps modernes¹⁶.

Ainsi, l'apparition du mot risque traduit une émancipation contre les systèmes traditionnels produits de la religion¹⁷. En effet, la notion de risque sous-entend celle de maîtrise, celle-ci n'étant plus abandonnée au seul sort divin. Le risque n'est pas le danger : il vise l'évaluation de la probabilité d'être affecté par un danger¹⁸. Plus précisément, la différence entre le danger et le risque est que l'origine du premier se situe dans la nature alors que la source du second campe dans le progrès¹⁹. Après les catastrophes exogènes provoquées par Dieu ou le hasard, le risque devient, en effet et dès la fin du XIX^e siècle, un mécanisme endogène, un produit de la société²⁰. Les menaces typiques de la société préindustrielle, imprévisibles et incalculables, telles que la famine ou la peste, se transforment, par le développement de la rationalité du contrôle, en risques en principe calculables et prévisibles²¹ et donc assurables dans le cadre de l'émergence de l'État providence²². Aujourd'hui, et tel est le ressort problématique de nos sociétés du risque, les risques auxquels nous serions confrontés, risques « *civilisationnels* »²³ comme les qualifie Ulrich Beck, rompent toute possibilité de prévision actuarielle et appelle à un renouvellement démocratique inédit...

Mais revenons aux différentes manières d'approcher, d'un point de vue épistémologique, la notion de risque et à la tentative originale d'Ulrich Beck. Celle-ci consiste à se frayer une voie médiane à travers l'opposition entre les pôles réaliste et constructiviste du risque. Dans le champ des sciences sociales, on observe une antienne conflictuelle entre une conception réaliste du risque et une approche plus constructiviste du risque²⁴. D'un côté, l'approche réaliste ou positiviste du risque, débouchant sur sa gestion technoscientifique, repose sur la foi

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ François Gentile, « Risque et assurance », *Esprit*, 1965, n° 334, p. 17 ; François Ewald, Denis Kessler, « Les noces du risque et de la politique », *Le Débat*, 2000, n° 109, p. 64 ; Patrick Peretti-Watel, *Sociologie du risque*, Paris, Armand Colin, 2003, p. 7.

¹⁶ Jacques Lautman, « Risque et rationalité », *L'année sociologique*, 1996, vol. 46, n° 2, p. 273 ; Hans-Heinrich Trute, « From Past to Future Risk – From Private to Public Law », *Revue européenne de droit public*, 2003, vol. 15, n° 1, p. 74.

¹⁷ Telle est en substance la thèse de Peter Lewyn Bernstein, *Against the Gods: the Remarkable Story of Risk*, New York, John Wiley & Sons, 1996.

¹⁸ Jacques Lautman, « Limites de la déresponsabilisation assurée », *Projet*, 2000, n° 261, p. 35.

¹⁹ Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, *op. cit.*, p. 42 ; José Esteve Pardo, « Privileged Domain of Risk Treatment : Risk and Health », *Revue européenne de droit public*, 2003, vol. 15, n° 1, p. 110.

²⁰ François Ewald, « Philosophie de la précaution », *L'année sociologique*, 1996, vol. 46, n° 2, p. 394 ; André Dauphiné, *Risques et catastrophes. Observer – Spatialiser – Comprendre – Gérer*, Paris, Armand Collin, 2003, p. 42. On retrouve cette distinction entre le risque – produit par la prise de décision – et le danger – dont l'origine se situe dans l'environnement des différents sous-systèmes sociaux – dans l'ouvrage que le sociologue allemand Niklas Luhmann a consacré au risque. Voyez Niklas Luhmann, *Risk: a Sociological Theory*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1993, spéc. le premier chapitre consacré au concept de risque, pp. 1-31.

²¹ Ulrich Beck, *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 1999, p. 76.

²² Telle est en substance la thèse de François Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.

²³ Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, *op. cit.*, p. 65. Voyez aussi Ulrich Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 43.

²⁴ L'importance de cette opposition n'échappe à aucun observateur. Voyez entre autres exemples Sébastien Brunet, *Société du risque : quelles réponses politiques ?*, *op. cit.*, pp. 26-30 et Peter Taylor-Gooby, Jens Zinn, « The Current Significance of Risk », in Peter Taylor-Gooby, Jens Zinn (ed), *Risk in Social Science*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 14.

en l'existence ontologique du risque. Le risque existe en soi, indépendamment de processus sociaux et culturels ; le risque est un danger objectif qu'une approche scientifique désincarnée, autrement dit faisant fi de ses processus sociaux et culturels, peut révéler et dès lors anticiper, prévenir, compenser *etc.* D'un autre côté, l'approche constructiviste charrie, comme son nom l'indique, une vision du risque comme n'existant pas en soi ; nos connaissances ou plus finement nos représentations sur le risque de même que les schémas sur lesquels s'arriment ces représentations sont uniquement le résultat de l'entendement humain et non le reflet exact de la réalité. Ainsi, ce que l'on qualifiera de risque n'est qu'une manière de voir un phénomène particulier ; le risque est un construit social, il est indissociable de contingences politiques et culturelles sous-jacentes à son émergence qui elles seules sont dignes de l'analyse. Dans sa vision la plus *hard*, le constructivisme aboutit à une approche purement performative du risque : n'est risque que ce qui est qualifié comme tel²⁵. Cette dernière approche indique déjà tout l'enjeu, en termes de pouvoir et donc de domination, que renvoie l'exercice consistant à qualifier telle situation de risque. Qu'il nous suffise, à ce stade, de constater que cette approche constructiviste est la résultante d'une remise en question décisive sinon radicale de l'objectivité scientifique ainsi que de la foi dans le progrès et la technique²⁶.

Beck, lui, se refuse à trancher entre ce débat ; sa théorie vise précisément à articuler ces deux aspects. Certes, d'un point de vue ontologique, les dommages existent – autrement dit le risque repose sur une réalité mais cette réalité est multiple et non figée ; elle se donne à voir uniquement à travers la perception du risque qui elle est évidemment socialement construite et donc évolutive. On comprendra mieux cette position hybride, entre la dimension irrémédiablement construite de ce que nous appelons un risque et les conséquences réelles des événements qualifiés de risques, à la lecture de ces deux citations que plus de vingt ans séparent. Ainsi, Ulrich Beck avance, dans *La société du risque* de 1986, que les risques requièrent des « *interprétations causales* » et qu'ils « *se situent donc seulement et exclusivement dans le domaine de la connaissance (scientifique ou plutôt anti-scientifique) qu'on a d'eux* » ; par conséquent, ces risques « *peuvent être transformés, réduits ou augmentés, dramatisés ou banalisés par la connaissance, et se prêtent donc tout particulièrement aux processus de définition sociale* »²⁷. Dans un ouvrage plus récent, Beck établit que « *la réalité du risque est perçue à travers sa nature controversée. Les risques n'ont aucune existence abstraite en soi. Ils acquièrent une réalité dans les jugements contradictoires des groupes et des populations. L'idée d'un critère objectif à partir duquel les*

²⁵ Voyez Denis Duclos, « Puissance et faiblesse du concept de risque », *L'année sociologique*, 1996, vol. 46, n° 2, p. 309.

²⁶ Dans *La Société du risque*, la critique de la rationalité scientifique traditionnelle est largement abordée, en particulier au sein du chapitre 7 de l'ouvrage. Voyez *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, *op. cit.*, pp. 341-398. Beck reviendra régulièrement sur cet aspect de sa théorie dans des écrits ultérieurs. Voyez notamment Ulrich Beck, Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, Cambridge, Polity Press, 2004, spéc. pp. 204-206. En bref, cette critique trouve son origine dans le constat selon lequel la science et le progrès technique sont davantage producteurs de risque qu'ils ne permettent d'en assurer la gestion. Ce point de départ en sociologie (constructiviste) du risque est très largement traité par d'autres auteurs. On peut notamment évoquer Niklas Luhmann, *Risk: a Sociological Theory*, *op. cit.*, p. 28 : « *nous devons abandonner l'espoir selon lequel plus de recherches et davantage de connaissances permettront une évolution du risque vers la sécurité. L'expérience pratique nous enseigne au contraire que plus nos connaissances augmentent, davantage sommes nous conscients de ce que nous ne savons pas ; dès lors, notre conscience du risque devient plus aiguë. La complexité croissante de nos calculs aboutit à mettre à jour une incertitude elle aussi croissante sur le futur ; elle produit donc du risque* ». Ma traduction.

²⁷ Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, *op. cit.*, p. 41. Plus loin et non sans provocation à destination des sociologues (post)marxistes, il expliquera que, dans une société du risque, c'est « *la conscience (le savoir) [qui] détermine l'être* » ; *ibidem*, p. 95. On se souviendra que le matérialisme marxiste enseigne l'inverse.

degrés d'un risque pourraient être mesurés néglige le fait que seul le résultat de perceptions et d'évaluations particulières et culturelles permet d'envisager un risque comme urgent, menaçant et réel ou négligeable et irréel »²⁸.

L'usage simultané et *a priori* paradoxal des termes « perception » vs « réalité » traduit bien la pensée d'Ulrich Beck qui vise à, d'une part, rompre avec les approches réalistes et naïves du risque, d'autre part, prendre distance avec le radicalisme d'une approche trop constructiviste du risque qui flirterait avec la tentation relativiste postmoderne²⁹. C'est ainsi que l'épistémologie de Beck sera tour à tour qualifiée de « *constructivisme faible* »³⁰, de « *posture pragmatique* »³¹ ou, par Beck lui-même, de « *réalisme réflexif* »³². En tout cas, Beck s'attirera les critiques tant des constructivistes foucaaldiens niant, non sans raison, la possibilité de fournir une narration du monde au départ d'un terme – le risque – aussi évanescents que celle des réalistes positivistes avec lesquels Beck prendra très largement ses distances après que son travail initial ait été exploitée en vue de renforcer une gestion purement technoscientifique du risque. Et c'est cette faculté à s'attirer les foudres tant de Charybde que de Scylla³³ qui m'a rendu Beck terriblement séduisant ; l'on observe, en effet, que c'est dans le « *juste milieu que se développe aujourd'hui les pensées les plus fécondes* »³⁴.

En vue de clôturer cette succincte présentation de la perspective épistémologique sur le risque développée par Beck, on peut, en s'inspirant de tentatives précédemment menées³⁵, situer cet

²⁸ Ulrich Beck, *World at Risk*, Cambridge, Polity Press, 2009, p. 13. Ma traduction. « *C'est une perception et une définition culturelles qui constitue le risque* » avait-il déjà écrit auparavant ; Ulrich Beck, « Risk Society Revisited : Theory, Politics and Research Programmes », in Barbara Adam, Ulrich Beck, Joost Van Loon (ed.), *Risk Society and Beyond*, London, Sage, 2000, p. 213. Ma traduction.

²⁹ Sans entrer dans un débat qui dépasserait par son ampleur le cadre limité de cette introduction, rappelons que Beck est tout sauf un penseur postmoderne, il est même plutôt un « *ami du modernisme* » (Jean-François Cauchie, *A. Giddens et U. Beck : contributions de deux apôtres de la contingence à une sociologie du système pénal*, Université d'Ottawa, Thèse de maîtrise, 1999, p. 49) comme le confirme d'ailleurs et d'emblée le sous-titre de *La Société du risque. Sur la voie d'une autre modernité* (et non de la postmodernité). Certes, penseurs dits de la seconde modernité ou de la modernité tardive (dont fait partie Beck) et penseurs postmodernes partagent nombre de constats : ainsi, les processus de dé-hiérarchisation des formes d'autorité, la recomposition du champ social qui transcende la division de classes ou, surtout, la perte de légitimité de la science et l'abandon d'une foi aveugle dans le progrès. On peut, néanmoins, et en simplifiant, pointer deux grandes différences entre ces deux courants. La première tient au constat posé : autant pour les tenants de la seconde modernité, il existe une continuité, certes problématique, entre la modernité telle qu'elle se construit historiquement et celle dans laquelle nous vivons, autant pour les postmodernistes, tout n'est que rupture et discontinuité. La seconde différence tient aux solutions proposées : les tenants de la modernité tardive restent soucieux d'identifier des paradigmes globaux permettant de renouveler la question de la légitimité rationnelle du pouvoir – ainsi, le risque chez Ulrich Beck qui fait en quelque sorte office de rempart contre le postmodernisme – alors que les postmodernistes fuient toute théorisation surplombante et récusent la validité et la pertinence mêmes des concepts de raison et de légitimité. Pour se familiariser avec la pensée postmoderne et parmi une littérature (trop) abondante, on lira l'ouvrage de Jean-François Lyotard, *Le postmoderne expliqué aux enfants. Correspondance 1982-1985*, Paris, Galilée, 1988 ou celui d'Yves Boisvert, *Le monde postmoderne. Analyse du discours sur la postmodernité*, Paris, L'Harmattan, 1996. Un article d'Anthony Elliot interroge l'hypothèse de la société (moderne donc) du risque au regard du paradigme postmoderne ; « Beck's Sociology of Risk: A Critical Assessment », *Sociology*, 2002, vol. 36, n° 2, pp. 293-315, spéc. pp. 306-312.

³⁰ Piet Strydom, *Risk, Environment and Society*, Buckingham, Open University Press, 2002, p. 47.

³¹ John Tulloch, « Everyday Life and Leisure Time », in Peter Taylor-Gooby, Jens Zinn (ed), *Risk in Social Science*, *op. cit.*, p. 132.

³² Ulrich Beck, *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 1999, p. 26.

³³ Ainsi, pour paraphraser le titre d'une chanson du groupe anglais de post-punk *Magazine*, Beck est en quelque sorte « *shot by both sides* » (chanson extraite de l'album *Real Life*, Virgin, 1978).

³⁴ Piet Strydom, *Risk, Environment and Society*, *op. cit.*, p. 52. Ma traduction.

³⁵ Voyez pour des tableaux comparables, Deborah Lupton, *Risk*, London, Routledge, 1999, p. 35 ; Piet Strydom, *Risk, Environment and Society*, *op. cit.*, p. 47 et Jean-François Cauchie, Gilles Chantraine, « Entre réalisme et

auteur à l'aide du tableau suivant offrant un panorama des différentes approches du risque au sein de plusieurs disciplines de sciences sociales. Il s'agit bien entendu d'un tableau archétypal qui, se faisant, procède par simplification : ainsi, sont grossièrement résumées les approches du risque que chaque discipline a pu charrier ; en outre, les lignes qui distinguent, notamment, les principales questions de recherche sont poreuses, certainement pas systématiquement étanches. Enfin, le choix des personnalités influentes est bien entendu quelque peu arbitraire.

Direction épistémologique	Matrice disciplinaire	Perspective théorique	Approche du risque	Question de recherche principale	Personnes influentes (parmi d'autres)
R E A L I S T E	Ecologie humaine	Tentative transdisciplinaire articulant sciences de la nature et sciences de la culture	Le risque comme produit de l'interaction entre l'individu et son environnement	Comment gérer des risques qui peuvent détruire la planète ?	R. Dunlap K. Van Lier
	Science économique	Théorie du choix rationnel	Nous sommes des personnes qui calculent ; nous prenons des risques	Comment peser sur les choix rationnels orientés vers le risque ?	R. Posner
↓	Sociologie	Théorie de la modernité tardive	La société moderne crée du risque ; elle doit être réflexive vis-à-vis de ses risques	Que nous disent les risques contemporains sur l'évolution de la société moderne ?	U. Beck
C O N S T R U C T I V I S T E	Sociologie	Théorie des systèmes sociaux	Provenant d'une décision, le risque est différent du danger qui est créé par l'environnement	Comment les sous-systèmes sociaux communiquent sur le risque ? Sont-ils seulement capables de le faire ?	N. Luhmann
	Anthropologie	Etudes culturelles	La perception du risque comme indicateurs de référents culturels	Quels sont les modèles culturels qui déterminent les individus à considérer ce qu'est un risque ?	M. Douglas
	Sociologie	Etudes gouvernementalistes	Le risque comme rationalité gouvernementaliste qui contrôle les individus	Comment les discours et les pratiques sur le risque configurent l'exercice de la domination ?	M. Foucault F. Ewald

2. Épistémologie du risque et doctrine environmentaliste : un rendez-vous à construire

Le tableau ci-dessus vise donc à illustrer l'importance tant quantitative que surtout qualitative que le questionnement épistémologique acquière en sciences sociales. Cette importance semble cependant échapper au juriste et, pour ce qui nous concerne, à la doctrine environmentaliste. Tout d'abord, force est de constater qu'Ulrich Beck est peu cité par cette doctrine. Ainsi, nombre de manuels de droit de l'environnement ne font qu'un usage (très) marginal du cadre posé par *La société du risque*. L'inverse est vrai : Beck ne cite quasi aucun ouvrage juridique dans ses écrits et encore moins les manuels de droit de l'environnement disponibles à la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles... De façon générale, sa (méta)narration du monde ne s'intéresse que (très) peu à la régulation juridique qu'il semble envisager, en bon sociologue, de façon purement instrumentale car indexée à différentes options politiques elles plus frontalement abordées par ses travaux et qui aboutiront, certes, dans nos États dits de droit à une formalisation juridique. Mais, au-delà des manuels, ce qui est davantage frappant, c'est l'absence généralisée de référence aux travaux de Beck dans nombre d'ouvrages récents produits par des juristes et s'intéressant explicitement à la notion de risque³⁶. Ainsi, et sans prétendre à l'exhaustivité, mes coups de sonde parmi la littérature produite par les juristes spécialisés en droit de l'environnement ont confirmé le constat davantage étayé de personnes plus rompues que moi aux tendances observables en cette matière : les juristes utilisent le vocable du risque de façon souvent superficielle³⁷.

J'ai pu, en effet, constater qu'au pire, la référence faite à Beck dans différents travaux récents visait simplement à poser le cadre de la recherche et souligner, à des fins d'auto-justification sans doute, l'importance prise par la notion de risque dans le champ des sciences sociales³⁸. Au mieux, les travaux de Beck seront pris au sérieux dans leur seule mesure prescriptive, à savoir la nécessité de repenser l'organisation politique telle qu'héritée de la modernité industrielle. En tout cas, il est exceptionnel que la controverse épistémologique succinctement évoquée dans la première partie de cet article et le choix corrélatif parmi les différentes postures présentes sur le marché scientifique pénètrent le champ de la discipline juridique. Comment expliquer ce constat ? J'avancerai, à titre exploratoire, plusieurs hypothèses que l'on peut regrouper sous l'ancrage persistant de la discipline juridique dans le positivisme scientifique, ancrage en quelque sorte renforcé dans le cadre du droit de l'environnement.

³⁶ Voyez par exemple la thèse de Makane Moïse Mbengue, *Essai sur une théorie du risque en droit international public : l'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Paris, Pédone, 2009 ou celle d'Arie Trouwborst, *Evolution and status of the precautionary principle on international law*, La Haye, Kluwer International, 2002. Voyez aussi l'ouvrage de Karine Foucher, *Principe de précaution et risque sanitaire*, L'Harmattan, Paris, 2002 ou Eric Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contributions à l'étude des rapports entre science et droit*, Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1999. Aucun de ces ouvrages ne cite Ulrich Beck.

³⁷ Voyez Elizabeth Fisher, Bettina Lange, Eloise Scotford, Cinnamon Carlarne, « Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship », *Journal of Environmental Law*, 2009, vol. 21, n° 2, spéc. p. 224. Voyez aussi, plus généralement sur la façon dont les juristes utilisent ou n'utilisent pas la sociologie du risque, Jenny Steele, *Risks and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

³⁸ Sur ce point, notons qu'un commentaire critique de *La société du risque* évoque que ce dernier terme est devenu, à la suite de Beck, une sorte de « *lingua franca* » dans le champ des sciences sociales ; Gabe Mythen, « Reappraising the Risk Society Thesis. Telescopic Sight or Myopic Vision ? », *Current Sociology*, 2007, vol. 55, n° 6, p. 793.

Que la discipline juridique soit encore largement imperméable au constructivisme est un truisme. Enfin, les choses évoluent sans doute³⁹. Mais soyons de bons comptes : le droit reste très largement une discipline positiviste. Cela tient sans doute à la relative jeunesse de la prétention de scientificité portée par la discipline juridique – en gros, elle débute avec la théorie pure d’Hans Kelsen et donc en 1934⁴⁰ – mais cela tient aussi à la participation du droit à la légitimité du pouvoir, participation jamais démentie depuis que Max Weber l’a mise en évidence avec son archétype de la légitimité légale-rationnelle. À cet égard, il n’est pas inutile de faire un détour par Thomas Hobbes, précurseur du libéralisme politique⁴¹ et du positivisme juridique⁴², détour suggéré par Mariana Valverde, Ron Levi et Dawn Moore dans leur roborative contribution au rapport « Droit et risque » publié sous l’égide de la Commission du droit du Canada⁴³. En lisant le *Leviathan*⁴⁴ à travers la lorgnette du risque, il n’est guère compliqué de voir dans le projet hobbesien un vigoureux plaidoyer pour l’émergence d’un droit positif protégeant les individus contre les risques de la socialisation. Ainsi, depuis Hobbes jusqu’à Luhmann aujourd’hui⁴⁵, le droit se voit ainsi tout entier dirigé vers la stabilité, autrement dit l’absence d’incertitude.

Dans ses fondations, le positivisme juridique n’a donc pas pour vocation, à l’inverse d’une approche constructiviste, d’alimenter une sensibilité critique sur un objet ou, plus encore, une volonté de démythification d’un savoir-pouvoir portant en l’espèce sur la gestion monopolisée

³⁹ On notera l’influence croissante de la pensée systémiste et luhmanienne de Gunther Teubner par exemple dans le champ de la théorie du droit. Voyez deux de ses articles fondateurs en ce domaine : « How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law », *Law & Society Review*, 1989, vol. 23, n° 5, pp. 727-757 et « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1992, vol. 47, n° 6, pp. 1149-1169.

⁴⁰ Sur ce sujet, voyez l’étude très stimulante de Wagdi Sabete, « La théorie du droit et le problème de la scientificité. Quelques réflexions sur le mythe de l’objectivité de la théorie positiviste », *Archives de philosophie du droit*, 1999, tome 43, pp. 303-326.

⁴¹ On lit ainsi que : « Hobbes annonce les prémisses de la théorie de l’État libéral » ; F. Rangeon, *Hobbes, État et droit*, Paris, Albin-Michel, 1982, p. 111 cité par François Rigaux, « Les fondements philosophiques des droits de l’homme », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2007, n° 70, p. 320, note 63. Voyez aussi Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, Paris, Plon, 1954, p. 196 : « s’il nous est permis d’appeler libéralisme la doctrine politique pour laquelle le fait fondamental réside dans les droits naturels de l’homme, par opposition à ses devoirs, et pour laquelle la mission de l’État consiste à protéger ou à sauvegarder ces mêmes droits, il nous faut dire que le fondateur du libéralisme fut Hobbes ». Le fait que Thomas Hobbes est au fondement du libéralisme politique est reconnu en ce compris par des intellectuels non spécialistes de sa pensée. Voyez notamment Robert Castel, *L’insécurité sociale. Qu’est-ce qu’être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003, p. 15.

⁴² Pour Hobbes, n’est véritablement juridique que le droit civil par opposition au droit naturel. Ce droit civil est le droit qu’adopte le souverain qui tient ce pouvoir du contrat social conclu entre les hommes et par lequel ces derniers lui abandonnent la plupart de leurs droits naturels. Le droit civil, le seul droit au sens juridique du terme aux yeux de Hobbes, est donc un droit posé par le souverain. La plupart des philosophes du droit et les spécialistes de Thomas Hobbes s’accordent, dès lors, pour considérer ce dernier comme le fondateur du positivisme juridique ; voyez entre autres Paul Foriers, « Le droit naturel, évolution d’une notion », in Paul Foriers †, *La pensée juridique de Paul Foriers*, volume II, Bruylant, 1982, p. 838 ; Luc Wintgens, *Droit, principes et théories : pour un positivisme critique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 13 ; Michel Villey †, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 597 ; Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, v° positivisme, p. 1175. Simone Goyard-Fabre est plus nuancée : elle considère qu’Hobbes ne fait qu’indiquer « le chemin de ce que sera le “positivisme juridique” » ; *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 71.

⁴³ Mariana Valverde, Ron Levi, Dawn Moore, « Connaissances juridiques en matière de risque », *Le droit et le risque. Mémoires du concours Perspectives juridiques 2003*, Laval, Presses de l’Université de Laval, 2006, p. 136.

⁴⁴ Thomas Hobbes, *Léviathan* (1651), traduit de l’anglais par Gérard Mairet, Paris, Folio, 2000.

⁴⁵ Niklas Luhmann voit en effet comme fonction principale du sous-système juridique la stabilisation normative des attentes. Voyez Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 1989, n° 11-12, pp. 53-67.

de ce qui est qualifié de risques. Autrement dit, ce que j'essaie de mettre à jour est que la quasi absence de réflexion épistémologique explicite dans la doctrine juridique positiviste ne signifie pas l'absence d'un choix épistémologique. Simplement, ce dernier sera présupposé sinon inconscient : les juristes positivistes ou *lumpen*-positivistes (oserais-je écrire non sans malice⁴⁶) sont souvent des Monsieur Jourdain de l'épistémologie : ils en font sans le dire et parfois même sans le savoir⁴⁷. Dès lors, leur épistémologie, à ce point implicite qu'elle semble avoir pénétré leur *habitus*, est conforme à l'épistémologie dominante du risque, à savoir celle réaliste telle que je l'ai brièvement évoquée précédemment. Et c'est d'ailleurs le constat posé par nombre d'analyses des différents modèles de régulation du risque : ces modèles fournis par les juristes sont très largement inspirés par une conception technoscientifique du risque qui conduit à sa régulation quasi exclusivement sur la base de l'expertise. Ainsi, les juristes se font les dociles serviteurs de la *doxa* de la prise en charge du risque distinguant le *Risk assesment* – relevant de la seule sphère scientifique – et le *Risk management* – appartenant à la sphère politique et juridique⁴⁸. Ce faisant, et j'y reviendrai en conclusion du présent texte, les juristes contribuent à sanctifier la science, soigneusement distinguée du monde politique. Or, Beck⁴⁹ et d'autres sociologues⁵⁰, prenant acte de l'inéluctable politisation de la science et du progrès technique, appellent de leurs vœux l'existence de fora hybrides réunissant scientifiques et profanes en vue de contribuer conjointement à la définition du risque. Ce que nous enseignent certains des travaux, parmi les plus stimulants menés en droit de l'environnement, est précisément la prédominance d'un paradigme instrumental dans la gestion juridique du risque qui repose largement sur une épistémologie réaliste du risque et qui se faisant renforce l'étanchéité de la frontière entre les sphères scientifique et politique⁵¹.

⁴⁶ En effet, le préfixe *lumpen* signifie, dans la tradition marxiste, « qui n'a pas conscience de sa condition ». On se souvient, en effet, que Marx qualifiait de « *lumpenprolétaires* » les prolétaires n'ayant pas (encore) développé une conscience de classe et donc, à ce titre, susceptibles d'être du côté de la bourgeoisie dans la lutte des classes par ignorance ou appât du gain. Par analogie, l'expression *lumpen*-positivistes vise donc les juristes qui n'ont pas conscience d'être positivistes et qui donc ne peuvent et/ou ne veulent qu'ignorer pourquoi ils le sont.

⁴⁷ Tout le monde connaît en effet la célèbre réplique du *Bourgeois Gentilhomme* présente à la scène IV de l'acte 2 où le héros découvre qu'il ne peut parler qu'en vers ou qu'en prose : « *par ma foi! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien, et je vous suis le plus obligé du monde de m'avoir appris cela* ». L'ensemble des pièces de Molière sont accessibles en ligne sur le site suivant : <http://www.site-moliere.com/>

⁴⁸ On lira, à ce propos, la comparaison entre le régime de régulation des OGM tel qu'il se développe aux Etats-Unis et au Canada d'une part, et celui observable en France d'autre part réalisée par Eric Montpetit et Christian Rouillard, « Culture and the Democratization of Risk Management : The Widening Biotechnology Gap Between Canada and France », *Administration & Society*, 2008, vol. 39, pp. 907-930. Ces deux auteurs montrent comment la rationalité managériale à l'œuvre en Amérique du Nord participe d'une segmentation des acteurs sociaux triés et rassemblés en autant de sphères étanches alors qu'ils observent un modèle plus intégrateur à l'œuvre en France où la gestion du risque apparaît plus démocratisée en raison de l'assemblage simultané d'acteurs divers réunis en fora de décision. Ces auteurs expliquent que le succès très contrasté des OGM au sein de ces deux pays s'explique, notamment, par cette différence qualifiée de culturelle et portant sur les modèles de régulation du risque. Sur le même sujet, voyez Joseph Murphy, Les Levidow, Susan Carr, « Regulatory Standards for Environmental Risks: Understanding the US-European Union Conflict over Genetically Modified Crops », *Social Studies of Science*, 2006, vol. 36, n° 1, pp. 133-160.

⁴⁹ Ainsi pour Beck, dans une société du risque, « *ce qui jusqu'alors était considéré comme apolitique [ainsi, la science et la technique] devient politique* » ; *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, op. cit., p. 43. Beck utilise la notion de « *subpolitique* » pour qualifier ces institutions dont la dimension politique fut et reste largement occultée. L'un des enjeux soulevés par la possibilité que nos sociétés du risque deviennent des sociétés réflexives repose précisément sur la transformation de ces espaces subpolitiques en véritables espaces démocratiques. Voyez sur ce scénario, *ibidem*, pp. 485-493.

⁵⁰ Ainsi, des personnes telles que Bruno Latour, Pierre Lascoumes ou Michel Callon ont particulièrement travaillé cette notion de « forum hybride ». Voyez Pierre Lascoumes, Michel Callon, *Information, consultation, expérimentation: les activités et les formes d'organisation au sein des forums hybrides*, Grenoble, CNRS, 1997 ; Bruno Latour, *Politiques de la nature*, Paris, La Découverte, 1999.

⁵¹ Voyez Elizabeth Fisher, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, Portland, Hart Publishing,

J'ai le vif sentiment que cette tendance « naturelle » observable chez les juristes est en quelque sorte amplifiée dans le champ spécifique du droit de l'environnement. En effet, l'environnementalisme ou encore ce que l'on appelle la modernisation écologique a revivifié, dès sa naissance dans les années 70, le paradigme réaliste dans le champ scientifique en faisant privilégier les sciences dites dures ou sciences de la nature au détriment des sciences dites humaines ou sociales (et parmi elle le droit), celles-ci devant traduire les constats posés par celles-là⁵². Bref, nous ne serions plus très loin, avec la pensée écologique, de remettre au goût du jour le vieux projet d'Auguste Comte et sa fameuse physique sociale. Comte, fondateur du positivisme scientifique⁵³, avait pour rappel l'ambition de construire une discipline relative aux faits sociaux inspirés par les sciences de la nature de l'époque. Pour Comte et tel est le cœur du positivisme en science sociale, les faits sociaux répondent à des lois posées préexistantes à leurs analyses et susceptibles d'être découvertes et systématisées à l'aide de l'observation scientifique. Un peu comme la gravité préexiste au fait que Newton reçoive, un jour, une pomme sur le tête... Sauf que depuis lors, la sociologie des sciences a montré la naïveté sinon la vacuité d'une telle conception⁵⁴. Entre temps, Werner Heisenberg, prix Nobel de physique en 1932 a d'ailleurs insisté avec force : « *la physique ne décrit pas le réel mais le savoir que nous avons sur le comportement du réel* »⁵⁵.

Enfin, un élément supplémentaire me semble digne d'être exploré en vue d'expliquer l'absence de réflexion épistémologique explicite ou plus exactement la prédominance, consciente ou non, du paradigme réaliste. Cet élément renvoie à l'importance croissante de l'analyse économique du droit. La théorie du droit est un sport de combat et sur ce ring, l'un

2007. Dans cet ouvrage, l'auteure oppose deux modèles de régulation juridique du risque et montre que le modèle reposant sur une conception réaliste du risque domine dans les théories et les pratiques auxquelles sont associés les juristes. Voyez aussi Dayna Nadine Scott, « Risk as a Technique of Governance in an Era of Biotechnological Innovation: Implications for Democratic Citizenship and Strategies of Resistance », in *Law Commission of Canada* (ed.), *Risk & Trust. Including or Excluding Citizens*, Winnipeg, Fernwood Publishing, 2007, pp. 23-56. Dans cet article, l'auteure regrette la prédominance du discours du risque conçu comme une donnée objectivable et idéologiquement neutre qui aboutit à une occultation des présupposés politiques et moraux à la base de tout travail scientifique. C'est le règne de l'expertise entre soi postulant le monopole de la gestion du risque et la prédominance de la pensée économique sur la scène environnementale que dénonce vigoureusement l'auteure.

⁵² Piet Strydom, *Risk, Environment and Society*, op. cit., p. 48.

⁵³ Comte définissait la « sociologie » comme une « *partie complémentaire de la philosophie positive naturelle qui se rapporte à l'étude positive de l'ensemble des lois fondamentales propres aux phénomènes sociaux* ». Voyez Auguste Comte, *Cours de philosophie positive. Tome quatrième contenant la partie dogmatique de la philosophie sociale*, Paris, Baillière et fils, 1869, spéc. pp. 166-208 pour la 47^e leçon. D'après le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* dirigé par André-Jean Arnaud, c'est dans cette leçon donnée en 1839 que Comte inaugure le terme « sociologie » dans la langue française ; André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd., 1993, p. 565. Comme on l'a rappelé, le positivisme scientifique ne pénétrera la discipline juridique qu'à la suite de Kelsen, soit près d'un siècle après la leçon de Comte. Cet élément illustre que le droit, en tant que discipline, présente toujours un temps de retard assez important par rapport aux sciences sociales. On pourrait multiplier les exemples : la discipline juridique vient ainsi de « découvrir » les paradigmes constructivistes ou postmodernistes alors qu'ils ont déjà été largement discutés en sciences sociales depuis plusieurs dizaines d'années...

⁵⁴ L'un des premiers postulats proposés par la sociologie des sciences consiste d'ailleurs à considérer que la question de savoir si une recherche est ou non scientifique est avant tout une question éminemment politique. Voyez à ce propos, Michael Carolan, « The Precautionary Principle and Traditional Risk Assessment. Rethinking How We Assess and Mitigate Environmental Threats », *Organization & Environment*, 2007, vol. 20, n° 1, spéc. pp. 11-13.

⁵⁵ Cité par Eric Naim-Gesbert, « Expertise scientifique et droit de l'environnement », in François Ost, Serge Gurwitch (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 69, note 139.

des poids lourds est assurément l'économiste du droit. Or, rappelons que tant la discipline juridique que l'économie, à tout le moins l'économie orthodoxe, relèvent du positivisme scientifique⁵⁶. Certes, la façon dont est mobilisé le positivisme par les juristes d'une part, les économistes d'autre part, diffère téléologiquement : alors que les premiers postulent l'élucidation du droit, les seconds poursuivent avant tout un objectif de prédiction du comportement des acteurs économiques⁵⁷. Pour l'économiste orthodoxe, les acteurs économiques répondent à des lois que la science économique permettra de découvrir et d'affiner⁵⁸. Mais la matrice épistémologique est la même ; et l'on constate un large investissement de l'analyse économique du droit dans le champ de la doctrine environnementaliste⁵⁹. Ainsi, lorsque l'on dépouille les tables de plusieurs revues – la suggestive *Law, Probability & Risk*, le *European Journal of Risk Regulation* ou le *Journal of Risk Research* –, on constate la prégnance croissante des analyses économiques du droit de l'environnement⁶⁰. Bref, l'apport de l'analyse économique du droit me semble contribuer à renforcer, cette fois de manière plus consciente, l'importance du paradigme réaliste dans la doctrine environnementaliste.

Conclusion : du droit comme objet à l'objet du droit (de l'environnement)

Ainsi se clôture ma recherche d'une appropriation par les juristes de l'épistémologie du risque telle que proposée par Ulrich Beck. Après avoir constaté l'absence *quasi* générale de cette épistémologie dans la littérature produite par la doctrine environnementaliste, j'ai essayé

⁵⁶ Voyez Avery Wiener Katz, « Positivism and the separation of law and economics », *Michigan Law Review*, 1996, vol. 94, n° 7, pp. 2229-2269.

⁵⁷ Voyez Herbert Hovenkamp, « Positivism in Law & Economics », *Californian Law Review*, 1990, vol. 78, n° 4, pp. 815-852.

⁵⁸ Ainsi, l'économiste Milton Friedman constatait que « la confusion entre l'économie positive et l'économie normative est, à certains égards, inévitable (...) Profanes comme experts sont irrémédiablement tentés de configurer leurs conclusions positives afin qu'elles correspondent plus fermement à leurs préconceptions normatives et de rejeter, par conséquent, d'autres conclusions positives dont les implications normatives apparaissent difficiles à accepter » ; cité par Avery Wiener Katz, « Positivism and the separation of law and economics », *op. cit.*, p. 2232. Ma traduction.

⁵⁹ Rappelons que, dès le départ, l'analyse économique du droit a combiné une prétention descriptive avec une dimension normative : la première visant à expliquer le droit au recours des paradigmes de la science économique, la seconde postulant son amélioration en terme d'efficacité à l'aide des mêmes présupposés. Voyez André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, v° Economique (analyse – du droit), *op. cit.*, p. 216.

⁶⁰ Ainsi, l'une des personnalités les plus influentes de l'analyse économique du droit, Richard Posner, a publié un ouvrage où il développe une analyse économique du risque : *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Sans vouloir minimiser les intérêts que peut présenter cet ouvrage, soulignons que laisse quelque peu sceptique le plaidoyer que propose l'auteur pour un usage transversal de l'analyse coûts-bénéfices à quatre risques majeurs dont il traite (risques très différents puisqu'il s'agit du risque de collision entre la terre et une astéroïde, du risque que présenterait une réaction en chaîne à la suite du choc produit par des nanoparticules à haute énergie, du bioterrorisme et, enfin, du changement climatique). En outre, le plaidoyer que propose l'auteur en vue de renforcer la formation scientifique des juristes ne fait, à mes yeux, que de contribuer à la sacralité retrouvée et à l'objectivité phantasmée des sciences de la nature. Voyez aussi et précédemment l'analyse suivante qui prenant comme point de départ une lecture critique de *La société du risque*, propose une lecture économique de la régulation environnementale : Paul Bennett, « Governing Environmental Risk: Regulation, Insurance and Moral Economy », *Progress in Human Geography*, 1999, vol. 23, n° 2, pp. 189-209. Pour une critique magistrale du modèle de l'économie classique appliqué aux questions environnementales, voyez Nicolas Bouleau, « Une pensée devenue Monde », *Esprit*, novembre 2009, pp. 130-146 et, du même auteur, *Risk and Meaning. Adversaries in Art, Science and Philosophy*, Berlin, Springer, 2011, spéc. pp. 51-64. Voyez aussi cet article qui investit le principe de précaution comme permettant une démocratisation de l'identification et de la gestion des risques à l'opposé d'une gestion coûts-bénéfices et des techniques seulement quantitatives : Andrew Sterling, « Sciences et risques : aspects théoriques et pratiques d'une approche de précaution », in Edwin Zaccai, Jean Noël Missa (dir.), *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 73-102.

d'identifier plusieurs raisons permettant d'expliquer le constat non pas tant d'une absence de toute réflexion épistémologique mais d'une prédominance du paradigme réaliste dans ces écrits. J'insiste sur l'importance du préfixe *quasi*. D'une part, ma recherche ne prétend aucunement à l'exhaustivité, exhaustivité d'ailleurs chimérique vu la prolifération quotidienne d'études et de recherches menées en droit de l'environnement⁶¹. D'autre part et surtout, j'ai pu mettre la main sur un article qui me semble pleinement intégrer l'approche mi-réaliste, mi-constructiviste d'Ulrich Beck. En effet, Dayna Nadine Scott, que j'eus la chance de rencontrer lors du colloque tenu à l'Université de Montréal les 29 et 30 septembre 2011, appréhende le risque au cœur de sa recherche sur la pollution chimique dont est victime la communauté Aamjiwnaang comme l'articulation d'une approche constructiviste – ce risque est le produit de négociation sinon de confrontation entre les intérêts de plusieurs acteurs en lutte – et d'un point de vue plus réaliste – les dommages existent, la communauté souffre nous dit l'auteure⁶².

Cette recherche illustre parfaitement la bouffée d'air méthodologique qu'une respiration épistémologique induit inéluctablement. En effet, en vue d'appriivoiser la perspective développée par Ulrich Beck sur la notion même de terme, il est manifeste que le juriste devra nécessairement abandonner sa méthodologie classique consistant en une étude formaliste des sources primaires et auxiliaires du droit de l'environnement et, partant, se frotter à la recherche empirique⁶³. Affiner et consolider l'appareil méthodologique du droit de l'environnement ne serait dès lors pas le moindre des bénéfices secondaires que présenterait une réflexion épistémologique plus aboutie dans le chef des juristes spécialisés en cette matière⁶⁴.

Cependant, sous son apparente simplicité, un tel mot d'ordre ne va pas sans soulever une question vertigineuse relative à l'objet du droit de l'environnement. En effet, lorsqu'un sociologue se propose d'étudier un risque particulier, celui-ci devient son objet d'étude qu'il lui appartiendra de construire. Or, le risque environnemental constitue-t-il l'objet d'une recherche menée par le juriste ou cet objet recouvre-t-il, en réalité, la régulation produite autour du risque étudié ? Si cette dernière vision de la discipline devait l'emporter, alors certes, la dose de constructivisme que cet article appelle de ses vœux viserait davantage la régulation que le risque que celle-ci se propose de gérer. En d'autres termes, dans ce cadre,

⁶¹ À la suite de ma présentation orale lors du colloque dont la présente revue publie les actes, un débat passionnant fut noué avec le public. Une professeure en droit de l'environnement a avancé comme explication possible à la faible occurrence du questionnement épistémologique dans la doctrine juridique environnementaliste, la difficulté de déjà se tenir à jour par rapport au développement infini du droit positif de l'environnement (droit supranational, national et infranational). Pragmatiquement, cette explication semble tout à fait fondée. Constitue-t-elle cependant un obstacle à ce point dirimant qu'elle oblitérerait toute possibilité de stopper, un temps, la boulimie documentaire qui guette tout juriste en vue de nourrir une réflexion plus fondamentale sur les enjeux épistémologiques de sa discipline ? N'étant pas moi-même un spécialiste du droit positif de l'environnement, je ne pourrai répondre définitivement à cette interrogation. Cette difficulté est du reste évoquée, déjà en 2001, par Serge Gurwitch, « Trente ans de théorie en droit de l'environnement. Concepts et opinions », *Environnement et Société*, 2001, vol. 26, pp. 5-17.

⁶² Dayna Nadine Scott, « Confronting Chronic Pollution : A Socio-Legal Analysis of Risk and Precaution », *Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper*, 23/2008, vol. 4, n° 5, spéc. p. 17. L'auteure utilise les termes « objectif » et « subjectif » ; je ne pense cependant pas trahir sa pensée en substituant à ces mots, les notions de « réalisme » et de « constructivisme ».

⁶³ Voyez par exemple l'usage (par deux non juristes) d'une épistémologie constructiviste et, corrélativement, d'une méthode empirique proposé par Javier Auyero, Debora Swistun, « The Social Production of Toxic Uncertainty », *American Sociology Review*, 2008, vol. 73, pp. 357-379.

⁶⁴ Rappelons que les lacunes méthodologiques que présentent ces juristes sont perçues comme le signe d'une immaturité persistante de la discipline environnementale. Voyez sur ce sujet, Elizabeth Fisher, Bettina Lange, Eloise Scotford, Cinnamon Carlarne, « Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship », *op. cit.*, pp. 213-250.

l'objectif de la recherche menée par le juriste constructiviste consistera à dévoiler les présupposés politiques et moraux des discours ayant présidé à l'adoption des normes juridiques étudiées⁶⁵ : le droit n'est plus posé mais est bel et bien construit.

Cet objectif diffère largement d'une autre tendance particulièrement présente dans la doctrine environnementaliste : nombreux sont les juristes spécialisés en cette matière qui ne peuvent envisager leur travail comme autre chose qu'une contribution à l'amélioration de la régulation juridique environnementale et, partant, à une meilleure protection de l'environnement. Sans doute plus que dans d'autres disciplines juridiques, la tentation sinon le besoin d'être « utile » est observable en matière environnementale. Ici, la science juridique se fait moins descriptive et assume sa normativité : il s'agit non pas de décrire un régime juridique particulier, le cas échéant en dévoilant les ressorts idéologiques le plus souvent occultés derrière le formalisme de la règle de droit ; il s'agit à l'inverse d'imaginer un meilleur régime juridique et le cas échéant une nouvelle philosophie du droit de l'environnement, de sa production et de son application. C'est au sein de cette partie de la doctrine que l'on observera, comme je l'ai évoqué précédemment, une influence quantitativement et qualitativement plus importante d'Ulrich Beck notamment. En effet, la partie plus normative de son travail – en bref, son appel à une transformation de la société du risque en une société réflexive – est régulièrement citée par les chercheurs qui s'évertuent à imaginer un nouveau paradigme en droit de l'environnement, *a fortiori* quand leurs travaux portent directement sur la gestion des risques⁶⁶. On constate d'ailleurs l'importance du terme « réflexif » dans ces travaux qui font la part belle aux perspectives développées par Habermas et Teubner⁶⁷.

Ce type de recherches que l'on rapprochera davantage de la philosophie du droit que de la sociologie du droit en raison de leur perspective normative⁶⁸ soulève une question vertigineuse et toujours non résolue sur le rôle du juriste, entre simple traducteur de la norme

⁶⁵ Voyez, dans la matière du droit de la reproduction, l'article suivant qui repose explicitement sur une approche constructiviste : Charlotte Augst, « Regulating Dangerous Futures: The German Embryo Protection Act of 1990 - Legislation in Risk Society », *Social and Legal Studies*, 2000, vol. 9, n° 2, pp. 205-226. L'article vise en effet à dévoiler les enjeux moraux – la matière s'y prête particulièrement bien – qui ont guidé le travail du législateur allemand. Il s'agit, en quelque sorte, de déconstruire le produit de l'activité législative, appréhendée ici comme un discours sur le risque.

⁶⁶ Nombreuses études portent en effet sur la comparaison des régimes de régulation du risque ; voyez entre autres Christopher Hood, Henry Rothstein, Robert Baldwin, Judith Rees, Michale Spackman, « Where Risk Society Meets the Regulatory State: Exploring Variations in Risk Regulation Regimes », *Risk Management*, 1999, vol. 1, n° 1, pp. 21-34 ; Christopher Hood, Henry Rothstein, « Risk Regulation Under Pressure: Problem Solving or Blame Shifting ? », *Administration & Society*, 2001, vol. 33, n° 1, 2001, pp. 21-53 ; Judith Jones, « Regulatory Design for Scientific Uncertainty: Acknowledging the Diversity of Approaches in Environmental Regulation and Public Administration », *Journal of Environmental Law*, 2007, vol. 19, n° 3, pp. 347-365 ; Veerle Heyvart, « Governing Climate Change: Towards a New Paradigm for Risk Regulation », *The Modern Law Review*, 2011, vol. 74, n° 6, pp. 817-844.

⁶⁷ Voyez par exemple Eric W. Orts, « A Reflexive Model of Environmental Regulation », *Business Ethics Quarterly*, 1995, vol. 5, n° 4, pp. 779-794 ; Marius Aalder, Ton Wilthagen, « Moving Beyond Command-and-Control: Reflexivity in the Regulation of Occupational Safety and Health and the Environment », *Law & Policy*, 1997, vol. 19, n° 4, pp. 415-443 ; John Paterson, « Trans-Science, Trans-Law and Proceduralization », *Social & Legal Studies*, 2003, vol. 12, n° 4, pp. 525-545 ; Mark Stallworthy, « Environmental Justice Imperatives for an Era of Climate Change », *Journal of Law and Society*, 2009, vol. 36, n° 1, pp. 55-74. Voyez aussi pour une présentation d'un droit réflexif appliqué à la gestion des nuisances sonores aéroportuaires, Julien Pieret, « Du bruit des avions au silence de la loi », *Pyramides*, 2008/1, n° 15, pp. 9-49. On notera cependant que, derrière un vocabulaire commun – droit réflexif, droit procédural –, ces auteurs envisagent des modèles qui ne sont pas pleinement comparables.

⁶⁸ En effet, la différence majeure entre une approche philosophique et un travail sociologique est que ce dernier doit respecter une neutralité axiologique alors que le parti pris axiologique est le cœur même de la philosophie. Voyez comment Olivier Corten pose ce critère, parmi d'autres, pour distinguer ces deux approches du droit, « Eléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et Société*, 1998, n° 39, pp. 347-370.

juridique ou des modèles qui la sous-tendent et l'acteur qui contribue directement ou indirectement à l'élaboration de cette norme et de ces modèles...

Loin de moi l'idée de prétendre résoudre ce débat dans les dernières lignes de cette conclusion...⁶⁹ Simplement, la prolifération de ce type de travaux me permet d'aborder deux questions. La première, somme toute assez classique, consiste à prendre la mesure du décalage entre la popularité de ces études et leur faible impact dans la pratique : tout se passe comme si l'incidence concrète des options faisant la part belle à la participation du public ou à une perspective procédurale du droit de l'environnement était inversement proportionnelle à l'intérêt que les chercheurs leur portent⁷⁰. La seconde nous ramène à la critique du progrès scientifique évoquée précédemment et qui constitue l'un des socles des travaux d'Ulrich Beck en particulier, de la sociologie du risque en général. En effet, les travaux menés en vue d'identifier sinon de construire de toute pièce de nouveaux modèles de régulation juridique du risque prennent la plupart du temps comme point de départ de la réflexion ce que l'on appelle joliment « *le paradoxe de l'incertitude* », autrement dit le constat selon lequel plus de connaissances sur le risque aboutit à identifier davantage de risques encore ou, en d'autres termes, l'idée selon laquelle la science et la technique sont sans cesse mobilisées pour identifier et gérer les risques alors même qu'elles ont régulièrement montré leurs limites par rapport à cet objectif⁷¹.

Cette dernière interrogation nous renvoie donc à l'une des clefs de cette introduction : quel statut pour la science dans la gestion des risques ou, plus finement, quel type de relation entre les sciences dites dures et la discipline juridique⁷² ? Je l'ai dit : la prédominance consciente ou inconscientisée de l'épistémologie réaliste dans la doctrine juridique contribue à sacraliser une science dont l'objectivité n'est pas discutée dans le cadre de cette épistémologie qui renforce l'étanchéité des sphères scientifique (le *Risk assesment*) et politico-juridique (le *Risk management*). À de nombreuses reprises, je fus frappé lors de discussions informelles avec des collègues juristes dont le champ de recherche est généralement saturé de risques (ainsi, le droit de l'environnement mais également le droit de la santé) de constater à quel point, sous couvert d'une interdisciplinarité assez mal comprise⁷³, ces collègues manifestaient leur dépendance à l'égard des recherches menées par les sciences de la nature. « Nous avons besoin des constats posés par les climatologues, les épidémiologues, les biologistes marins » ou que sais-je encore « car la régulation qui sera *in fine* adoptée et sur laquelle nous

⁶⁹ Sur ce sujet, on pourra lire Etienne Picard, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 119-171. Pour l'anecdote, on constatera que l'explication sous le v° doctrine du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* dirigé par André-Jean Arnaud refuse à celle-ci le statut de source du droit alors qu'au sein du même dictionnaire, le passage sous le v° sources du droit admet, au contraire, que la doctrine fasse partie des sources du droit. Voyez André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., resp. p. 187 et pp. 577-579.

⁷⁰ Voyez Elizabeth Fisher, « Drowning by numbers: standard setting in risk regulation and the pursuit of accountable public administration », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, vol. 20, n° 1, spéc. p. 127.

⁷¹ Ce « paradoxe de l'incertitude » est exploré par l'article suivant : Marjolein van Asselt, Ellen Vos, « Wrestling with Uncertain Risks: EU Regulation of GMOs and the Uncertainty Paradox », *Journal of Risk Research*, 2008, vol. 11, n° 1-2, pp. 281-300.

⁷² Sur ce sujet, voyez l'ouvrage d'Eric Naim-Gesbert précité à la note 36.

⁷³ Dans ce cas, il me paraît difficile de parler d'interdisciplinarité dès l'instant où, rigoureusement comprise, celle-ci se propose d'analyser un même objet d'étude sous l'angle simultané de plusieurs paradigmes disciplinaires en dialogue (voyez sur ce point, François Ost, Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 471). Or, dans ce cas, nous assistons non pas à un dialogue mais plutôt à une séquence : premièrement, le scientifique pose ses constats sur un risque particulier ; deuxièmement, le juriste tient compte de ces constats (qu'il n'aurait sans doute pas l'audace de remettre en cause) pour réfléchir au régime de régulation le plus adéquat.

travaillons ne fera que retranscrire en termes juridiques les résultats scientifiques » est l'un des leitmotivs les plus fréquemment rencontrés parmi ces juristes. Ainsi, outre qu'elle témoigne au mieux d'une modestie dans le chef de professionnels plutôt réputés pour leur arrogance, au pire à une dé-responsabilisation du juriste qui pourra toujours expliquer les failles de la régulation proposée en aval par les failles que présentent en amont les constats scientifiques, cette attitude me semble anachroniquement procéder d'une vision idéalisée de la science et de la technique ainsi soigneusement préservée des enjeux idéologiques sous-jacents à n'importe quelle démarche réglementaire. Précisément, tout se passe comme si l'objectif était d'occulter ces enjeux en pariant sur la contagion, au sein de l'activité juridique, de la neutralité postulée des constats scientifiques. Or, et tel est l'apport majeur d'une épistémologie du risque qui intégrerait une perspective constructiviste, ni le risque, ni la science ou la technique qui le « découvre », ni même bien entendu le régime juridique qu'on lui accolera ne sont neutres⁷⁴. Puisse cette contribution modestement contribuer à distiller cette idée pourtant toute simple parmi la doctrine environnementaliste positiviste malheureusement trop rarement familiarisée aux enjeux épistémologiques que soulève leur discipline.

⁷⁴ Insistons une dernière fois : « *le risque n'est jamais techniquement neutre. Il s'agit toujours d'un mode moralisé de gouvernement et ses fondations morales devraient être rendues explicites* » ; Pat O'Malley, « The Uncertain Promise of Risk », *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2004, vol. 37, n° 3, p. 326. Ma traduction. Sur la dimension politique de la science et du progrès technique, voyez l'article suivant qui montre comment la gestion des risques et corrélativement le rôle assigné à la science sont le produit de luttes idéologiques (l'auteur analyse en l'espèce le rôle de la nouvelle droite anglaise dans ce domaine) : George Taylor, « The Reconfiguration of Risk in the British State », *Public Policy and Administration*, 2009, vol. 24, n° 4, pp. 379-398.