

Gestion du risque et confiance dans les discours scientifiques

Analyse située critique de la réception juridique de données scientifiques

Prom. Olivier De Schutter & Christine Frison

Pierre Walckiers, aspirant F.R.S.-FNRS au centre de philosophie du droit (CPDR) de l'UCLouvain

Dépasser les bornes 2.0.

Confiance et risque : les deux faces d'une même pièce ?

13 octobre 2023 – Liège Université Cité



Introduction

➤ **Question de recherche** : Quels sont les rôles, les fonctions, et les risques liés à l'utilisation d'un argument scientifique en tant qu'argument politico-juridique ?

1. Philosophie du droit :

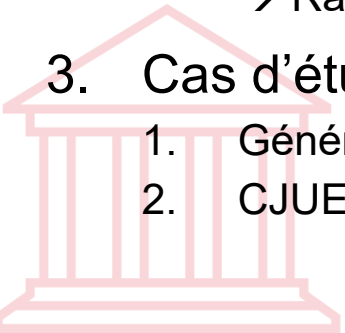
- Le **dualisme** nature/politique dans le **droit naturel/droit positif**.
- Dualisme **épistocratique** dans les approches juridiques contemporaines.

2. Philosophie des sciences :

- Distinction entre les discours de la « **science moderne** » vs. la « **science en action** » (Latour 2006, Stengers 2017).
- Attention aux problèmes « **hybrides** » d'une société du risque (Beck 1992, Wathemore 2002).
 - Confiance en la science nécessaire.
 - Rapports entre **science et autorité** (Haraway 2018, Foucault 2012, Angenot 2013).

3. Cas d'études sur la confiance en la science :

1. Général : état des lieux dans la jurisprudence belge et européenne (revue de la littérature).
2. CJUE < principe de précaution < droit agro-alimentaire (recherche actuelle).



1. Philosophie du droit – ontologie dualiste et épistocratie

Le positivisme juridique et le droit naturel s'opposent sur les méthodes, mais partagent une **ontologie dualiste**.

➤ **Dans le droit naturel :**

La nature (ou la science) comme un *arrière-monde* immanent et normatif dans le droit naturel :

« Certains auteurs admettent cependant qu'il existe, au-dessus des lois, un droit naturel, dont la connaissance est accessible à la raison humaine et qui contient des principes de justice gouvernant ces questions [immanent]. Cette philosophie du droit aura d'ailleurs une dimension normative et recommandera au législateur d'adopter les règles conformes aux principes de justice qu'elle estimera avoir dégagés [normatif] » (Troper 2006, 6).

La nature hors humanité, d'une « commode plasticité » pour défendre des positions éthico-morales (Viala 2010).

➤ **Dans le positivisme juridique :**

Le positivisme juridique évalue la validité du droit formellement, indépendamment de son contenu. Séparation (stricte) entre loi et morale.

- Positivisme philosophique : science empirique sur les objets positifs >< métaphysique. → Dualiste.
- Positivisme sociologique : la création de la loi selon les préceptes de la sciences (Amselek 1994).

1. Philosophie du droit – ontologie dualiste et épistocratie

➤ Dans ce dualisme, le discours scientifique comme justification épistocratique :

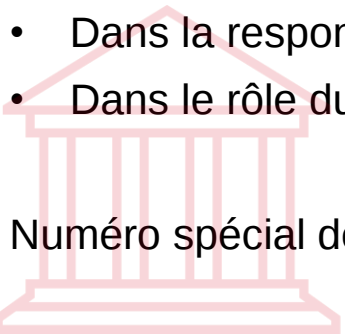
- Utiliser les sciences et la neutralité technique pour justifier des politiques (Landemore 2013).
- Exemples de justification épistocratique dans la gouvernance européenne, ou la coopération internationale (Favre 2021)
 - Les OI créeront leurs propres connaissances afin de justifier leurs politiques : les vocabulaires de contrainte sont cognitifs plutôt que normatifs (Koskeniemi 2011).



➤ Utilisation d'arguments scientifiques de manière épistocratique, quelques analyses en France :

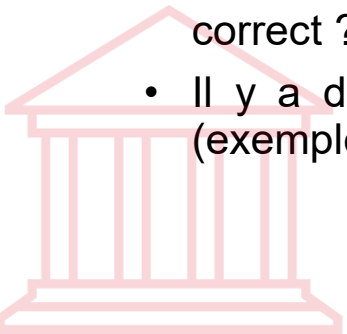
- Dans le droit animalier (Marguénaud 2023)
- Dans la responsabilité médicale (Véron 2023)
- Dans la responsabilité environnementale (Bétaille 2023)
- Dans le rôle du Conseil scientifique et du Conseil de Défense sanitaire (Desmoulin 2023).

Numéro spécial de *La Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 2, 2023.



2. Philosophie des sciences – pluralisme de vérités

- Choix d'une **vérité en construction** (une vérité politique) :
 - Pluralisme de vérités, science en action, etc., vs. une vérité platonicienne (dualiste).
 - Dépasse le dualisme, les hybrides, contextualise le laboratoire et remets les sciences dans leurs contextes.
- Approche sous l'angle des **régimes de vérité** :
 - Corpus de règles et d'obligations qui déterminent les individus quant aux procédures qu'ils doivent suivre pour accéder à une vérité (Foucault 1980).
 - Articulations des régimes de vérité : les hybrides entre deux régimes de vérités, entre deux modes d'existence.
- Étude des **modes d'existence** et des **contraintes** des disciplines (Latour 2004, Stengers 2022) :
 - Pour le droit : quels sont les codes de conduites et les règles pour qu'un raisonnement soit juridiquement correct ?
 - Il y a des « erreurs de catégories » lorsqu'on confond les rôles et fonctions des disciplines distinctes (exemple : utiliser la science pour faire du droit) (Gutwirth & Van Dijk 2021).



2. Philosophie des sciences – pluralisme de vérités

Plaidoyer pour un mandat épistémique (de l'autorité à la confiance) :

- Approche **inclusive des sciences** : intelligence publique, *matters of fact* et *matters of concern* (Latour 2004, Stengers 2017).
- Mécanismes pour avoir regagner cette confiance : **Parlement des choses, forums hybrides, savoirs situés**, etc.
- Mandat : révocable (pas autoritaire) ; condition de forme (transparence, positionnement, financement) et de fond (éviter les risques d'incertitudes et de biais) pour parler au nom des sciences.

« *Le scientifique naturaliste [...] est une figure malheureuse, contrainte à la fois de disparaître sans corps derrière son Savoir, ou d'avoir une âme, une voix et une place, mais au risque de perdre son autorité.* »

« *Par contraste, les scientifiques terrestres sont des créatures incarnées. Ils forment un peuple. Ils ont des ennemis. Ils appartiennent au territoire dessiné par leurs instruments. Leur savoir s'étend aussi loin que leur capacité à financer, à contrôler, à maintenir les détecteurs qui rendent visibles les conséquences de leurs actions. Ils n'ont pas de scrupules à avouer le drame existentiel dans lequel ils sont engagés. Ils osent dire combien ils ont peur et, de leur point de vue, un tel effroi augmente plutôt qu'il ne diminue la qualité de leur science. [...]. Libérés de la terrible obligation d'être les prêtres d'une divinité en laquelle ils ne croient pas, ils pourraient presque dire fièrement : "Nous sommes de Gaïa" » (Latour 2015, 209)*

3. Illustration - général - réponses juridiques variables (1)

Utilisation d'arguments scientifiques par la Cour constitutionnelle belge (Popelier & De Jaegere 2016).

- La Cour constitutionnelle belge recourt rarement à des données scientifiques (2,25 % des arrêts pour 1985 - 2015).
- Marge d'appréciation plus élevée cas de divergences scientifiques.

Lorsque la Cour utilise les arguments scientifiques :

- La Cour évite de s'engager dans des débats scientifiques approfondis.
- Utilisation pour soutenir le choix du législateur (présomption de rationalité du législateur).
- Utilisation accrue dans les situations politiquement sensibles.
 - Possible utilisation instrumentale de la science pour dépolitiser les questions controversées.

Cela concerne des cas principalement techniques (fiscalité, urbanisme, environnement, énergie, etc.) mais aussi dans des questions politiques et sociales.

Tentative d'explication:

- Composition de la Cour – manque de formation scientifique.
- L'influence de la procédure législative (*Evidence based judicial reflex*) (Alemano 2013).
- Contexte politique fédéral : droit continental vs. *common law*, cabinets ministériels vs. administration, etc.

3. Illustration - général - réponses juridiques variables (2)

Utilisation d'arguments scientifiques par la Cour de Justice (Sibony & de La Serre 2008 ; Brosset 2011)

- Large marge d'appréciation de la Cour dans les affaires techniques, avec la discrétion pour ajouter ses propres connaissances.
- Système hybride : **expertise « neutre » désignée par le tribunal** (tradition continentale) et **les expertises « partisans »** (tradition de *common law*) (Sibony & De la serre 2008)
 - **Mais peu d'usage systématique de l'expertise « neutre »**, notamment car conditions substantielles strictes (1), évaluation de la nécessité par la Cour (2), crainte de l'allongement de la procédure (3), mais surtout préservation de ses prérogatives (4).
Exemples (25 cas en 2008): lorsque les informations sont contradictoires où très techniques.
 - **Usages des expertises partisans plus fréquentes**, avec une forte influence sur les décisions de la Cour, malgré que cela ne lie pas la Cour. Pas de statut clair (vs le critère Daubert aux USA).

Conclusion: l'argument scientifique est peu utilisé de l'initiative de la Cour (Navel 2023):

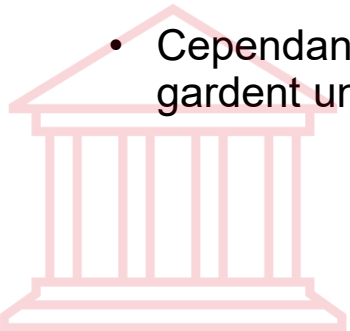
- Raisons structurelles (*supra*).
- La Cour favorise sa propre connaissance (rappel de sa Jurisprudence) ou les données fournies par les actes de l'Union.
- Utilisation sélective stratégique : La Cour va valider les données fournies par la Commission ou dans l'acte de droit de l'UE, maintenant une cohérence législative et scientifique (Navel 2023) → exemple *infa*.

3. Illustration spécifique < principe de précaution

Définition : Le principe de précaution est un principe d'action qui, dans un contexte de risque et d'incertitude pour la santé humaine, animale et environnementale, impose aux décideurs d'agir pour prévenir ce risque, même en l'absence de certitudes scientifiques (Donati 2021).

➤ Cela ne fait pas dépendre le droit de la science !

- TFUE, art. 191(2): « [la] politique de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevée en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ».
- L'article 191, paragraphe 2 du TFUE énonce le principe de précaution, mais ne le définit pas. Critique d'un droit mou...
- La CJUE a établi le principe de précaution comme PGD de l'UE, comme un principe juridiquement contraignant (CJUE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, C- 180/96).
- Cependant le principe de précaution est souvent appliqué de manière **procédurale**, et les pouvoirs publics gardent une large marge d'appréciation (*infra*).



3. Illustration spécifique < principe de précaution

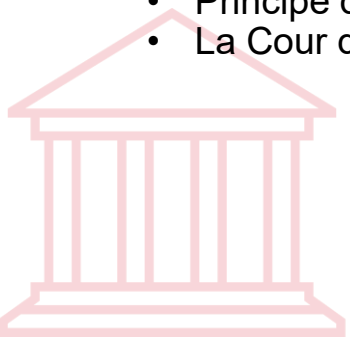
➤ Obligation d'**anticipation d'un risque** (même incertain).

- Evaluation du risque :
 - Cela comprend la prise en compte des résultats des expertises scientifiques, une évaluation équitable des données scientifiques, et une balance des intérêts en jeu.
- Le principe de précaution s'applique même en l'absence d'une démonstration complète du risque.
- Une fois le risque identifié, le principe de précaution impose aux autorités d'agir de manière préventive.
- Les caractéristiques du risque comprennent sa réalité scientifique et son impact social.



➤ Obligation de l'action pour **prévenir de ce risque** (Donati 2021).

- Principe de proportionnalité :
 - Les coûts et bénéfices des actions doivent être calculés, et le principe de proportionnalité doit être appliqué.
- Grande marge d'appréciation:
 - Les modalités de l'évaluation restent largement à la discrétion des décideurs.
 - Principe de nécessité et de proportionnalité
 - La Cour de Justice se concentre sur l'aspect procédural.



3. Illustration spécifique < ... précaution < pesticides

- CJUE, 6 mai 2021 *Bayer CropScience AG et Bayer AG c. Commission* :
 - Confirme la large marge de manœuvre de la Commission dans l'application du principe de précaution.
 - Interdiction par la Commission justifiée par le principe de précaution (§136).
- CJUE, 19 janvier 2023 *Pesticide Action Network Europe ASBL c. Belgique* :
 - Contexte d'interdiction des substances actives des pesticides
 - Certitude scientifique dans la législation européenne (§52).
 - Application plus stricte du principe de précaution + niveau élevé de protection (§48).
 - Primauté de la protection de la santé humaine, animale et environnementale sur l'objectif de la production végétale (§48)
 - Proportionnalité et démonstration d'absence de risque (§49)
 - Cependant, l'application de cette "primauté" dépendra de sa consolidation jurisprudentielle dans des cas moins favorables.



52 *En effet, ainsi qu'il est énoncé au considérant 6 du règlement d'exécution 2018/784, l'Autorité européenne de sécurité des aliments a notamment constaté que, pour la plupart des cultures, les abeilles couraient des risques aigus élevés et des risques chroniques élevés en raison de l'utilisation de produits phytopharmaceutiques contenant la substance active clothianidine, en particulier par l'exposition à la poussière et par la consommation de résidus présents dans des pollen et nectar contaminés. Le considérant 13 du règlement d'exécution 2018/785 souligne également les risques pour les abeilles provenant des semences traitées à l'aide de produits phytopharmaceutiques contenant du thiaméthoxame. (CJUE, 19 janvier 2023).*

3. Illustration spécifique < ...precaution < OGM

- Contexte: les NGT et la directive 2001/18/CE sur les OGM.
- CJUE, 25 juillet 2018, *Confédération paysanne*, C 528/16.
 - NGT pas exempté des obligations OGM.
 - Application du principe de précaution : seules les techniques considérées comme sûres et utilisées depuis longtemps doivent être exemptées §§46-51.
 - Critique du jugement : « absurde » et « non scientifique » (VIB 2018 ; Eusage 2018 ; ALLEA 2020; Gutwirth & Van Dijk 2021).
- Étude de la Commission sur les NGT et la réglementation OGM (COM 2019) :
 - Les NGT contribuent aux objectifs de durabilité agroalimentaire de l'UE, cadre législatif inadéquat, nécessité d'adaptation au progrès scientifique.
- Proposition de règlement sur les NGT (COM 2023) :
 - Exempter les NGT (de catégorie 1) des obligations OGM.
 - Utilisation par la Commission d'études scientifiques (COM 2019, EFSA, JRC) pour justifier le Règlement.
 - C. Burry représentant la Commission : différences biologiques avec les OGM, politique fondée sur la science, compétitivité du marché de l'UE (Burry 2023).



3. Illustration spécifique < ...precaution < OGM

European Commission, NGT Regulation proposal and Q&As (COM 2023):

- “New genomic techniques allow us to do exactly the same [i.e. conventional breeding], but faster and with more precision” (NGT proposal, 1, recital 2);
- “The Commission has relied on EU-level scientific advisory bodies. Safety issues have been thoroughly addressed by the European Food Safety Authority, [and the Commission's Joint Research Centre]” (NGT proposal, pp. 1-2);
- “The 2021 Commission study concluded that the current rules – mainly the existing GMO legislation - lags behind scientific and technological progress” (NGT proposal, 4, recital 7);
- This proposal is necessary considering the “current challenges in the agri-food system. Climate change and biodiversity loss have put the focus on long-term resilience of the food chain and the need to transition to more sustainable agriculture and food systems” (NGT proposal, 2);
- “The European Green Deal Farm to Fork Strategy specifically identifies new techniques, including biotechnology, that are safe for consumers and the environment and bring benefits to society as a whole, as a possible tool to increase sustainability of agri-food systems and contribute to guaranteeing food security” (ibidem) (emphasis added).

European Commission – Measures affecting the approval and marketing of biotech products (DS291, DS292, DS293). Comments by the European Communities on the scientific and technical advice to the Panel, January 28, 2005 (de Beer 2019).

- La Commission « a pris très au sérieux sa tâche consistant à apporter des commentaires fondés sur des recherches scientifiques, et s'est appuyée sur les données scientifiques disponibles les plus récentes. » (introduction).
- Il en ressort qu'il existe de « larges zones d'incertitudes scientifiques » (§31), « certains aspects n'ont pas encore été étudiés du tout » (§32).
- « Il est frappant de voir les experts confirmer que l'on savait si peu de choses sur tant de questions pertinentes [...] Les avancées réalisées par les experts comprennent l'identification de risques et d'impacts jusque-là insoupçonnée [...]. » (§33).
- « [...] Il convient de noter les désaccords considérables qui existent entre les experts ou avec les scientifiques indépendants. Cette situation révèle clairement l'absence de consensus dans les cercles scientifiques sur les questions en jeu dans ce domaine » (§36).
- « [...] Cependant, en l'absence de données sur l'exposition aux OGM en relation avec des maladies chroniques communes, telles que les allergies et les cancers, il n'existe tout simplement aucun moyen d'établir si l'introduction de produits OGM a eu [des] effets sur la santé humaine » (§45).
- « Les informations réclamées et fournies par l'entreprise [à propos du maïs Bt11] sont douteuses, peu abondantes, [...], et ne sont pas convaincantes. [...] » (§762)..

Conclusion

- **Question de recherche** : Quels sont les rôles, les fonctions et les risques liés à l'utilisation d'un argument scientifique en tant qu'argument politico-juridique ?

Philosophie du droit :

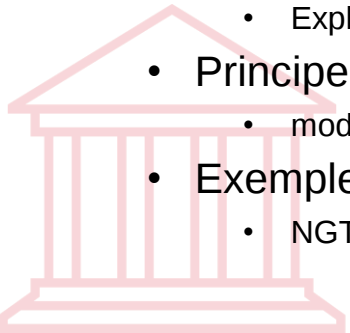
- Les sciences entre jusnaturalisme et positivisme juridique, critiques du dualisme.

Philosophie des sciences :

- Critiques des sciences dualistes, approche constructive, mandat épistémique (confiance).
- Besoin d'un nouvel agenda en étude des sciences ? (Mansfield et al. 2023)

Cas d'études:

- État des lieux dans la jurisprudence belge et européenne :
 - Peu d'utilisation des sciences de l'initiative de la Cour (>< expertise partisane).
 - Explication : culture ou fierté judiciaire, stratégie,... mais pas d'approche critique des sciences.
- Principe de précaution :
 - mode d'action du droit, sans être dépendant du mode d'action des sciences.
- Exemple d'instrumentalisation :
 - NGT et OGM : d'un jugement « non scientifique », à un processus législatif basé sur la science ?



Bibliographie

AMSELEK, P., *Théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France - PUF, 1 janvier 1994.

BEER, D. de, « OGM : risque et pic et kolegram, faites vos droits, rien ne va plus ! », in Y. CARTUYVELS (éd.), *Les ambivalences du risque : Regards croisés en sciences sociales*, Travaux et recherches, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 28 mai 2019, pp. 405-419.

BECK, U., *Risk Society: Towards a New Modernity*, London; Newbury Park, Calif, SAGE Publications Ltd, 10 août 1992.

FOUCAULT, M., *Leçons sur la volonté de savoir. Cours au Collège de France. 1970-1971 suivi de le savoir d'Oedipe*, Paris, Gallimard, 2011.

FOUCAULT, M., *Du Gouvernement des vivants. Cours au Collège de France*, Paris, SEUIL, 8 novembre 2012.

HARAWAY, D.J., *Modest_Witness@Second_Millennium*, 2^e éd., New York, Routledge, 2018.

KOSKENNIEMI, M., *The Politics of International Law*, s.l., Hart Publishing, 2011.

LANDEMORE, H., *Democratic Reason: Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, s.l., Princeton University Press, 2013.

LATOUR, B., *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2004.

LATOUR, B., *Changer de société, refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte, 2006.

TROPER, M., *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2006, disponible sur <https://www.cairn.info/la-philosophie-du-droit--9782130551027.htm>.

VIALA, A., *Philosophie du droit*, Paris, ELLIPSES, 2010.

VIALA, A., *Demain, l'épistocratie ?*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare Martin, 31 mars 2022.

BÉTAILLE, J., « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *La Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2023, vol. 2.

BROSSET, E., « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris, 2011.

DESMOULINS, T., « Le rôle du Conseil scientifique et du Conseil de défense sanitaire dans la gestion étatique de la crise sanitaire », *Revue du droit public*, 2023, vol. 2.

ESTLUND, D., « Why Not Epistocracy? », in *Desire, Identity and Existence: Essays in honor of T.M. Penner*, Kelowna, B.C., Canada, 2012.

FAVRE, J., « Épistocratie et droit global », in *Demain, l'épistocratie?*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 113.

GUTWIRTH, S. et VAN DIJK, N., « Judging New Plant Modification Techniques: Law, Science,

Innovation and Cosmopolitics », *Revue juridique de l'environnement*, 2020, vol. 45, n° 1, pp. 123-145.

MARGUÉNAUD, J.-P., « L'argument scientifique dans l'élaboration des normes juridiques: l'exemple du droit animalier », *La Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2023, vol. 2.

NAVEL, L., « L'argument scientifique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue du droit public*, mars 2023, vol. 2.

POPELIER, P. et DE JAEGERE, J., « Wetenschappelijk bewijs voor wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een empirische analyse en een zoektocht naar verklaringen », *Tijdschrift voor Wetgeving*, 2016, vol. 4, pp. 285-302.

SIBONY, A.-L. et DE LA SERRE, E.B., « Expert evidence before the EC courts », *Common Market Law Review*, août 2008, vol. 45, pp. 941-985.

STENGERS, I., « 4. Contraintes », in *Cosmopolitiques*, Les Empêcheurs de penser en rond, Paris, La Découverte, 2022, pp. 59-70, disponible sur <https://www.cairn.info/cosmopolitiques--9782359252224-p-59.htm> (Consulté le 6 octobre 2023).

VÉRON, P., « Les données acquises de la science et leur application dans le temps par le juge dans le contentieux de la responsabilité médicale », *La Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2023, vol. 2.

VIALA, A., « Propos introductif : pour un usage raisonnable de l'argument scientifique », *Revue du droit public*, 2023, vol. 2.

WALCKIERS, P., « The use of scientific arguments as a mode of justification. What place does it have in politics and law? A case study of EU GMO regulation », *De Europa*, Six selected Master's theses by College of Europe students, 2023, disponible sur <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:272904> (Consulté le 11 avril 2023).

ALEMANNO, A., « The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov's Semiprocedural Review », 29 novembre 2013, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=2361410> (Consulté le 15 mai 2023).

DONATI, A., « The Precautionary Principle under European Union Law », 27 février 2021, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=4019181> (Consulté le 7 mars 2023).

MARTIN HÄUSLING, *Recording of event « Patents and new genomic techniques: Do not risk the future of our seeds! »*, 11 juillet 2023, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=X0s1zar9INA> (Consulté le 25 juillet 2023).

