



HAL
open science

Le slogan sécuritaire

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Le slogan sécuritaire. La revue du notariat / rédigée avec la collaboration des notaires et sous la haute direction de la Chambre des notaires de la Province de Québec, 2008, 110 (2), pp.715-727. 10.7202/1045559ar . hal-02504567

HAL Id: hal-02504567

<https://hal.science/hal-02504567v1>

Submitted on 17 Mar 2023

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

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



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

LE SLOGAN SÉCURITAIRE : RAPPORT FINAL DU X^E CONGRÈS DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Michel BOUDOT

Volume 110, numéro 2, septembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045559ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045559ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOUDOT, M. (2008). LE SLOGAN SÉCURITAIRE : RAPPORT FINAL DU X^E CONGRÈS DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE. *Revue du notariat*, 110(2), 715–727.
<https://doi.org/10.7202/1045559ar>

**LE SLOGAN SÉCURITAIRE :
RAPPORT FINAL DU X^E CONGRÈS
DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE
DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE**

Michel BOUDOT*

I. ÉCHANTILLONS DE SÉCURITÉ JURIDIQUE	718
II. EXPERTISE DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE	722
III. CONTRE-EXPERTISE DU SLOGAN SÉCURITAIRE	726

* Maître de conférences à la Faculté de droit de Poitiers. Équipe de recherches en droit privé (EA 1230).

Le succès de ce X^e Congrès aura été de montrer que l'amphibologie dont témoigne la « sécurité juridique » ne tient pas seulement à ses difficultés d'être traduite d'une langue à une autre mais dans toute sa profondeur, aux apories qui en gouvernent l'expression conceptuelle. Une notion pour le moins *fuyante*¹, *en quête de sens*², *difficile à appréhender*³, un concept qui vient au soutien de la clarté et qui en manque lui-même⁴, *un concept multiforme*⁵, une *illusion conceptuelle*⁶ ; les différents contributeurs du congrès auront tous insisté sur la polyvocité des termes de *sécurité juridique*, « *legal certainty* », « *certezza del diritto* » ou « *segurança jurídica* », autant que sur la polyphonie de leur emploi. L'expression réfère tour à tour à la prévisibilité du droit, à sa certitude, à sa simplicité, ou à son accessibilité, à la justice et à l'équité, à la nécessité et à l'obéissance de la règle ; autant de contenus variables et de profils ambigus. Cela tient en partie au fait, nous a-t-on savamment expliqué, que les différentes perspectives qui partagent la philosophie du droit font résonner de manières diverses les mots de « sécurité » et de « droit »⁷, et l'écho de la sécurité juridique dépend de son domaine d'application. Public et privé, contrats, propriété ou famille⁸, dans le détail, les visages de la sécurité juridique se dévoilent sous la forme de principes, de propositions, d'incantations ou plus péremptoirement sous la forme de slogans sécuritaires ; le recours au principe de sécurité juridique annonce l'utilisation de contenants rhétoriques et de prescriptions politiques masquées dont les contenus sont multiples et

-
1. Franck HAID, *Les notions indéterminées dans la loi*, Thèse, Aix-en-Provence, 2005 [PUAM 2008], n° 90, p. 141.
 2. Jérémie VAN MEERBEECK, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence communautaire : un principe en quête de sens », cette revue, p. 497.
 3. Sylvia CALMES, « Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français », cette revue, p. 287.
 4. Sébastien ROBBE, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », cette revue, p. 337.
 5. Roseline MARILLER, « La sécurité juridique : un concept européen multiforme », cette revue, p. 463.
 6. Serge MORARD, « La sécurité juridique en droit public français, une illusion conceptuelle ? », cette revue, p. 409.
 7. Hugo CYR, « La contemplation et trois métaphores constitutives du droit », communication orale.
 8. Anne-Marie SAVARD, « Sécurité juridique et droit québécois de la filiation : d'un souci d'ordre collectif à une insouciance d'ordre individuel », communication orale.

contradictaires. Qu'est-ce qui se cache sous le palimpseste de la « sécurité juridique » ?

Confronté à la diversité des usages du concept de *sécurité juridique*, il faut bien avouer un certain embarras. Au moins, faut-il parvenir à comprendre le discours qui en use, voire en abuse. Que contient le message sécuritaire ? À qui est-il adressé ? Qui en sont les auteurs ? À quoi sert la *sécurité juridique* ? Pour répondre à cette quadruple interrogation, je m'efforcerai de ne pas perdre de vue que le but avoué de la méthodologie juridique est de guider le législateur vers l'utilisation des concepts qu'elle élabore, et qu'elle consiste en un discours politiquement neutralisé qui permet à la doctrine de s'immiscer dans le débat politique au moyen de concepts structurants⁹. Le professeur Bergel nous a d'emblée mis sur la voie d'une dichotomie conceptuelle : sécurité objective (du droit) *versus* sécurité subjective (des droits). Deux sécurités qui sont antinomiques et paradoxales¹⁰. Cette première division binaire fait écho à une seconde énoncée cette fois au moyen de l'antonyme honni : l'insécurité juridique est d'un côté celle qui naît de l'instabilité économique¹¹, d'un autre celle qui suit l'instabilité des normes¹².

Après avoir prélevé quelques échantillons, je rendrai compte dans ce rapport final des expertises et contre-expertises menées par les congressistes.

I. ÉCHANTILLONS DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

Primo, dans le sillage de Paul Roubier qui voyait dans l'impératif de sécurité une légitime aspiration des systèmes juridiques, on aura entendu que *l'excès de droit brouille la sécurité*, ou selon la formule de l'auteur du *Droit transitoire* que *la sécurité est la fin ultime*

9. Michel BOUDOT, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », dans Jean-Yves CHÉROT (dir.), *La question du point de vue interne dans la science du droit*, Rev. Interdiscipl. d'Études Juridiques 2007.59.35.

10. Patricia POPELIER, « Des paradoxes concernant le principe de la sécurité juridique comme principe de bonne législation », communication orale.

11. Élise CHARPENTIER, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle : l'exemple de la lésion en droit québécois », cette revue, p. 545.

12. Jean-Yves CHÉROT, « Jurisprudence en droit privé français et exigences de sécurité juridique », cette revue, p. 665 ; Marzena KORDELA, « The Principle of Legal Certainty as a Fundamental Element of the Formal Concept of the Rule of Law », cette revue, p. 587.

*du droit et son mode de réalisation*¹³. Ce congrès de méthodologie juridique a donc situé d'emblée la simplification et la connaissance des règles positives au rang des réquisits fondamentaux d'un état démocratique, quand *la trop grande complexité du droit met en péril la sécurité juridique et la nécessaire garantie des droits*. Même si finalement elle ne s'annoncerait que comme un vœu pieux, le professeur Bergel aura porté la sécurité sur le terrain d'une réflexion où l'élaboration des règles positives doit observer une discipline méthodologique et où la certitude du droit et sa prévisibilité dépendent de la capacité des sujets à en connaître¹⁴.

En ce sens, la prescription est formulée à l'adresse de ceux qui font la loi, « [l]e législateur et le juge doivent observer l'impératif de sécurité juridique ». Il s'agit là d'un principe politique de gouvernement faisant entrer prévisibilité des normes et stabilité des situations individuelles dans le champ du droit, au travers du principe de confiance légitime¹⁵, ou comme principe d'une bonne législation¹⁶. Reste que si la règle de droit sûre est celle qui est prévisible, elle suppose de manière autoréférentielle que les justiciables soient en mesure de connaître à l'avance les règles futures, y compris celles modifiant l'élaboration des règles éventuelles.

Secundo, toujours d'un point de vue méthodologique, *la sécurité juridique est un guide pour trancher les conflits d'interprétation*. Elle se présente comme un concept référentiel, instrument d'une méthodologie applicative des règles. Le professeur Côté prescrit en ce sens qu'il faut favoriser l'interprétation qui va assurer la certitude du droit¹⁷. Cela ne se fait pas tout seul, l'interprète doit accepter de se laisser guider par une méthode d'interprétation réduisant la part

13. Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1946, p. 279 : « Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. » ; comp. Gustav RADBRUCH, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », APD 1936, p. 86.

14. Jean-Louis BERGEL, « La sécurité juridique », discours inaugural, cette revue, p. 271 ; également, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., 1989, n° 152, p. 157 : « Le droit a besoin de stabilité car, sauf à soumettre l'homme à une loi ignorée de lui, comme le Procès de Kafka, la sécurité que le droit a pour fonction d'établir, suppose la permanence des règles juridiques. »

15. S. CALMES, *loc. cit.*, note 3 et surtout, du même auteur, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2001.

16. P. POPELIER, communication précitée, note 11.

17. Pierre-André CÔTÉ, « Le souci de la sécurité juridique dans l'interprétation de la loi au Canada », cette revue, p. 685.

des incertitudes des énoncés juridiques. Mais les référentiels téléologiques sont contingents et supposent une adhésion aux contenus politiques qu'ils véhiculent¹⁸ : Toullier, dans le premier volume de son cours de droit civil en 1811, voyait dans la lecture des jurisprudences romaines « le guide sûr des décisions infaillibles », faut-il comprendre aujourd'hui que la sécurité rassemblerait autour d'elle les principes interprétatifs de nos ordres juridiques ? Il semblerait que le juge administratif français et les juges communautaires en aient fait leur miel¹⁹.

Tertio, le principe de sécurité est matriciel de nos sociétés et de leur développement²⁰. Il est inhérent aux sociétés démocratiques et conduit au bon développement de la société de l'information²¹. La lutte pour le bon droit impose de réagir lorsque « l'idéal de sécurité est bafoué par l'inflation législative ou l'inflation juridictionnelle ». Une société juste est une société sûre ; la sûreté physique comme la sécurité juridique sont aux fondements de la philosophie politique de nos sociétés.

Quarto, la sécurité juridique est atteinte lorsque le droit est efficace²². Un ordre juridique auquel il n'est pas obéi ne peut être juste ; la sécurité est nécessaire dans toutes les branches du droit pour assurer la clarté et l'efficacité de l'ordre juridique, mais elle commande le plus souvent de passer outre aux considérations d'ordre individuel, parfois fantasques ou aléatoires²³. À rebours, la sécurité juridique trouve sa source dans un besoin social paradoxal : si une

18. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : Les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto* 2001.59 et s.

19. Florence CROUZATIER-DURAND, « La dialectique de la sécurité juridique et de la légalité en droit administratif français », cette revue, p. 481 ; R. MARILLER, *loc. cit.*, note 5.

20. S. CALMES, *loc. cit.*, note 3 ; *adde* Bertrand MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D.* 1995.chr.211 et 212. « Ce principe de sécurité juridique serait également dans certains cas un substitut efficace à la notion trop vague d'intérêt général. »

21. Éric LABBÉ, « De l'obsolescence technologique du droit à son imprévisibilité : la sécurité juridique est-elle compatible avec le développement technologique ? », communication orale ; et la discussion menée sous l'autorité de Vincent Gautrais pour l'atelier consacré à la « sécurité dans le contexte des nouvelles technologies de l'information et de la communication ».

22. Jean-Luc BILODEAU, « La sécurité juridique et l'efficacité des marchés : le cas de l'Autorité des marchés financiers », cette revue, p. 429 ; Marie-Françoise MERCADIER, « Sécurité juridique et mobilité des patients dans l'Union européenne après l'exclusion des soins de santé de la directive services dans le marché intérieur », cette revue, p. 563.

23. Florence Bellivier et Christine Noiville, à la RDco 2007/4.1321.

trop grande indétermination de la règle favorise l'insécurité, la sécurité et la certitude ne viendront pas à bout du besoin vital de souplesse du droit²⁴.

Quinto, à l'opposé de ce qui précède, on verra parfois des vertus à l'insécurité et à la dissidence²⁵ : Troplong, comparant le bail à colonage au bail à ferme, considère que le fermier, dans une situation plus incertaine, permet à l'agriculture de se développer, alors que « d'un autre côté, la sécurité dans les rapports du métayer et du maître, chose excellente en soi, favorise cependant l'esprit de routine trop naturel au paysan ; elle le maintient dans un état d'immobilité nuisible à son bien-être, nuisible aussi à l'agriculture »²⁶. Cela expliquerait-il l'abandon du métayage dans l'agriculture française ? Le paysan aime l'insécurité ; mais le notaire la déteste. Demogue notait aussi que « le désir de sécurité si considérable qu'il soit n'est pas tout, car il y a dans l'homme un certain goût du risque. Il trouve un certain plaisir dans l'insécurité qui lui donne un plaisir plus vif à lutter et triompher²⁷. »

Sexto, « l'obsession de la sécurité juridique est aux professionnels ce que la « précautionnisme » est aux consommateurs²⁸ » ; ni plus, ni moins qu'une maladie ! mais ne sommes-nous pas tous un peu hypocondriaques²⁹ ?

24. Franck HAID, « À l'autre extrémité de la corde... L'envers de la sécurité juridique », cette revue, p. 693 ; voir également du même auteur, *Les notions indéterminées dans la loi*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008.

25. Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « La diversité identitaire et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada : Conséquences sur la sécurité juridique ? », cette revue, p. 319 ; comp. Christian ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 106 : « Au positivisme juridique souhaitant le déclin des controverses, il faut répondre que la sécurité puisée dans le respect des lois et de la jurisprudence n'est qu'un leurre. ».

26. Raymond-Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*, t. 1, « De l'échange et du louage », préface, p. XCVII. Dans la littérature du XIX^e siècle, on lira couramment que : « Malgré la juste anxiété que répand l'incertitude de la jurisprudence dans des questions aussi graves que sont les questions d'état, on se félicite cependant de voir la cour suprême abandonner l'opinion qu'elle n'avait émise qu'après hésitation et partage. » [anonyme], note sous Cass. civ. 22 déc. 1845, D.P. 1846.1.5.

27. René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 87.

28. Un mal nécessaire, Xavier LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *Arch. phil. dr.* 2007.77 et s.

29. Pour une autre collection d'échantillons, voir Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2007.

II. EXPERTISE DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

En 1911, dans son ouvrage capital pour comprendre les dimensions de la notion de sécurité, René Demogue définissait les instruments d'une analyse de l'évolution de l'ordre juridique. Il s'agit selon lui de prévoir et d'anticiper les évolutions sociales, car la certitude du droit désirée n'est pas celle du présent mais celle d'un avenir proche. Comme les partisans de l'École de la libre recherche scientifique, il rejette pour partie l'héritage de la période de l'exégèse du Code civil ; le XIX^e siècle leur a paru *statique*, le XX^e siècle sera *dynamique*. Demogue dresse un inventaire des situations juridiques où le besoin de sécurité se fait intuitivement sentir, et auxquelles le droit répond. L'apparence doit garantir la sécurité des tiers, soit que la loi lui donne effet dans le cas du possesseur de meuble ou d'immeuble, soit qu'un principe ancien – *error communis facit jus* – s'impose dans le cas de l'héritier apparent, soit enfin que la Cour de cassation puisse poser le principe dans le cas où le mandataire apparent engage son mandant :

Celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit, ne doit pas être trompé. L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire les mêmes effets que le droit lui-même.³⁰

Ces garanties offertes au tiers contractant illustrent la sécurité dynamique. En contrepoint, le formalisme et la publicité permettent d'assurer un équilibre. Les formes des cessions de créances et des sûretés, les formes des donations et des actes unilatéraux poursuivent l'autre objectif de la sécurité. Le droit de la preuve et la recherche de la vérité sont tendus vers ce même but. Dans des directions apparemment opposées, mais dont la conjonction permet d'établir un équilibre entre la sécurité due à l'ensemble des acteurs juridiques et l'assurance, la sûreté et la garantie dues à chacun, Demogue nous livre même un plaidoyer précurseur de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'assurance :

[La fausse sécurité] cause des désastres. Aussi répandre un sentiment de fausse sécurité en paraissant accorder des droits qu'une clause ignorée restreint est-il des plus dangereux. On doit à ce point de vue regretter qu'il y ait ainsi dans les polices d'assurance, contrats de

30. Déjà en 1911, R. DEMOGUE, *op. cit.*, note 28, p. 68 et avant Cass. ass. plén. 13 déc. 1962, D. 1963.277, note Calais-Auloy ; JCP 1963.II.13105 note P. Esmein ; *Rev. trim. dr. civ.* 1963.572, obs. Cornu.

sécurité par excellence, tant d'embûches à l'assuré, et que des mesures n'aient été prises pour mettre celui-ci mieux au courant de sa situation véritable. Au lieu de cela on a préféré le beau principe de la liberté des conventions, comme si un principe est encore bon dans la mesure où il donne en fait de mauvais résultats.³¹

Il invite la doctrine à une réflexion sur l'amélioration du contenu des relations contractuelles pour le but avoué d'une meilleure compréhension du capitalisme et de son efficacité.

Ces solutions favorables à la sécurité sont bien dans l'esprit de la législation européenne occidentale dominée par un idéal d'affaires, par cette idée que le but à atteindre, c'est de produire plus, de fabriquer plus, de vendre plus de choses, de multiplier les jouissances, de satisfaire les besoins les plus divers.³²

À bien y regarder, la dichotomie de Demogue n'apporte aucune réponse aux craintes d'instabilité normative, mais elle permet aux acteurs de la vie économique de se projeter dans l'avenir et d'organiser leurs prévisions en fonction d'une règle des probabilités³³. La conséquence de ce raisonnement inductif sera le développement des contrats d'assurance qui, eux, intégrant jusqu'à l'imprévisible, permettent à chacun de se concevoir un avenir probable. Mais le XX^e siècle a généralisé l'exigence de certitude, l'idée est maintenant devenue classique qu'en tant que principe de gouvernement, la sécurité juridique commande que le droit fournisse des repères stables et des points d'ancrage clairs au moyen d'un *corpus* de règles simples. Par crainte de l'avenir, on assigne au droit la fonction de stabiliser le temps, que la méthodologie sera en amont parvenue à dompter³⁴, tout en s'efforçant d'en assurer la continuité³⁵. En somme, la sécurité juridique assure trois sortes de prévisions.

Les prévisions législatives, aux fondements d'un État démocratique moderne, sont garanties par la connaissance des procédures d'édiction de la loi et de sa modification ; mais l'intensité de l'activité législative et l'inflation qui en découle, créent toutes deux un brouil-

31. R. DEMOGUE, *op. cit.*, note 27, p. 79.

32. *Ibid.*, p. 72.

33. Jean-Marc MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.481.

34. Pierre-André CÔTÉ, « Le souci de la sécurité juridique dans l'interprétation de la loi au Canada », cette revue, p. 685 ; voir également Philippe MALAURIE, « La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2007.1659.

35. Sylvie CIMAMONTI, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps », cette revue, p. 631.

lard plus ou moins opaque que le recours à *la sécurité juridique* permet de traiter en rendant en quelque sorte inopposable au citoyen les dérives dirigistes et bureaucratiques. De la sorte, les contraintes de continuité temporelle des règles paralysent les mécanismes formels d'application de la loi³⁶, mais rien n'y fait, le problème se déplace, car le respect des prévisions législatives est assurée par la jurisprudence.

Les prévisions juridictionnelles, aux fondements d'un État démocratique moderne, doivent être garanties par la connaissance des procédures de rédaction des jugements et, en ce sens, les lois de validation et les revirements de jurisprudence sont regardés comme les instruments d'une tentation tyrannique³⁷ ; la méthodologie juridique s'ingénie à concevoir des protocoles d'application des règles favorisant une transaction politique entre le maintien des situations passées et l'intérêt au changement³⁸, néanmoins, le revirement pour l'avenir n'est pas la panacée ; il produit lui aussi des situations transitoires³⁹. Par ailleurs, les divergences et dissidences de jurisprudence sont également perçues comme indésirables, et comme l'expression d'un traitement inégal et arbitraire des conflits ; les cours supérieures et suprêmes nationales ou européennes se donnent comme mission d'unifier leurs doctrines par une publicité accrue de leurs positions et par une autodiscipline judiciaire⁴⁰. La *sécurité juridique* est bien en ce sens un guide de l'unification des solutions⁴¹, mais comment concilier *la relativité du jugement* et *sa portée* ? Si cela n'est pas le cas partout, le droit privé jurisprudentiel français nourrit une ambiguïté structurelle en raison de son incapacité à se défaire des tabous créés par l'article 5 du Code civil⁴².

36. Philippe RAIMBAULT, « La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative », cette revue, p. 517 ; S. CALMES, *op. cit.*, note 3.

37. Nicolas MOLFESSIS, « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *Rev. trim. dr. civ.* 2000.666.

38. Philippe RAIMBAULT, « Retour sur l'adoption du revirement prospectif », note sous Cons. d'Ét., Ass. 16 juil. 2007, *SA Tropic Travaux Signalisation*, *Gaz. Pal.* 2007 :270.10.

39. Isabelle RORIVE, *Le revirement de jurisprudence, étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, spéc. p. 243 et s.

40. Voir Guy CANIVET, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », dans Pascal ANCEL et Marie-Claire RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Université de Saint-Étienne, 2003, p. 166.

41. Pas si récent que cela au demeurant même s'il est à la mode, voir notre thèse de doctorat, *Le dogme de la solution unique*, thèse, Aix-en-Provence, 1999.

42. Voir Mathieu DEVINAT, *La règle prétorienne en droit français et canadien : Étude de droit comparé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

L'insécurité juridique tient aussi à cela. La Cour de cassation française navigue toujours entre deux eaux consistant à poser des règles générales à l'occasion de litiges dont la solution est décrite comme relative ; en conséquence de quoi, réfléchir sur des protocoles de rationalisation des décisions ou de stabilisation des positions adoptées transporte toujours le débat dans une impasse, sur l'éternel terrain de la création du droit par les juges dont la doctrine française ne se libère pas⁴³.

Les prévisions contractuelles, aux fondements de l'État démocratique moderne converti à l'économie de marché, doivent être garanties par des règles qui assurent que les obligations seront exécutées conformément à ces mêmes prévisions valables, et ce sont par des prescriptions générales connues d'avance que sont établies les règles qui déterminent l'équilibre contractuel : en ce sens, la rescision pour lésion, comme remède au déséquilibre des prestations, peut se réclamer de *la sécurité juridique*⁴⁴. Inversement, la remise en cause *a posteriori* par le juge ou le législateur de la validité de certaines clauses condamne les acteurs économiques à anticiper les variations probables des lois du contrat, avec pour effet pervers que l'interventionnisme et le dirigisme contractuels créent des situations d'ignorance préjudiciable aux partenaires économiquement mal préparés à ces revirements⁴⁵. Les remous suscités par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence ou celle tenant aux obligations d'information des médecins⁴⁶ en sont l'illustration. Mais l'on aura fait observer que la *sécurité juridique* sert dans le même temps de ressort rhétorique aux idéologies de la dérégulation économique présentant l'inflation législative et le dirigisme judiciaire comme des fléaux. Les mêmes qui s'émeuvent des déclarations d'invalidité de leurs prévisions contractuelles, insèrent dans leurs contrats des clauses nulles et réputées non écrites, avec l'espoir que la Cour de cassation en reconnaîtra à l'occasion et rétroactivement la validité.

43. Voir le dernier numéro des *Arch. Phil. Droit 2007* consacré à la *Création du droit par le juge*.

44. É. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 12.

45. Sur les clauses de non-concurrence, Christophe RADÉ, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005.988.

46. J.-L. BERGEL, *loc. cit.*, note 15 ; J.-Y. CHÉROT, *loc. cit.*, note 13.

III. CONTRE-EXPERTISE DU SLOGAN SÉCURITAIRE

Le message sécuritaire est passé ; les législateurs et les juges l'ont reçu, et en Europe il a été largement diffusé et relayé par ceux à qui il était adressé. Désormais, la sécurité juridique est partout, et des voix nous mettent en garde contre l'idéologie sécuritaire ; elle procède d'une schizophrénie théorique⁴⁷. Elle appartient à l'ordre de la croyance et réclame une adhésion qui n'est au fond qu'un acte de foi⁴⁸. Pour satisfaire au lieu commun selon lequel on ne traite pas différemment des choses (proclamées) égales, la plasticité du terme donne à la « sécurité juridique » une étendue qui favorise l'utilisation du précédent comme guide de la découverte des solutions, et conforte le sentiment de continuité du droit⁴⁹. C'est sans conteste une notion au contenu éminemment variable dont la seule évocation satisfait parfois l'auditeur. « Le respect » de la sécurité juridique, « la satisfaction du besoin » de sécurité juridique, la lutte contre l'insécurité juridique née des incertitudes de la loi ou de la jurisprudence, la sécurité juridique à laquelle tout individu peut légitimement prétendre, le désir de sécurité que tout homme civilisé porte dans son cœur⁵⁰, ce ne sont là que des formules, des slogans même, qui permettent de raccourcir les raisonnements et désigner la solution applicable⁵¹.

De leur côté, les versions modernes du déclin du droit dénoncent l'insécurité ; et, pragmatisme oblige, l'inflation législative, la parcellisation des droits au détriment du droit commun ou les infirmités jurisprudentielles n'appellent plus des traitements globaux. Au contraire, la pratique a besoin que l'on réponde à ses exigences pratiques et n'a que faire des systèmes pourvu qu'ils lui assurent certitude et fiabilité. Mais, en fait d'empirisme et de compréhension non apriorique de la complexité des phénomènes juridiques, les mêmes qui exigent une approche plus réaliste, se font les nostalgiques de l'unité passée et les ambitieux d'une sécurité à venir. L'égalité revendiquée *a priori*, la conformité à assurer et la sécurité à garantir seront ainsi des concepts qui permettront d'apporter les

47. P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 35, faisant référence dans sa communication orale *aux deux corps de la sécurité* et citant Jerzy Wroblewsky.

48. Vivian GROSSWALD CURRAN, « La sécurité juridique à l'ère de la mondialisation (Legal Certainty in the Era of Globalization) », cette revue, p. 311.

49. Rappr. Alban BOUVIER, *L'argumentation philosophique*, Paris, P.U.F., 1995, p. 144.

50. Georges RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 155.

51. Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique*, Thèse, Aix-en-Provence, 1999, n^{os} 75 et s.

remèdes qui rendront au droit son unité. « Le droit est le même pour tous, il devrait être unique. »⁵² Peu ou prou, il s'agit toujours de réinventer une nouvelle unité dont on espère qu'elle viendra à bout, définitivement cette fois, des tentations subjectivistes⁵³.

À force, les usages de la sécurité se révèlent métonymiques ; et le discours sécuritaire perd sa consistance explicative pour n'être que rhétorique et prescriptif⁵⁴. La sécurité juridique sert à décider, mais elle n'est pas une raison de décider, nous a expliqué le professeur Côté. La contre-expertise dévoile en fin de compte que le discours sécuritaire est aussi et peut-être même essentiellement un discours de mutation des règles : pour assurer la réalisation des prévisions, il faut se convaincre de la nécessité de changer les règles.

Ce congrès aura aussi montré qu'il ne serait pas absurde de se débarrasser de la « sécurité juridique » en entreprenant un travail épistémologique et d'analyse des discours sécuritaires, de « grattage » sous le palimpseste, de compréhension de ce qui se cache dans ce contenant rhétorique rudimentaire et naïf... à moins que ce ne soit simplement qu'une rhétorique consensuelle démagogique et cynique.

52. N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, Thèse, Dijon, 1979, p. 447.

53. Leonard I. ROTMAN, « The Fiduciary Concept and the Subjective Nature of Legal Certainty », cette revue, p. 359.

54. Philippe RAIMBAULT, « La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative », cette revue, p. 517 ; Sébastien ROBBE, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », cette revue, p. 337.