



Les dimensions sécuritaires du droit et leurs limites

Bertrand Warusfel

► To cite this version:

Bertrand Warusfel. Les dimensions sécuritaires du droit et leurs limites. Antonin Forlen, Célia Hoffstetter, Luc Klein, Alice Marcel & Julie Rondu. La sécurité, Mare & Martin, pp. 253-263, 2017, 978-2-84934-285-5. <hal-04613198>

HAL Id: hal-04613198

<https://hal.science/hal-04613198v1>

Submitted on 15 Jun 2024

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 CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

LES DIMENSIONS SECURITAIRES DU DROIT ET LEURS LIMITES

par **Bertrand Warusfel**, Professeur à l'Université Lille 2

Le thème de ce colloque sur la sécurité n'est pas seulement d'une brûlante actualité après les différents attentats perpétrés sur notre sol, il s'inscrit aussi dans un vaste courant de réflexion et de construction juridique qui affecte presque tous les domaines du droit, comme le montrent très bien les différentes contributions rédigées à cette occasion par les doctorants réunis à Strasbourg et qui sont reprises dans le présent ouvrage.

On peut en effet reconnaître que la sécurité est une question politique et juridique contemporaine, qui répond à une demande sociale de plus en plus pressante. On en discerne assez facilement l'une des origines : l'affaiblissement des dispositifs de protection sociale et économique qui caractérisaient au XX^e siècle les États occidentaux, crée indiscutablement un sentiment de précarité et de vulnérabilité face à des mutations économiques et technologiques perçues comme trop rapides, ce que le droit serait appelé à pallier. On a pu parler ainsi « d'un troisième millénaire guetté par une extrême insécurité réelle ou virtuelle doublée d'une inflation de normes sécuritaires dans tous les domaines »¹ tandis que, comme l'a justement écrit Philippe Portier, « l'histoire de la sécurité ne peut se comprendre, dans l'Occident moderne, que comme celle d'un élargissement progressif, uniment théorique et pratique, de son aire de définition »².

Mais comme l'a remarqué dans son propos introductif Jean Pradel (ainsi que Guillaume Chetard³), la sécurité renvoie toujours à un ressenti. Être en sécurité, c'est avant tout se sentir en sécurité. C'est donc une notion qui est plus subjective qu'objective. Par ailleurs, il s'agit d'une notion très transversale, puisque des causes très différentes peuvent contribuer au même sentiment d'insécurité. Enfin, plusieurs interventions de ce colloque nous ont montré comment le développement technologique accroît le « besoin de sécurisation », qu'il s'agisse de celle des infrastructures de communication (comme les câbles sous-marins qu'a étudié Camille Morel⁴) ou de leur contenu numérique circulant sur les réseaux (ce qui a amené Jean-Baptiste Varoqueaux à effectué un intéressant parallèle entre sécurité technique et propriété intellectuelle⁵).

Il n'est donc pas étonnant que la notion de sécurité s'insinue par différentes voies dans le champ du droit et notre travail doit être tout d'abord d'établir une typologie des relations multiples et complexes entre droit et sécurité. En ouverture, Jean Pradel nous a justement proposé de distinguer la sécurité par le droit de la sécurité dans le droit, ce qui me semble fort pertinent et qui rend bien compte de la variété des interventions ici réunies.

¹ Jean-Pierre Garnier *et al.*, « Sécurisation et globalisation », *L'Homme et la société*, 2005/1 (n° 155), p. 9.

² Philippe Portier, « Les trois âges de la sécurité », *Le Débat*, 2003, n° 127, p. 86.

³ Guillaume Chetard « Sens et non-sens de la notion de sécurité en droit pénal substantiel » (dans ce volume, p. 171).

⁴ Camille Morel, « Le dilemme entre liberté des mers et besoin de sécurisation : le cas de la protection des câbles sous-marins et la nécessité contemporaine stratégique de contre-ingérence sur ces infrastructures » (dans ce volume, p. 129).

⁵ Jean-Baptiste Varoqueaux, « Florilège des rapports entre sécurité technique et droit de la propriété intellectuelle », (dans ce volume, p. 115).

On peut en effet regrouper de ce point de vue les études qui s'attachent à la façon dont on peut assurer la sécurité intrinsèque du droit. C'est ainsi que quatre des interventions ont repris dans leur titre même les termes de « sécurité juridique »⁶. Pour leur part, les autres interventions évoquent plutôt des cas où le droit substantiel concourt à la sécurisation d'une situation, qu'elle soit technique (s'agissant à nouveau des câbles sous-marins⁷ ou des nouveaux risques et pratiques de l'internet⁸) ou sociale (lorsque le droit est mobilisé pour assurer, par exemple, la protection de populations⁹). Et s'il fallait se convaincre de ce que ces approches sont potentiellement complémentaires, G. Chetard nous montre comment le droit pénal peut glisser d'une approche « garantiste » où il vient punir l'insécurité faite à la victime à une vision « proactive » où il chercherait à établir préventivement un état de sécurité¹⁰. La frontière entre la sécurité perçue comme une finalité du droit et le droit conçu en lui-même comme processus sécuritaire devient alors assez poreuse.

Toutes ces illustrations nous conduisent donc à reconnaître à quel point le droit contemporain, dans toutes ses dimensions, recourt à une approche sécuritaire pour justifier sa légitimité et son efficacité. Mais cette constatation indiscutable doit nous rendre d'autant plus vigilant qu'il n'est pas possible de réduire (sauf à la pervertir fondamentalement) l'essence même du droit à une simple logique de sécurité.

I/ La sécurité comme finalité externe du droit

La recherche de la sécurité par le droit est une pratique ancienne, comme nous le rappelle Charles-Édouard Aubert, au travers de l'exemple des édits royaux qui, à la fin du XVI^e siècle, ont garanti juridiquement la sécurité de certaines communautés protestantes françaises en les autorisant à établir des « places de sûreté »¹¹. Malgré le relatif échec de cette expérience, on y trouve déjà la recherche d'une combinaison entre la garantie juridique (reconnaissance par le droit d'une prérogative de protection) et la garantie matérielle (en l'espèce, le droit des huguenots concernés d'entretenir dans les places concédées des troupes permettant d'assurer leur sécurité).

On a montré ailleurs que la notion de sécurité s'est dotée progressivement d'un sens politique et que l'État-nation est devenu un « pourvoyeur de tranquillité » (selon la belle expression du

⁶ V. Valentin Blake-Heimburger « Le revirement de jurisprudence en droit privé : une insécurité juridique » (dans ce volume, p. 141), Émilie Barbin « Droit souple et (in)sécurité juridique » (dans ce volume, p. 157), Hélène Hardy « La conciliation entre sécurité juridique et prescription dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (dans ce volume, p. 185) ou encore Émilie Schwaller « Les programmes de clémence : quelle sécurité juridique pour les entreprises ? » (dans ce volume, p. 235).

⁷ V. C. Morel, précité.

⁸ V. Emmanuel Leroux « La sécurité des patients dans la vente en ligne de médicaments » (dans ce volume, p. 65) ou encore J.-B. Varoqueaux, précité.

⁹ V. Zied Ayari, « Droit d'ingérence et sécurité des populations en droit international » (dans ce volume, p. 47), s'agissant du droit international contemporain, ou, en prenant un recul historique plus important : Charles-Édouard Aubert « Les places de sûreté protestantes (1570-1629) : un privilège juridique et militaire octroyé par le pouvoir royal pour la sécurité des huguenots dans le royaume de France » (dans ce volume, p. 31).

¹⁰ V. G. Chetard, précité.

¹¹ V. Ch.-E. Aubert, précité.

Professeur Burdeau¹²), voire le « maître des sécurités »¹³. Déjà, l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 rangeait la "sûreté" parmi les "droits naturels et imprescriptibles de l'homme"¹⁴ tandis que le préambule de la Déclaration d'Indépendance américaine de 1776 évoqua, pour sa part, le droit pour le peuple d'organiser les pouvoirs selon des formes "qui lui paraîtront les plus propres à assurer sa sécurité et son bonheur"¹⁵. Plus récemment, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 reconnut également le « droit à la sécurité sociale » (incluant – comme le Préambule de 1946 en France – différents droits de l'homme « économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité...»). Mais ces affirmations solennelles ne visaient pas toutes le même objectif¹⁶ et n'ont pas toutes reçues la même sanction juridique.

Mais le phénomène de « juridicisation » des différentes formes de sécurité s'est accéléré dans les dernières décennies. Ce fut tout d'abord le cas en matière de sécurité intérieure. Là où le rapport Peyrefitte de 1977 n'évoquait que le « sentiment d'insécurité » auquel l'État devait apporter des réponses¹⁷, la loi LOPSI du 21 janvier 1995 affirma que « la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives » que l'État a le devoir d'assurer¹⁸. Même si cette apparente consécration en tête du nouveau code de la sécurité intérieure n'a pas eu beaucoup de suites juridiques (et notamment pas sur le terrain constitutionnel)¹⁹, elle a marqué un tournant symbolique tout en faisant apparaître par ailleurs que l'affirmation d'une sécurité pourrait être dangereuse pour d'autres formes de sécurité²⁰.

¹² Georges Burdeau, *L'État*, Le Seuil, 1970, p. 41.

¹³ Bertrand Warusfel, "L'État, maître des sécurités ?", *Revue des anciens élèves de Sciences-Po*, n° 128, juillet 2002, pp. 34-37. Le Professeur J.-M. Pontier écrit pour sa part que « l'obligation de sécurité est sans doute la première pour le pouvoir, quelles qu'en soient les formes, qui est issu de cette société » (J.-M. Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1752).

¹⁴ Jean Rivero estimait que "l'objet de la sûreté est ... la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir" (Jean Rivero, *Libertés publiques*, PUF, 4ème édition, 1984, tome I, p. 32.). Mais sans nier la proximité des termes Pierre Delvolvé veut maintenir une distinction juridique « La sûreté est ainsi intrinsèquement la liberté individuelle (...) La sûreté appartient en propre à chacun, la sécurité est la situation de tous » (Pierre Delvolvé, « Sécurité et sûreté », *RFDA*, 2011, p. 1085).

¹⁵ V. Bertrand Warusfel, "Les notions de défense et de sécurité en droit français", *Droit & Défense*, 1994, n° 94/4, p. 11.

¹⁶ V. notamment la distinction que fait, avec d'autres, H. Leclerc entre la sûreté individuelle (protégée en tant que droit fondamental) et les différentes acceptions (civile ou sociale) du « droit à la sécurité » qui ne sont que « des objectifs à atteindre » (Henri Leclerc, « de la sûreté personnelle au droit à la sécurité », *RAJS*, n°255 - mai 2006, p. 8. O. Dutheillet de Lamothe rappelle, quant à lui que « dans la Déclaration de 1789, la notion de sûreté correspond principalement à la notion d'habeas corpus » (« La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in Conseil d'État, *Rapport public*, La documentation française, 2006, p. 369).

¹⁷ Rapport du comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance, Documentation française, 27 juill. 1977, p. 28. Ce sentiment sera étudié dans la thèse de S. Roché : Sébastien Roché, *Le sentiment d'insécurité*, PUF, 1993.

¹⁸ Article L.111-1 du code de la sécurité intérieure (reprenant l'article 1^{er} de la loi du 21 janvier 1995).

¹⁹ V. les commentaires du Pr. Olivier Gohin sous les articles L. 111-1 et L. 111-2 CSI (édition commentée du *Code de la sécurité intérieure*, Lexis Nexis, 2016) ; également Marc-Antoine Granger, « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité », *RSC*, 2009 p. 273.

²⁰ Me H. Leclerc, par exemple, n'a pas hésité pas à écrire « si la sûreté se dilue dans le droit à la sécurité, que nous restera-t-il ? La résistance à l'oppression ? » (H. Leclerc, précité).

S'agissant non plus de la sécurité des personnes et des biens mais de la protection de la collectivité nationale elle-même, c'est la disparition de l'URSS et ses suites qui ont rendu partiellement obsolète la notion classique de « défense nationale » que le général de Gaulle avait mise au cœur de l'ordonnance du 7 janvier 1959 et qui ont amené finalement à une nouvelle évolution juridique autour de la notion de « sécurité nationale »²¹. Comme l'a bien relevé Zied Ayari, reprenant les analyses du professeur Kerstin Odendahl, on a assisté au début des années 90 à un « troisième élargissement » de ce que le droit international considèrerait comme des menaces contre la paix qui va désormais englober aussi les « sources non militaires d'instabilité dans les domaines économique, social, humanitaire et écologique »²². En droit français, c'est effectivement en 1991 que l'on a vu apparaître subrepticement pour la première fois la notion de sécurité nationale²³ et en 1992 que le Parlement a introduit dans le nouveau Code pénal la définition des « intérêts fondamentaux de la Nation »²⁴, même si le tournant conceptuel n'a été définitivement acté qu'avec la réforme de 2009 qui est venu définir et installer la sécurité nationale en tête du code de la défense, en lieu et place de la notion de défense nationale²⁵.

Là encore, le débat est ouvert quant à l'appréciation de la portée juridique concrète de cette nouvelle notion définie désormais à l'article L. 1111-1 du code de la défense²⁶. Mais en évoquant dans sa communication la possibilité de se fonder sur les prérogatives nationales de contre-ingérence pour répliquer à d'éventuelles atteintes sur les câbles sous-marins, Camille Morel envisage déjà une application possible du nouveau dispositif juridique de la sécurité nationale²⁷.

Mais la loi n'est pas la seule source du droit susceptible de consacrer juridiquement différentes acceptions de la sécurité. La jurisprudence a aussi œuvré en ce sens. On pourrait en donner plusieurs exemples comme la consécration prétorienne en droit social de

²¹ V. B. Warusfel, 1994, précité.

²² Note du Président du Conseil de sécurité, S/23500 (1992) citée par Z. Achiari (précité), qui se réfère notamment à K. Odendahl, « La notion de menace contre la paix selon l'article 39 de la Charte des Nations Unies », in *Les 70 ans des Nations Unies : quel rôle dans le monde actuel ?*, Journée d'Études en l'honneur du Professeur Yves Daudet, Paris, Pédone, pp. 37-46.

²³ La sécurité nationale est l'un des motifs justifiant l'autorisation par le Premier ministre de réaliser des « interceptions de sécurité » (article 3 de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications). Le Professeur Jean Pradel faisait alors remarquer justement que « la notion n'existe pas dans la loi. Mais il est aisé de rappeler qu'elle recouvre la défense nationale et les autres atteintes à la sûreté et à l'autorité de l'État » (Jean Pradel, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications », *Dalloz*, 1992, p. 49).

²⁴ Article 410-1 du code pénal. Pour un commentaire de cette notion des intérêts fondamentaux de la Nation, voir Bertrand Warusfel, *Contre-espionnage et protection du secret – Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Lavauzelle, 2000, pp. 166-176.

²⁵ Sur l'article 5 de la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (JORF, 31 juillet 2009, p. 12715) modifiant l'article L. 1111-1 du code de la défense, voir Bertrand Warusfel, "La sécurité nationale, nouveau concept du droit français", in *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecocq*, Lille2, décembre 2011, pp. 461-476.

²⁶ Pour de premières réflexions sur les répercussions juridiques de la notion, v. Bertrand Warusfel, "Les implications juridiques et institutionnelles de la notion de sécurité nationale", in X. Latour & Chr. Vallar (dir.), *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013*, PUAM, 2014, pp. 17-30.

²⁷ V. C. Morel, précité.

l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur²⁸, mais l'on s'attachera plus particulièrement à la reconnaissance du principe de sécurité juridique dans les rapports entre l'État juge ou législateur et les citoyens.

II/ La sécurité comme qualité intrinsèque du droit

S'agissant de la « sécurité juridique », le Conseil d'État a donné de cette notion, issue du concept allemand de « confiance légitime » (repris par la Cour de Luxembourg), une définition large : « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »²⁹.

Ce concept innovant a conduit notamment les juridictions administratives à moduler dans le temps les conséquences de l'annulation d'un acte administratif³⁰ puis à en faire un véritable principe général du droit qui protège, en particulier, les situations contractuelles préexistantes face aux modifications législatives postérieures³¹. Mais c'est aussi la Cour de cassation qui en tient compte pour différer les effets d'un revirement de sa jurisprudence³² ou encore la CEDH qui prend en compte l'impératif de sécurité juridique pour fixer sa jurisprudence en matière de délais de prescription³³.

Bien entendu, la doctrine a relevé le fait que cette nouvelle prise en compte de l'impératif sécuritaire en droit, était d'une nature particulière, puisque – comme l'indiquait Nicolas Molfessis dès 2006 – ici apparaît un « droit du droit, avec ses principes et ses règles, de hiérarchies et de nature différentes » qui visent à améliorer le droit en lui-même et qui ont donc « une portée endogène »³⁴. Emilie Barbin a relevé aussi cette spécificité lorsqu'elle évoque « une méta-assimilation du caractère et de la fonction : le droit est, en tant que tel, une source de sécurité et tend à poursuivre cette finalité. Cette approche duale indique la simultanéité incontournable des logiques fonctionnelle et ontologique auxquelles répondent le droit et la sécurité juridique »³⁵.

Existerait-il un lien entre d'une part, la demande sociale d'un droit qui assure des fonctions sécuritaires et d'autre part, le mouvement parallèle qui recherche la sécurisation des situations juridiques face à la complexité croissante de la production normative ? Sans doute, car les deux évolutions, contemporaines l'une de l'autre, sont unies par un rapport de complémentarité.

²⁸ V. par exemple Pierre-Yves Verkindt, « Pour une recomposition de la responsabilité. Variations sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur », in *Mélanges Lecocq*, précité.

²⁹ Conseil d'État, 2006, précité, p. 281.

³⁰ Depuis notamment les arrêts CE, Section, 10 octobre 1997, *Lugan et Société Strasbourg FM* (2 espèces), Rec. p. 346 et 355, concl. Péresse, *RFDA* 1998, p. 21 et 29.

³¹ V. CE, 24 mars 2006, *société KPMG et autres*, req. n° 288460,

³² V. Valentin Blake-Heimbürger, précité.

³³ V. H. Hardy, précité.

³⁴ N. Molfessis, in Conseil d'État, 2006, précité, p. 394.

³⁵ E. Barbin, précité.

On voit mal en effet comment une norme manquant de clarté ou d'intelligibilité pourrait remplir la fonction sécuritaire que le législateur lui aurait assignée comme objectif. Réciproquement, l'exemple du droit pénal nous montre que parfois la seule existence d'une norme suffisamment claire (en tant qu'elle constitue la « définition d'un comportement prohibé ») peut par sa force expressive – et presque indépendamment de la sanction encourue – suffire à exercer un effet de dissuasion sur les comportements des justiciables³⁶.

Il y a donc une certaine logique à ce que l'aspiration de chaque sujet de droit à édicter des normes visant à la protection de ses différents intérêts (qu'ils soient matériels, personnels, économiques, ...) se double d'un besoin de sécuriser l'application même de ces normes et donc le processus juridique en lui-même.

De cette complémentarité entre la sécurité par le droit et la sécurité dans le droit, on pourrait être tenté de vouloir refonder le droit contemporain (que certains pourraient appeler le « droit postmoderne »³⁷) autour de cette notion centrale et transversale de la sécurité. On pourrait même, d'un point de vue de droit public, envisager une distribution des fonctions sécuritaires entre le pouvoir législatif qui établit les normes visant la sécurité des citoyens et de la collectivité, le pouvoir exécutif qui en assure la mise en œuvre et la sanction (notamment par ses moyens de police) et les juridictions qui auraient, pour leur part, à veiller à ce que cette production de sécurité ne se fasse pas au détriment d'une stabilité des relations juridiques au sein de la société.

Cette tentation est forte par sa simplicité même. Mais une analyse plus fine nous en souligne aussi les risques. En effet, la sécurité ne peut pas être la seule vertu du droit. Celui-ci doit aussi être juste, voire dans certains cas promouvoir un certain degré de risque ou d'incertitude pour laisser à la liberté des sujets de droit la possibilité de s'exprimer. Plus encore, réduire le droit à une simple fonction de sécurité sociale serait altérer l'essence même du processus juridique et de la justice qu'il a pour vocation de servir.

III/ Les risques d'une vision sécuritaire du droit

Si la notion de sécurité exprime bien une des tendances majeures de la production juridique actuelle, il ne faudrait pas en déduire que l'on pourrait – ou que l'on devrait – en faire le concept central et unificateur du droit contemporain. Il s'agirait en effet d'une vision réductrice et dangereuse, car elle nierait une dimension essentielle et irréductible de la justice, dont le droit n'est que l'émanation.

Remarquons tout d'abord que le Conseil constitutionnel reste assez réticent à constitutionnaliser les différentes déclinaisons de la sécurité. S'il accepte de faire une place dans son corpus de référence à la sécurité nationale, ce n'est qu'indirectement au travers de la « sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation »³⁸.

³⁶ V. G. Chetard, précité.

³⁷ V. par exemple, Benoît Frydman, « Le droit, de la modernité à la post-modernité », *Réseaux*, n° 88-90, 2000, p. 67. En droit public, on se référera à Jacques Chevallier, *L'État postmoderne*, LGDJ, réed. 2014.

³⁸ Cons. const., décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres, cons. n° 20.

C'est encore avec plus de réserve qu'il reconnaît valeur constitutionnelle non au principe de sécurité juridique dans sa globalité, mais uniquement à certaines de ses déclinaisons, à savoir l'exigence de clarté de la loi (qu'il rattache à l'article 34 de la Constitution)³⁹ ou encore l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁴⁰.

En revanche, s'il a admis dès 1989 que « la sauvegarde de l'ordre public constitue un objectif de valeur constitutionnelle »⁴¹, il n'a pas constitutionnalisé la « sécurité intérieure », alors que les termes mêmes de la loi du 21 janvier 1995 (aujourd'hui codifiés à l'article L. 111-1 CSI) affirment pourtant qu'il s'agit d'un « droit fondamental ».

Cette prudence des juges de la rue Montpensier à faire de la sécurité une notion constitutionnelle doit nous faire réfléchir. Elle nous indique en effet que la polysémie du terme et l'étendue extrêmement vaste de ses possibles applications pourraient s'avérer dangereuses si on y accordait une valeur juridique trop inconditionnelle. Nous devons prendre au sérieux cette retenue du Conseil constitutionnel car il me semble qu'elle nous met en garde contre les dérives potentielles qu'un droit trop centré sur une logique de sécurité pourrait recéler.

Les contradictions intrinsèques à toute posture sécuritaire sont faciles à identifier et les travaux ici présentés nous en donnent différentes illustrations. L'intervention d'Émilie Swaller montre bien, par exemple, comment il existe un conflit inévitable entre la lutte contre les ententes (que l'on peut assimiler à un objectif d'ordre public économique, visant à sécuriser la vie des marchés) et l'insécurité juridique qu'induit nécessairement la mise en place de procédures de clémence, puisque celles-ci vont permettre à certains cartellistes de développer des stratégies cyniques de délation au détriment de leurs partenaires⁴². S'agissant du développement du « droit souple » étudié par Émilie Barbin, le Conseil d'État avait déjà relevé que, malgré tous les atouts que peut comporter cette nouvelle forme de normativité, elle peut engendrer « une insécurité juridique alimentée par une incertitude sur les effets et une diffusion insuffisante »⁴³. Elle évoque elle aussi cette difficulté qui pourrait affecter les sujets de droit confrontés à des sources de droit fluctuantes et dont la portée contraignante est plus difficile à évaluer⁴⁴.

Dans de nombreux cas, ces contradictions sont d'autant plus problématiques qu'elles résultent en réalité d'un conflit entre des sécurités divergentes. En droit international, c'est par exemple celui qui peut opposer le droit d'ingérence, étudié par Zied Ayari (dont la finalité est de rétablir la sécurité compromise d'une population) au principe de souveraineté nationale (principe qui donne à tout État le monopole des instruments garantissant sa sécurité intérieure

³⁹ Conseil const., décision n° 1998-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*.

⁴⁰ Conseil const., décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999.

⁴¹ Cons. const., décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. n° 12.

⁴² V. E. Schwaller, précité.

⁴³ Conseil d'État, *Etude annuelle 2013 – Le droit souple*, La documentation française, 2013, p. 126.

⁴⁴ V. E. Barbin, précité.

et extérieure)⁴⁵. C'est aussi, l'opposition plus classique entre la préservation de la vie privée (qui relève du droit personnel à la sûreté) et celle de la sécurité nationale⁴⁶. Mais Jean-Baptiste Varoquaux montre bien également que le conflit peu opposer les droits d'un breveté aux exigences de la défense nationale, voire les moyens de prévention technique de la contrefaçon aux possibilités de copie privée normalement reconnues à l'utilisateur d'un média numérique⁴⁷.

Quant à l'application du principe de sécurité juridique, la doctrine a déjà relevé le fait que, derrière une apparence d'objectivité, il « laisse irrémédiablement place à une subjectivisation » puisque le juge doit faire la balance entre différents intérêts publics ou privés divergents⁴⁸. Ainsi qu'il s'agisse de trancher une question de prescription⁴⁹ ou de portée d'un revirement de jurisprudence⁵⁰, il s'agit toujours de faire un choix entre favoriser la sécurité juridique d'un acteur par rapport à celle d'autres acteurs.

C'est notamment pour ces raisons que l'on ne peut pas réduire le droit à la simple recherche de la sécurité. Alors que la sécurité renvoie à une logique d'efficacité (qui se veut objective, dans la mesure où elle est tributaire des contingences économiques, sociales ou technologiques), la justice comporte toujours une appréciation subjective (qu'il s'agisse de celle posée par le sujet de droit ou *in fine* par le juge) du bien souhaitable dans une situation donnée. Comme le dit fort bien Alain Supiot, « la tâche propre du juriste n'est pas d'appréhender directement le monde des faits, celui de l'être, mais celui du devoir être »⁵¹. Là où la sécurité est un état (et aussi – comme nous l'avons vu – le ressenti d'un état), la justice est une finalité toujours poursuivie et jamais totalement atteinte.

J'en déduis que, quelle que soit l'importance que l'on doit accorder aux différentes problématiques de sécurité dans la production du droit, on doit toujours veiller à ce que la sécurité reste subordonnée à la justice et ne confonde pas avec elle. Si la sécurité concourt à une bonne justice, notamment en prévenant la survenue de certaines injustices (soit par l'exercice de fonctions de police administrative, ou par la vertu dissuasive du droit – notamment pénal) ou aidant à rétablir un ordre perturbé par l'agissement illicite⁵², elle ne peut en effet absorber la justice. Car l'efficace n'est pas le juste⁵³.

⁴⁵ V. Z. Ayari, précité.

⁴⁶ Pour un exemple récent des difficultés à assurer un tel équilibre, v. Bertrand Warusfel, « Secret de défense, sécurité nationale et nouvelles technologies », intervention au colloque au colloque *Les NTIC face au droits et libertés fondamentaux à travers le prisme du secret*, Université de Rouen, Faculté de droit/CUREJ, 15 avril 2015 (à paraître). Mais on le retrouve aussi indirectement s'agissant des câbles sous-marins, dont la maîtrise par les États peut aller à l'encontre de la préservation du secret des communications (V. C. Morel, précité).

⁴⁷ V. Jean-Baptiste Varoquaux, précité.

⁴⁸ Carole Nivard, « L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique », *Droit Administratif*, n° 2, février 2010, étude 3.

⁴⁹ V. H. Hardy, précité.

⁵⁰ V. Valentin Blake-Heimbürger, précité.

⁵¹ Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres - Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 18.

⁵² Ricoeur rappelle justement que si la première finalité de la décision juridictionnelle est de mettre fin à une incertitude particulière, elle a aussi « une finalité longue ... à savoir la contribution du jugement à la paix publique » (Paul Ricoeur, « L'acte de juger », *Esprit*, juillet 1992, p. 20).

Le refus de cette confusion est absolument nécessaire pour ne pas se méprendre sur la nature du phénomène juridique, qui est une médiation humaine imparfaite entre les contraintes de la réalité et les impératifs d'un idéal inatteignable. Rappeler cela me semble d'autant plus urgent aujourd'hui que le primat sécuritaire que nous constatons n'est pas uniquement le produit d'une réaction apeurée face aux risques de violence ou de terrorisme, même si cette dimension est importante et suscite déjà, par elle-même, des interrogations légitimes⁵⁴. Il est aussi plus profondément la manifestation d'un risque majeur de perversion du droit par une logique de pure efficacité. Jacques Ellul l'avait déjà vu lorsqu'il stigmatisait le « *sacrifice de la justice et de l'homme à l'efficace* » qui aboutit à « *l'entrée de la technique dans le droit* »⁵⁵. C'est d'une autre manière ce qu'a évoqué aussi Alain Supiot dans son premier cours au collège de France qui portait sur le déplacement « *du gouvernement par les lois à la gouvernance par les nombres* »⁵⁶.

Cela nous amène à penser que la prétention à réduire le droit à la sécurisation des relations sociales et juridiques serait vaine car face à la complexité du monde, les États et les systèmes juridiques les plus sophistiqués ne peuvent prétendre parvenir à cet objectif⁵⁷. Mais à défaut que le droit puisse, par son simple office, produire la sécurité que la société attendrait, il convient que les pratiques sécuritaires – qu'elles soient juridiques ou techniques ou technico-juridiques – soient toujours assujetties au respect des droits et libertés fondamentales et que la balance des intérêts soit adaptée à chaque type de sécurité de manière notamment à établir une hiérarchie entre les différentes sécurités qui peuvent s'opposer ou se contredire.

On ne peut donc ni prétendre réorganiser tout le droit autour du concept de sécurité, ni confondre les différentes formes de sécurité privées ou publiques, techniques ou juridiques les unes avec les autres. Même si elles partagent certains caractères communs et transversaux, elles doivent être appréhendées juridiquement de manière spécifique. Comme le montre bien la diversité des interventions réunies à l'occasion de ce colloque de l'école doctorale 101 de l'Université de Strasbourg, c'est plutôt le droit des sécurités qu'il nous faut construire.

En suivant ce chemin, on suivra la préconisation d'Alain Supiot estimant que « *la théorie peut ici faire oeuvre politique, car en y voyant clair on peut espérer qu'on évitera les amalgames qui conduisent à des formes de totalitarisme* » et nous conseillant « *par souci de protection des libertés comme par exigence de rigueur scientifique, de faire dire à la sécurité tout ce qu'elle a à dire, mais pas plus* »⁵⁸. La recommandation nous semble sage.

⁵³ On peut dire, toujours avec Ricoeur, que le juste se situe « *entre le légal et le bon* » (Paul Ricoeur, « Le juste entre le légal et le bon », *Espirit*, septembre 1991, p. 5).

⁵⁴ J.-Cl. Gleizal déjà écrivait en 1994 que « *l'hypothèse de recherche serait que le nouvel État, celui qui succède à l'État-providence, se recomposerait autour des problèmes d'ordre* » (Jean-Claude Gleizal, « A propos de la sécurité », *RSC* 1994 p.812). Pour une critique radicale d'un État de sécurité qui se constituerait actuellement : Giorgio Agamben, « De l'État de droit à l'État de sécurité », *Le Monde*, 23 décembre 2015.

⁵⁵ Jacques Ellul, *La technique ou l'enjeu du siècle*, rééd. Economica, 1990, p. 268.

⁵⁶ Alain Supiot, « *Etat social et mondialisation : analyse juridique des solidarités* », *Annuaire du Collège de France*, 2012-2013, p. 717.

⁵⁷ « *Saturé d'une myriade de demandes, en contradiction souvent les unes avec les autres... l'État se trouve dans la situation de ne pouvoir répondre à sa visée de rationalisation des existences ... il apparaît de plus en plus comme un administrateur défaillant, incapable de remplir les objectifs qu'il s'est lui-même fixés* » (Ph. Portier, 2003, précité, p. 93).

⁵⁸ A. Supiot, 2015, précité.