

# Insécurité juridique : vrais et faux remèdes

XAVIER LAGARDE\*

**Entreprises et particuliers sont de plus en plus souvent confrontés aux incertitudes de la justice : le thème de l'« insécurité juridique » s'est imposé. On objecte que la spécificité de chaque cas particulier rend inévitable une part d'aléa dans l'application de la règle. Il n'empêche que l'insécurité naît surtout de l'inflation des textes législatifs, de l'émiettement des sources du droit. Pour la combattre, beaucoup proposent comme une panacée l'extension du contrat : mais derrière elle se profile le danger d'une société contentieuse. Restent deux voies : le modèle « procédural » (qui passe notamment par la multiplication des autorités de régulation), et le modèle « républicain », c'est-à-dire le retour à une conception plus rigoureuse de la loi, du contrat et de la jurisprudence. L'avenir est sans doute à un compromis entre ces deux modèles.**

Aux yeux d'un grand nombre d'individus – décideurs, juristes, salariés ou simples citoyens –, notre époque se caractérise par une insécurité juridique croissante. Les exemples ne manquent pas : celui de la loi Aubry II qui remettait en cause les accords conclus entre par-

tenaires sociaux à la suite de l'entrée en vigueur de la loi Aubry I ; celui de la jurisprudence sur l'amiante qui, rétrospectivement, fait peser sur les employeurs une obligation de sécurité de résultat ; ou encore la loi « Perruche » dont l'effet, au moins sur le court terme,

remet en cause le droit des victimes à la réparation d'un préjudice judiciairement reconnu... On pourrait aisément multiplier les exemples.

Cette « insécurité », source d'indignation, n'est pourtant pas simple à définir. D'une part, la notion de sécurité juridique n'est, semble-t-il, clairement identifiée qu'à travers ce qu'elle n'est pas. D'autre part, et surtout si l'on considère sa remarquable réversibilité (responsables et victimes l'invoquent successivement), elle pourrait n'avoir qu'une valeur rhétorique, à défaut de consistance conceptuelle.

## UNE CHIMÈRE CONCEPTUELLE ?

De fait, les meilleurs théoriciens du droit<sup>1</sup> ont jadis démontré avec force le caractère illusoire de l'idée de sécurité juridique. Leur propos mérite d'être rappelé.

L'idée est la suivante : même s'il existait une société dans laquelle l'ensemble des règles de droit seraient connues des citoyens, nul ne pourrait être assuré de prévoir, en chaque cas, le règlement juridique de sa propre situation. En effet, la règle de droit est formulée en termes généraux et abstraits, de sorte que sa mise en œuvre exige le plus souvent un effort d'interprétation ; or, l'interprétation

<sup>1</sup> Au premier rang desquels H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd. par Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 155 ; voir également, M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., 1994, p. 293 et s.

\* Professeur agrégé des facultés de droit, membre de l'Institut Universitaire de France.

conduit à définir le sens de la règle, dont le contenu n'est *in fine* connu qu'au contact des réalités auxquelles on l'applique.

Ce raisonnement s'appuie sur une donnée d'évidence : il est impossible d'isoler par avance les situations dans lesquelles l'application d'une règle sera sollicitée, d'où un aléa sur le sens de cette application. L'insécurité juridique est donc un mal nécessaire. Dans cette perspective, exiger la sécurité juridique équivaut à réclamer le risque zéro. D'une certaine manière, le principe de sécurité juridique est au droit ce que le principe de précaution est à l'industrie et aux nouvelles technologies.

Les tenants de cette analyse peuvent aller au bout de leur logique en faisant observer que le lamento sur l'insécurité juridique dissimule en fait une critique de fond de l'interventionnisme législatif, administratif et judiciaire. Il n'y a pas davantage d'insécurité, mais seulement davantage d'occasions de l'éprouver, compte tenu de l'inflation normative. Critiquer la première, c'est en réalité critiquer la seconde. On peut aisément illustrer le propos. Lorsque la Cour de cassation considère dans l'arrêt « Brinon » de 1956 que l'employeur est seul juge de la gestion de l'entreprise, on conçoit que cette solution soit sécurisante puisque, à défaut de règles de contrôle, il n'y a aucune incertitude juridique dans la gestion de l'entreprise. Lorsque, des années plus tard, on fulmine sur l'insécurité juridique qui entache la jurisprudence de la Chambre sociale de cette même Cour, spécialement en matière de licenciements économiques, on oublie de dire que la France s'est entre-temps dotée d'une législation fort contraignante en la matière. La critique formelle n'exprimerait alors qu'un regret, celui qu'il existe un tel dispositif : elle se tromperait, en quelque sorte, de cible.

L'analyse est cohérente, mais laisse apercevoir ses limites. Si la proli-

fération de textes législatifs, en même temps que la pulvérisation de sources du droit, accroît le risque d'insécurité juridique, le phénomène peut justifier une réaction inverse de celle qu'on vient d'évoquer. Si cette inflation n'est pas jugulable, ou du moins si elle ne l'est qu'imparfaitement, ne faut-il pas précisément inventer des techniques propres à limiter le risque créé ? Dans ce cas, il serait abusif de réduire le thème de la sécurité juridique au rang de simple chimère.

Cette réaction s'impose d'autant plus que la sécurité juridique est un corollaire du principe de prééminence du droit, marque d'un Etat de droit. Cela signifie, au minimum, que les citoyens soient à l'abri de l'arbitraire du souverain. Et l'on sait bien que, si la règle de droit devient trop complexe pour demeurer intelligible, ses applications, n'étant plus comprises, seront nécessairement perçues comme l'expression à peine dissimulée d'un arbitraire judiciaire ou administratif.

Les juridictions européennes et communautaires l'ont d'ailleurs bien compris, et ont ainsi consacré à de multiples reprises le principe de la sécurité juridique. Qu'en déduisent-elles ? Essentiellement, d'une part, la nécessité de préserver les acquis juridiques, d'où l'interdiction de remettre en cause les décisions de justice définitives, mais également l'interdiction ou, à tout le moins, la mise sous contrôle des lois rétroactives (et éventuellement de la jurisprudence)<sup>2</sup> ; d'autre part, l'exigence d'une plus grande clarté et d'une meilleure prévisibilité de la règle de droit<sup>3</sup>.

Ce second volet est encore d'une consistance incertaine. Il exprime cependant assez bien un « besoin de sécurité juridique »<sup>4</sup>, défini comme celui de « savoir et prévoir »<sup>5</sup>, l'objectif étant de bénéficier d'une relative certitude sur les conséquences juridiques de ses

actes. Pour satisfaire ce besoin, il importe de réfléchir sur les méthodes disponibles.

### LES INCERTITUDES DE LA CONTRACTUALISATION

Aujourd'hui, cette réflexion est largement dominée par le principe de contractualisation de la norme juridique. L'idée remonte au projet de « nouvelle société » défendu jadis par Jacques Chaband-Delmas. Son point de départ est le constat de l'excès législatif et réglementaire. Pour contenir cet excès, il est suggéré de cantonner la loi dans un rôle d'énonciation de principes fondamentaux, et de confier aux parties intéressées – par exemple les partenaires sociaux – le soin de négocier la mise en œuvre de ces principes.

Séduisante, l'idée est d'une mise en œuvre incertaine. On peut lui voir trois défauts :

– elle repose peut-être sur une psychologie sociale en partie dépassée. La négociation, la contractualisation, supposent des partenaires suffisamment identifiés. Dans la mesure où ces partenaires sont censés représenter des collectivités, cela suppose une certaine homogénéité des parties représentées, un sens du collectif dont chacun sait qu'il se perd. Le seul contrat dont on reconnaît la force contraignante semble être celui que l'on a personnellement conclu. L'éloge de la société conventionnelle date un peu ;

– elle présente des contours incertains. La loi doit traiter de ce qui est fondamental et laisser aux partenaires sociaux le soin de mettre en œuvre les principes ainsi définis. Soit, mais qu'est-ce qui est fondamental ? Sur ce point, les adeptes du contractualisme sont peu disert. Vraisemblablement, abstraction faite des droits fondamentaux (propriété, liberté d'entreprendre mais aussi droit à

<sup>2</sup> Ce qu'admet dans une certaine mesure la Cour de justice des communautés européennes (CJCE 8 avril 1976, *Defrenne c/ Sabena*, Rec. CJCE, p. 455) mais pas la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup> 21 mars 2000, D. 2000, 593, note C. Atias ; voir aussi F. Pollaud-Dulian, *A propos de la sécurité juridique*, RTDCiv. 2001, 487).

<sup>3</sup> Pour une présentation synthétique du sujet, voir J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ 2002.

<sup>4</sup> Selon l'expression du Doyen Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 1992, p. 172.

<sup>5</sup> B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, Actualité Juridique Droit Administratif, 1995, p. 151.

l'emploi, à la santé, au logement, etc.), aucun accord ne se fera. Or, ces différents droits expriment des aspirations contradictoires. En conséquence, la loi, au lieu d'être la charte fondamentale propre à favoriser le développement d'une société policée, ne sera que l'instrument de revendications conflictuelles ;

– c'est là la troisième faiblesse du paradigme contractuel. Certes, on peut soutenir que le contrat permettra de dénouer ces conflits et de lisser les difficultés.

Cependant, s'il n'y a pas de partenaires suffisamment représentatifs, chaque contrat risque de faire l'objet d'un troisième tour judiciaire. On voit ainsi se développer un contentieux de la légalité des conventions collectives, qui n'existait pas il y a quelques années, bien que la pratique contractuelle se soit entre-temps développée<sup>6</sup> à travers la technique des accords dérogatoires.

L'enfer est, une fois encore, pavé de bonnes intentions. Derrière une société contractuelle, que sous-tend un idéal de concorde, se profile ainsi le spectre d'une société contentieuse. En termes de sécurité juridique, autant dire que le gain est assez faible.

Sans être décisives, ces critiques montrent que l'observation béate du modèle contractuel expose nécessairement à des désillusions. En réalité, et il faut rendre cette justice aux critiques du thème de l'insécurité, il est bien évident que cette insécurité résulte de l'inflation législative et réglementaire. Dès lors, un choix s'impose :

– soit on prend acte de cette évolution et on tente de s'en accom-

moder ; on combat alors l'excès par l'excès ;

– soit on mène un combat direct, ce qui implique une tentative de restauration de l'ordre juridique.

On peut opposer les termes de cette alternative en qualifiant le premier de modèle « procédural », le second de modèle « républicain ». Leur ordre de présentation ci-après ne correspond pas à un ordre de préférence.

*Vaut-il mieux une règle de droit définissant les conditions d'une concentration légitime, ou une autorité validant au cas par cas les concentrations projetées ?*

## LE MODÈLE PROCÉDURAL

Le modèle procédural a été mis en forme par des auteurs allemands<sup>7</sup>. En l'adaptant à notre propos, on est conduit à considérer que l'inflation des textes législatifs et réglementaires reflète seulement une instrumentalisation de la règle de droit pour satisfaire une demande sociale de plus en plus élargie : une loi pour les locataires, une autre

pour les fermiers, une troisième pour les cafetiers... Une société n'a jamais que le droit qu'elle mérite.

Dès lors que ni la loi, ni le contrat ne parviennent à articuler ces demandes contradictoires, il convient d'identifier un troisième modus, celui de la procédure. La procéduralisation du droit passe alors par l'habilitation d'autorités compétentes, instituées pour réaliser un objectif consensuel, et par l'édition de procédures visant à soumettre les individus à une exigence de justification et à instaurer un dialogue. D'une certaine manière, les autorités de régulation illustrent ce modèle, assez performant aux points de vue théorique et pratique :

– sous l'angle théorique, cette analyse a parfaitement intégré le fait

que le projet libéral d'aujourd'hui joue d'une certaine manière à front renversé par rapport à celui d'hier. Certes, il existe une ambition commune aux deux projets : faire coexister les libertés. Simplement, alors qu'au temps des Lumières il convenait d'extraire l'individu du corpus social, d'où le concept d'état de nature<sup>8</sup>, il s'agit aujourd'hui de le réintégrer dans la société, maintenant que le concept d'état de nature s'est concrétisé. On ne saurait le faire au moyen d'une loi commune, puisque les droits fondamentaux, dont on a vu le caractère contradictoire, sont la seule chose partagée. On désigne donc une autorité, à même de procéder à l'examen concret de chaque situation, et on exige une justification, afin que chacun accepte le regard de l'autre ;

– d'un point de vue pratique, la procéduralisation paraît plus dangereuse : elle pourrait être source d'insécurité juridique. En effet, tant qu'une procédure n'a pas abouti, rien n'est vraiment acquis. Mais en même temps, le système est assez ingénieux : il consiste à contrebalancer l'excès réglementaire par l'affaiblissement du caractère contraignant de la norme. Surtout, une solution procéduralisée sera le plus souvent une solution définitivement acquise. Les prévisions sur son issue sont plus difficiles à formuler, mais les assurances plus vite données. Par exemple, vaut-il mieux une règle de droit définissant les conditions d'une concentration légitime, ou une autorité validant au cas par cas les opérations de concentration que projettent les entreprises ? Les dirigeants des sociétés Schneider et Legrand ont sans doute une réponse.

## LE MODÈLE RÉPUBLICAIN

Le modèle républicain, qui, dans l'ensemble, a la faveur de la communauté juridique, repose sur une critique du modèle procédural. Ce dernier souffrait d'un déficit démocratique, à un double point de vue :

<sup>6</sup> Sur le sujet, voir F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, LGDJ 2002, n° 553 et s.

<sup>7</sup> Dans le sillage de la pensée de J. Habermas, voir N. Luhmann, *La légitimation par la procédure*, P.U. de Laval-Cerf, 2001.

<sup>8</sup> Voir P. Manent, *Histoire intellectuelle du Libéralisme*, Calmann-Lévy, 1987.

– d'une part, s'en remettre à des autorités revient à méconnaître le pouvoir du souverain ;

– de l'autre, si l'on peut concevoir qu'il y a quelque avantage à solliciter l'intelligence des meilleurs plutôt que la force du nombre, on ne doit pas perdre de vue qu'à défaut de règles suffisamment assurées, l'autorité sollicitée sera naturellement conduite à se décider en fonction des attentes de son auditoire. Au jeu de la sagesse et de l'intelligence, de la morale et de l'éthique, il y a fort à craindre que ce ne soit *in fine* le plus puissant qui l'emporte.

Le projet démocratique qu'est censé mettre en œuvre la procéduralisation du droit a ceci de paradoxal qu'il met le peuple entre parenthèses et ouvre la voie au règne de la force ; pas la force brute, sans doute, mais la force morale, économique ou médiatique. L'ordre juridique communautaire est volontiers pris en exemple pour illustrer les dérives technocratiques de la procéduralisation : des objectifs mous – faire l'Europe, protéger l'environnement, les consommateurs... –, des concepteurs de normes isolés de tout, des lobbyistes pour seuls contradicteurs légitimes, etc.

Il n'y a donc pas d'autre choix que d'en revenir à une conception rigoureuse des trois grandes données du droit positif que sont la loi, le contrat et la jurisprudence :

– la loi doit retrouver ses qualités de règle générale, abstraite et permanente. Cela suppose que notre législation subisse une cure d'amalgamation et que soit abandonnée la conception instrumentale qui l'inspire. Concrètement, il faudrait cesser de légiférer à la demande et

abolir le concept d'urgence dans le processus d'élaboration de la loi ;

– une assez large place doit être réservée au contrat, à condition de s'en faire une conception rigoureuse. Cela exige que les parties liées par le contrat donnent spécifiquement leur accord, ou, à tout le moins, qu'elles aient été en mesure d'exprimer leur point de vue. Cela suppose aussi de définir des communautés suffisamment homogènes, dans lesquelles chaque individu est en mesure de s'exprimer. En droit du travail, cela implique de faire prévaloir l'accord d'entreprise, qui peut reposer sur un vote de la collectivité de ses membres, sur la convention collective, issue d'une négociation entre partenaires dont la représentativité est incertaine ;

– enfin, le juge doit admettre qu'il n'est que le serviteur de la loi et du contrat. Il doit borner son pouvoir créateur à l'interprétation des règles disponibles et garantir l'efficacité des normes contractuelles sans chercher à en modifier l'équilibre.

### VERS UNE MÉTHODE SYNCRÉTIQUE

Il n'est pas évident que nous ayons nécessairement à choisir entre ces différents modèles. D'une part, politiquement, aucun d'entre eux ne recueillera suffisam-

ment de suffrages pour s'imposer seul. D'autre part, chaque modèle, pour fonctionner, a besoin de l'autre : le contrat, parce qu'il ne peut couvrir l'intégralité des questions sociétales, doit être accompagné de substituts ou de compléments ; dans une logique procédurale, on ne peut rien faire sans un minimum de règles, ne serait-ce que pour définir les procédures et frapper d'irrecevabilité les prétentions les plus farfelues ; la logique répu-

blicaine, qui fait appel à la sagesse du juge et du législateur, ne peut vraisemblablement pas se passer d'autorités chargées de veiller au respect de cette directive.

On pourrait donc avoir l'impression que les critiques du thème de l'insécurité juridique avaient raison avant les autres : parce qu'il n'y a pas de réponse satisfaisante au problème posé, il s'agit d'un faux problème. Une conclusion aussi négative ne s'impose pas : ce n'est pas parce qu'il n'y a pas une solution qu'il n'y en a aucune. En réalité, il existe plusieurs méthodes efficaces, si elles sont correctement utilisées :

– la méthode contractuelle est efficace si les parties intéressées sont suffisamment homogènes et désireuses de contracter ; de ce point de vue, les « bons contrats » sont les contrats individuels et les contrats collectifs conclus au nom d'individus ayant chacun été en mesure de faire valoir son opinion ;

– la méthode législative est source de sécurité juridique si elle règle avec sobriété des questions d'intérêt général, c'est-à-dire celles qui intéressent une collectivité d'individus irréductible à un « collectif » ;

– la méthode procédurale offre les meilleures garanties pour protéger les droits de chacun, à la condition expresse que soient clairement définies les compétences des autorités appelées à régler les procédures. Concrètement, on pourrait suggérer qu'il n'y ait, au moins en France, qu'une seule autorité ou juridiction habilitée à trancher les questions mettant en jeu des droits fondamentaux. Pour juger de la méconnaissance de ces droits par les normes législatives et réglementaires, il n'y aurait plus le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Il y aurait – il est peut-être temps – une Cour Suprême. ●

*Contractuel, « républicain » ou procédural, les trois modèles peuvent coexister s'ils sont correctement appliqués.*