



HAL
open science

La sécurité juridique, nouvel opium des juges

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. La sécurité juridique, nouvel opium des juges. *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, sous la dir. de V. Champeil-Desplats et N. Ferré, LGDJ, pp.247-250, 2007. halshs-00009769v2

HAL Id: halshs-00009769

<https://shs.hal.science/halshs-00009769v2>

Submitted on 23 Oct 2008

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.

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, NOUVEL OPIUM DES JUGES ?

Pierre BRUNET,

Professeur de droit public à l'Université de Paris X-Nanterre,

Centre de Théorie et Analyse du droit, (UMR CNRS 7074)

Paru dans

Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak,

sous la dir. de V. Champeil-Desplats et N. Ferré, Paris, LGDJ, 2007, p. 247-250

Nul ne contestera que, depuis une dizaine d'années, la sécurité juridique est devenue le thème central sinon obsessionnel des controverses juridiques et l'objet de toutes les attentions de la part des juges tant nationaux que supranationaux.

Quiconque voudrait en avoir la preuve pourrait se reporter à une récente communication d'un des membres du Conseil constitutionnel français heureusement disponible sur l'Internet (« La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel » [20 septembre 2005] disponible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/securitejuridique.pdf>). D'une remarquable clarté, ce document a l'insigne mérite de pointer un « paradoxe » que n'ont pas manqué de souligner les plus fins analystes : bien qu'absente de la Constitution et non expressément consacrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « la notion de sécurité juridique (...) joue dans celle-ci, un rôle si grand qu'elle est à l'origine à la fois de ses principaux infléchissements au cours des dernières années et des principales contraintes que celle-ci fait peser sur le législateur ».

Recherchant les causes d'un tel paradoxe, l'auteur en identifie deux : l'une tient au « puissant effet unificateur des droits de l'union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme » ; l'autre « au mouvement profond de complexité croissante du droit ». Ainsi, « face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne ».

On ne s'attardera pas sur l'ambiguïté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel voire sa contradiction interne. En effet, l'attribution d'une force extraordinaire à une notion « absente » ne saurait surprendre : on sait depuis belle lurette que le juge constitutionnel n'entend pas limiter le choix de ses instruments de contrôle aux seules normes tirées des dispositions constitutionnelles écrites. Ce sont là ce que la théorie du droit appelle des « normes implicites » ou encore « inexprimées ». Il reste que celui qui les identifie ne découvre rien qui lui préexiste : formuler une norme implicite revient tout simplement à la poser.

Plus instructive, parce qu'elle exprime fort bien un point de vue très largement partagé par d'autres que l'auteur du document commenté, l'identification des causes de ce paradoxe appelle plusieurs observations.

À bien y regarder, ce que l'on nomme la « complexité croissante du droit » ici est en réalité ce que l'on qualifie de « désordre » là. Or de quoi est fait ce désordre auquel la sécurité juridique viendrait mettre un terme ? De l'excès quantitatif de normes et de leur faiblesse qualitative : elles manqueraient de clarté et de normativité. Autrement dit, elles n'assureraient pas suffisamment la sécurité juridique des citoyens ; bref, le désordre viendrait d'une absence de sécurité juridique.

Contrairement aux apparences, l'argumentation demeure très ambiguë.

On peut d'abord y voir une injonction purement pratique : la notion de sécurité juridique est un moyen de résoudre le problème que pose la complexité du droit contemporain. La question n'est donc pas celle de la légitimité mais celle des moyens par lesquels on peut apporter un peu de sécurité juridique ou, comme on le dit, « un semblant d'ordre ». Or s'il faut remédier à une inflation de normes, obscures et peu normatives, on peut envisager deux moyens : l'un consiste dans l'élimination ou l'empêchement de certaines normes jugées obscures ; l'autre, dans la production de normes claires et clairement normatives. Admettons que le pouvoir d'empêcher ces normes revienne au juge, à qui reviendra celui de produire des normes claires ? On pense spontanément aux organes législatifs ordinaires. Pourtant ce sont eux que l'on accuse aujourd'hui d'être à l'origine du « désordre ». Quand bien même les juges conserveraient cette fonction au législateur ordinaire, il faut pourtant souligner que celui-ci aura bien du mal à se conformer *a priori* aux exigences de ceux-là tant est indéterminée l'idée même de sécurité juridique telle qu'elle résulte de la jurisprudence des juridictions qui s'y réfèrent. Ainsi y a-t-il fort à parier que, des deux moyens d'atteindre la sécurité juridique – le pouvoir d'empêcher et le pouvoir de créer –, le premier l'emportera sur le second. Là est d'ailleurs peut-être la seule fonction que remplit la « sécurité juridique » : celle de justifier que les juges doivent participer à la production des normes.

On peut ensuite y voir un sophisme. Si de ce qui *est*, on ne peut inférer ce qui *doit* être, de ce qu'*il y a* du désordre, on ne peut inférer l'unique norme selon laquelle *il faut* de la sécurité juridique : car du même constat – le désordre – on pourrait tout autant inférer qu'*il faut* le maintenir. Autrement dit, ce n'est pas l'existence factuelle du désordre qui justifie la sécurité juridique mais bel et bien la volonté d'y remédier, au nom de la représentation classique selon laquelle un ordre « véritablement » juridique doit être clair, ordonné, cohérent, en un mot, prévisible ! Or, sauf à se bercer de l'illusion rationaliste qu'il existe des vérités ultimes susceptibles de fonder objectivement des normes, qui seraient ensuite logiquement déduites les unes des autres, une telle volonté ne saurait faire l'objet d'une justification rationnelle. On mesure ainsi ce que l'argument a, en définitive, de tautologique : la sécurité juridique est nécessaire parce qu'elle est nécessaire. Mais comme souvent les tautologies, celle-ci a une vertu : celle de nous faire accéder au désir des juges – ici constitutionnels – d'œuvrer pour le bien des citoyens. Aussi louable soit cette intention, elle ne manque pas de soulever une objection : est-ce là leur fonction ?

Enfin, on nous dit que l'influence du principe de sécurité juridique procède du « puissant effet unificateur » des droits communautaires et européens. Il demeure que, comme chacun sait, les sources écrites de ces « droits » ne contiennent elles-mêmes nullement la « notion » ou le « principe » de sécurité juridique : ce sont encore une fois les juges chargés

d'appliquer ces sources qui ont eu recours à un tel « principe ». Dans ces conditions, l'effet unificateur résulte bien plus certainement de la puissance des juges que de la puissance des textes.

De son côté, le Conseil d'État n'a pas manqué de faire savoir, sur son site Internet, qu'il avait « solennellement » consacré le principe de sécurité juridique (CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, AJDA 2006, p. 684) lequel l'a conduit à imposer aux autorités investies du pouvoir réglementaire l'obligation « d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle (...) ».

Au premier paradoxe d'un juge constitutionnel prétendant assurer le respect d'un principe qu'il n'a jamais consacré, s'en ajoute un nouveau : celui d'un juge administratif qui consacre un principe auquel d'autres juges donnent un autre nom. Car les juges communautaires imposent également aux autorités nationales l'obligation d'édicter les mesures transitoires qu'implique l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation. Mais ils la désignent du nom de « confiance légitime ».

Or on sait que le Conseil d'État se refuse à consacrer formellement ce principe et ne l'impose à l'administration qu'à la condition que soient en cause des normes communautaires. La justification avancée est tirée de ce que sa consécration conduirait à créer un droit subjectif au maintien de la réglementation et porterait donc atteinte à la continuité du service ou de l'État. Une telle idée est pourtant loin d'être défendue par la Cour de justice pour qui « un opérateur économique ne saurait (...) faire valoir un droit acquis ou même une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des actes pris par les institutions communautaires dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation » (CJCE 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health et autres c/ Secretary of State for Health*, aff. C-154/04 et C-155/04). Dans le même temps, le Conseil d'État impose à l'administration la même norme substantielle : elle doit veiller à ce que ses règlements comportent des mesures transitoires.

On mesure dès lors ce que le choix du principe de sécurité juridique au détriment de celui de confiance légitime doit à la conception des rapports entre droit national et droit européen. Que l'on conçoive ces derniers sous les auspices du dualisme ou d'un monisme à primauté interne, le fait est qu'avec cette solution le Conseil d'État s'autorise à fournir un fondement juridique interne à la norme qu'il pose, tout en parvenant aux mêmes fins que celles visées par le droit communautaire : les rapports sont donc formellement dualistes mais matériellement monistes (et, en l'espèce, la forme l'emporte sur le fond). Le Conseil d'État préserve ainsi sa propre autonomie sinon sa souveraineté sur son ordre juridique : puisqu'il est le maître du principe, il demeure le maître de son application. On parlera certes de « traditions juridiques ». C'est là un masque accommodant dont il n'est d'ailleurs pas certain qu'il tende à assurer la sécurité juridique : à tout prendre ne vaudrait-il pas mieux donner le même nom aux mêmes normes ?

D'où une question : et si la source du désordre venait de la multiplication des juges ?