



HAL
open science

Les réalités hors contrôle : les nier c'est créer de l'insécurité juridique, les appréhender c'est essayer de penser le droit dans un environnement d'insécurité juridique

Jean-Sylvestre Bergé

► To cite this version:

Jean-Sylvestre Bergé. Les réalités hors contrôle : les nier c'est créer de l'insécurité juridique, les appréhender c'est essayer de penser le droit dans un environnement d'insécurité juridique. G. Cerqueira, H. Fulchiron, N. Nord (dir.). L'insécurité juridique - l'émergence d'une notion, éd. SLC, pp. 169-186, 2022. <halshs-03945080>

HAL Id: halshs-03945080

<https://shs.hal.science/halshs-03945080v1>

Submitted on 25 Feb 2025

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.



HAL Authorization

INSÉCURITÉ JURIDIQUE : L'ÉMERGENCE D'UNE NOTION

G. Cerqueira (dir.), Editions SLC, à paraître (2021), à paraître

LES RÉALITÉS HORS CONTRÔLE : LES NIER C'EST CRÉER DE L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE, LES APPRÉHENDER C'EST ESSAYER DE PENSER LE DROIT DANS UN ENVIRONNEMENT D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

Jean-Sylvestre BERGÉ, Professeur à l'Université Côte d'Azur - CNRS GREDEG - IUF¹

Il y a sans doute deux grandes manières de faire de la recherche en droit.

La première consiste à utiliser le droit comme un moyen de clôturer la recherche juridique autour d'objets juridiques préalablement identifiés.

La seconde consiste à utiliser le droit comme un art de délimitation capable de s'ouvrir à des objets juridiques non identifiés.

Au titre de la première démarche, on pourrait être tenté de dire que notre sujet n'existe pas, et cela pour deux grandes raisons. D'une part, il n'y a pas de réalité qui s'impose au droit. Le droit est son propre monde et peut fabriquer ses constructions sans référence aucune aux « vérités » les mieux établies. D'autre part, le « hors contrôle » n'a pas de sens en droit. Le droit est par essence un outil de contrôle et nous savons tous qu'un énoncé juridique peut parfaitement poser le principe d'un contrôle juridique là où, en fait, le contrôle est pratiquement impossible.

Au titre de la seconde démarche, la seule que nous puissions retenir si nous voulons nous donner la peine d'explorer plus avant l'hypothèse de notre sujet, nous voudrions faire deux propositions : nier les réalités hors contrôle, c'est créer de l'insécurité juridique (II), les appréhender, c'est essayer de penser le droit dans un environnement d'insécurité juridique (III).

Mais avant cela, il nous faut préciser ce que nous entendons par « réalités hors contrôle ». Nous nous focaliserons sur les circulations totales (I).

¹ Courriel : Jean-Sylvestre.BERGE@univ-cotedazur.fr - Blog : www.universitates.eu. Le style oral de cette communication a été conservé et l'appareil scientifique a été allégé en conséquence.

I – Les réalités hors contrôle : le cas des circulations totales

Quand mon collègue et ami, le Professeur Gustavo Cerqueira, m'a aimablement invité à participer à cette belle manifestation, je lui ai proposé de mettre en relation l'hypothèse du sujet de cette journée avec un travail de recherche pluriannuel qui s'achève sur « la circulation totale au-delà du contrôle et le droit »².

Gustavo a choisi de formuler mon sujet autour des « réalités hors contrôle », ce que je me suis empressé de comprendre comme un blanc-seing pour réintroduire le scénario de la circulation totale au-delà du contrôle !

De quoi s'agit-il ?

Les circulations visent ici tout déplacement géophysique de personnes et de biens, sous des formes matérielles ou immatérielles. Les termes « personnes » et « biens » doivent être compris de manière extensive : personnes physiques ou personnes morales, biens-chose ou biens-valeur, y compris, pour ces derniers, les services et les capitaux. Par déplacement géophysique, il faut entendre l'ensemble des mouvements caractérisés par un déplacement de personnes ou de biens sur un ou plusieurs territoires, à l'intérieur d'un espace ou dans plusieurs espaces.

Les analyses se concentrent sur les circulations d'origine humaine au détriment des circulations de la nature. L'explication tient à la notion de contrôle qui n'est pas la même selon l'origine naturelle ou humaine de la circulation. De manière très générale, on peut dire, en effet, que la règle de droit n'impose pas à l'homme de contrôler les circulations de la nature, là où pour les circulations anthropiques, c'est la solution inverse est le plus souvent retenue. Dans la mesure où notre hypothèse de travail repose sur l'idée d'une perte de contrôle, il est de bonne logique de ne retenir que les secondes.

Le terme « total », quant à lui, est dérivé de l'expression « fait social total », telle qu'elle est utilisée en sociologie. Il désigne cette propriété de la circulation à engager une totalité d'acteurs. En conclusion de son célèbre Essai sur le don, Marcel Mauss conclut ses analyses par cette définition : « Les faits que nous avons étudiés sont tous, qu'on nous permette l'expression, des faits sociaux totaux (...) : c'est-à-dire qu'ils mettent en branle dans certains cas la totalité de la société et de ses institutions (...) et dans d'autres cas, seulement un très grand nombre d'institutions, en particulier lorsque ces [faits] concernent plutôt des individus »³. Parler de

² Sur le projet de recherche « IFITIS » (IUF senior 2016-2021) et ses réalisations, voir : <http://www.universitates.eu/jsberge/?p=25673>

³ L'Année sociologique, seconde série, 1924-1925, tome 1 - rééd. Puf, coll. Quadrige, 2^e éd., 2012, p. 234.

« circulation totale au-delà du contrôle », c'est décrire un ensemble protéiforme de faits de circulation susceptibles d'engager, dans un environnement donné, une totalité d'acteurs ou un grand nombre d'entre eux. La circulation totale au-delà du contrôle peut être observée dans tout type d'environnement. D'un point de vue spatial, il peut s'agir d'une ou plusieurs pièces (une salle de réunion, une habitation), d'une entité plus vaste (les locaux d'une entreprise ou d'une administration), d'une zone géographique donnée, plus ou moins organisée (une ville, un département, une région, un Etat, un marché, une zone de contamination) et, de manière plus large encore, d'un environnement global (la terre, l'univers). D'un point de vue temporel, la circulation totale au-delà du contrôle peut s'inscrire dans un temps extrêmement court (une opération comptabilisée en nanoseconde) ou extrêmement long (une ère géologique). D'un point de vue social, la circulation totale au-delà du contrôle peut frapper toutes sortes de groupes, du plus petit au plus grand (une famille, un clan, une association, une société civile ou commerciale, une société nationale, régionale, internationale, transnationale). Toutes ces distinctions doivent être approchées de manière dynamique. En effet, le propre d'une circulation, et c'est bien toute la difficulté à la saisir, est de passer parfois très rapidement d'un état à un autre. On ne peut dans ces conditions avoir une vision purement cloisonnée de ces environnements spatiaux, temporels et sociaux.

Les faits de circulation totale au-delà du contrôle débordent par nature le strict cadre d'action d'un opérateur défaillant qui aurait laissé une circulation lui échapper. Ils visent tout type d'acteurs, qu'il s'agisse 1° d'acteurs actifs ou passifs, selon qu'ils ont provoqué la circulation qui a échappé au contrôle ou qu'ils la subissent, 2° d'acteurs publics ou privés, de l'Etat et ses démembrements, des organisations publiques internationales ou régionales, en passant par toutes les formes d'organisations privées non gouvernementales, sans oublier, bien sûr, les individus, 3° d'acteurs légitimes ou illégitimes, les circulations totales au-delà du contrôle peuvent s'inscrire dans des opérations légales, conformes aux règles de droit qui leur donnent une légitimité ou dans des opérations illicites, notamment pour tous trafics, qu'ils soient plus ou moins organisés. Comme dans le cas précédent, il est essentiel de développer une approche dynamique du jeu des acteurs. La circulation crée une porosité entre toutes ces catégories, de sorte qu'en cas de circulation totale au-delà du contrôle, il est bien difficile de s'en tenir une lecture strictement active, passive, publique, privée, légitime ou illégitime du phénomène⁴.

⁴ Pour deux illustrations remarquables de cette porosité entre les acteurs et les territoires, voir J.-B. Malet, *L'empire de l'or rouge - Enquête mondiale sur la tomate d'industrie*, Fayard, 2017 ; C. Champeyrache, *La face cachée de l'économie - Néolibéralisme et criminalités*, Puf, 2019.

La dernière expression « au-delà du contrôle » désigne une perte de contrôle dans le processus de circulation, perte qui revêt différents aspects selon la nature du contrôle en cause. La circulation devient « incontrôlable » en ce sens que, dans des situations générales ou particulières, définitives ou temporaires (notamment de crise), elle échappe à un moment ou à un autre, en tout ou partie, au contrôle des acteurs. Cet échappement peut être volontaire ou involontaire, conscient ou inconscient.

Ce qui importe, c'est de considérer les effets de la perte de contrôle. La circulation totale au-delà du contrôle génère, à l'intérieur de sa propre sphère, ses circuits positifs et négatifs, légaux et illégaux, interdisant à l'action conjuguée des acteurs de la contenir.

Plutôt que de parler d'absence de contrôle, il est préférable d'envisager la situation en termes de « perte de contrôle ». La situation a été sous contrôle de l'homme à un moment ou un autre du processus. Mais à la suite d'une cause ou d'un enchaînement de causes, le contrôle du flux a été perdu par l'ensemble des acteurs potentiellement concernés. La situation n'est pas nécessairement irrémédiable. Mais pendant un temps donné, elle est hors de contrôle ou, plus exactement, au-delà du contrôle.

L'hypothèse d'une perte de contrôle suppose que l'on s'entende sur le sens du mot « contrôle ». On peut ainsi envisager 1° la mesure du flux : recueillir des données sur un flux de circulation est une première manière de le contrôler ; les données sont indispensables pour créer un modèle de circulation de nature à le rendre intelligible ; 2° la libération du flux : libérer le flux est évidemment une manière de le contrôler, puisque l'acteur qui a le pouvoir de provoquer le flux peut tout bonnement décider de ne pas le faire ; 3° l'orientation du flux : donner à un flux une orientation plutôt qu'une autre est également une forme de contrôle ; le choix d'un circuit plutôt qu'un autre a des incidences sur le flux ; 4° l'arrêt du flux : c'est le pendant de la libération du flux ; pouvoir stopper un flux que l'on a soi-même provoqué ou qui a été provoqué par un autre est évidemment un exercice de contrôle du flux ; 5° le retour du flux : la capacité d'un acteur de rendre le flux totalement réversible est sans doute la forme la plus aboutie de contrôle, puisqu'elle implique d'autres formes de contrôle que celles précédemment décrites (mesure, orientation et stoppage du flux).

L'hypothèse d'une circulation totale au-delà du contrôle n'implique pas nécessairement une perte cumulée de l'ensemble de ces outils de contrôle. On peut imaginer que la perte de contrôle puisse être graduée et ne concerner qu'une partie seulement de ces différents instruments de contrôle. On peut aussi envisager le cas où la perte de contrôle est véritablement totale en ce sens qu'aucun acteur n'est en état de mesurer, provoquer, orienter, stopper ou renverser le flux.

Pour illustrer la « circulation totale au-delà du contrôle », on peut prendre de très nombreux exemples⁵. En écho à la situation sanitaire actuelle, on retiendra ici le risque épidémique qui offre un cadre très riche d'analyses en tout genre⁶.

L'électrochoc mondial suscité par la propagation du coronavirus « COVID-19 » dès 2019-2020 est un exemple de circulation totale produite par l'homme et qui échappe dans une large mesure à son contrôle.

L'origine anthropique de l'épidémie de la COVID-19 ne fait guère de doute même si le scénario précis de sa première transmission à l'homme reste soumis à discussions. L'activité humaine, la modification qu'elle entraîne des écosystèmes (par ex., la déforestation massive) est, en effet, à l'origine de la propagation du virus qui, sans ces perturbations, serait très certainement resté confiné dans son environnement naturel.

La circulation du virus à l'échelle mondiale - la pandémie - est également étroitement liée à l'activité humaine. La transmission de personne à personne est largement encouragée par l'ensemble de nos mouvements, petits ou grands. D'autres vecteurs favorables, telle que la circulation des microparticules polluantes, nous placent, nous individus, à une très grande proximité du processus de propagation.

Cette dernière est à proprement parler hors de contrôle. De saut en saut, les acteurs publics et privés prennent acte de leur perte inéluctable de contrôle. On essaye d'abord d'isoler les cas, ensuite de confiner les populations et, au final, on observe que la pandémie passe comme une gigantesque vague que personne ne peut arrêter. Tous les efforts se concentrent alors sur la minimisation des effets dévastateurs et de plus en plus rares sont les personnes qui évoquent - sérieusement - la possibilité de stopper le flux.

⁵ Pour d'autres illustrations autour de la circulation des gaz à effet de serre, la circulation de l'information, la circulation de produits et d'espèces en tout genre, ainsi que pour une étude systématique de ces circulations à propos des personnes, des données, des capitaux et des déchets, voir notre ouvrage : *Les situations en mouvement et le droit : essai d'une épistémologie pragmatique*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2021, spéc. p. 65 et s

⁶ Pour une analyse de la circulation du virus d'un point de vue géographique : M. Lussault, « Le Monde du virus – une performance géographique », Site aoc.media/analyse, 14 avril 2020. Pour une mise en perspective historique du rôle joué par les circulations marchandes dans la propagation des maladies ayant contribué à la chute de l'Empire romain, voir K. Harper, *Comment l'Empire romain s'est effondré. Le climat, les maladies et la chute de Rome*, éd. La Découverte, 2019. Pour une sélection d'articles proposée par La Vie des Idées sur les multiples facettes des épidémies : <https://laviedesidees.fr/Les-visages-de-la-pandemie.html>. Pour une analyse du traitement des pandémies en droit international, voir S. Maljean-Dubois et R. Mehdi (dir.), *La société internationale et les grandes pandémies*, Pedone, 2007. Pour une sélection d'articles récents sur l'appréhension de l'épidémie COVID-19 en temps de crise, voir, coll., *Grand Angle - COVID-19*, Dalloz, 2020.

II. Nier les réalités hors contrôle, c'est créer de l'insécurité juridique

Face à ce type de situations, on peut - et c'est bien légitime - s'arquer-bouter sur l'objectif de retrouver un contrôle perdu. C'est d'ailleurs par ce biais que sont conduites généralement la plupart des actions. La normalité voulant que la situation soit sous contrôle, c'est parce que le contrôle a été perdu qu'il faut le recouvrer, quitte à recourir à des mesures « d'urgence », « exceptionnelles », etc.

Je voudrais prendre ici le contre-pied de ces analyses en imaginant une nouvelle manière d'appréhender les situations de perte de contrôle des flux d'origine anthropique.

La nouveauté de la démarche tient au fait que, le plus souvent, nous nions les réalités de perte de contrôle et que c'est cette négation qui est source d'insécurité juridique.

Pour parvenir à ce renversement de la perspective, il est utile de mobiliser la notion de « risque invisible ».

Les études dédiées à la notion de risque invisible - « silent risk » en anglais - ne sont pas nombreuses. Il faut dire qu'il n'est jamais facile de traiter de quelque chose qui ne voit pas ou dont on n'a pas l'habitude de parler.

Un centre de recherches français, spécialisé dans l'étude et l'observation des risques, a néanmoins consacré au sujet un numéro spécial de sa revue *RISEO*⁷.

Plusieurs traits saillants du risque invisible ressortent des analyses. Tout d'abord, on peut faire observer que la plupart des risques visibles aujourd'hui, c'est-à-dire dont on parle, ont été pendant plus ou moins longtemps invisibles. Si l'on reprend les exemples des accidents de la circulation routière et des installations nucléaires civiles, on observe qu'un temps de retard existe entre l'émergence du risque et son traitement par des initiatives privées ou publiques et, notamment, par le droit. La révélation et le traitement de nouveaux risques sont une quête permanente. Même pour les risques déjà identifiés comme tels, il faut adapter les analyses aux nouvelles manifestations du risque. Par exemple, le risque de contamination nucléaire consécutive à un séisme n'a été appréhendé que récemment sur la base d'expériences accidentelles de type « Fukushima » qui ont mis au jour un nouvel aspect d'un risque que l'on croyait pourtant connu.

⁷ B. Steinmetz (dir.), «Le risqué invisible», *RISEO* (2017/2), 207 p. : <https://www.calameo.com/read/005049066fa9bf1a01289>

Ensuite, il y a dans la problématique du risque invisible, une tension souvent très forte entre la part de risque que l'on ne peut pas objectivement observer à un instant donné, compte tenu notamment de l'état de la connaissance, et celle que l'on cache, soit délibérément par volonté de ne pas avoir à le traiter, soit plus secrètement, par résilience notamment, de peur de ne pas être en mesure de le traiter.

Enfin, il est certain que, tout comme le risque, la notion plus étroite de risque invisible mobilise des disciplines extrêmement diverses. L'ensemble des sciences dures, humaines et sociales sont convoquées pour étudier la manière dont un risque demeure caché ou la manière dont il est révélé malgré tout. L'étude peut porter, très amont du processus de gestion des risques, au stade de la prévention des risques. Elle est naturellement présente au stade ultérieur du traitement desdits risques⁸.

La question se pose de savoir si la présence d'une situation en mouvement est de nature à caractériser de manière spécifique l'hypothèse qui nous intéresse ici d'un risque invisible de perte de contrôle.

La réponse ne fait guère de doute. Le déplacement de biens ou de personnes est une source de perte de contrôle qu'il est d'autant plus difficile à identifier que les territoires dans lesquels le risque évolue changent et, avec eux, un certain nombre d'acteurs et de règles spécifiquement dédiés à l'exercice d'un contrôle. Cette observation est confortée par la situation, très fréquente en matière de risque invisible, d'une circulation diffuse ou en forme de réseau et qui ne marque pas nécessairement et distinctement de son empreinte les territoires traversés par le risque.

Risque et circulation vont ainsi souvent de pair et cette association affecte nécessairement les situations particulières qui nous intéressent ici de risque invisible de perte de contrôle totale.

Mais comment se fait-il que le risque de perte de contrôle des situations en mouvement provoquées par l'homme puisse demeurer invisible ? Quel type d'explication générale est-il possible de donner, sans préjudice des raisons particulières qui peuvent caractériser telle ou telle situation spécifique ?

Pour répondre à ces interrogations, il faut mobiliser à nouveau le spectre de la perte de contrôle.

Les cols blancs, c'est-à-dire les gouvernants qui sont à la tête des grandes organisations publiques et privées, nationales, régionales et multinationales, ne peuvent faire l'aveu public de

⁸ Pour une illustration tirée de l'affaire dite « des éthers de glycol », voir l'analyse pluridisciplinaire proposée par J.-N. Jouzel, *Des toxiques invisibles - Sociologie d'une affaire sanitaire oubliée*, EHESS Editions, 2012.

leur impuissance, en expliquant que la situation, ici les flux de circulation, ont échappé à leur contrôle.

Les mafieux, qui tirent une grande partie de leurs profits de ces flux de circulation en circuits courts ou longs, visibles ou cachés, légaux ou illégaux, se gardent bien de communiquer sur l'ensemble du dispositif ainsi mis en mouvement et dont ils ne maîtrisent pas eux-mêmes l'ensemble des tenants et aboutissants.

Les populations ne veulent jamais croire au pire. L'idée qu'elles puissent être submergées par un environnement au développement duquel elles contribuent par leur action quotidienne la plus anodine est totalement anxiogène. Elles ne veulent pas entendre parler d'une circulation au-delà du contrôle, préférant prêter l'oreille aux discours rassurants, fussent-ils totalement faux, selon lesquels la situation reste sous contrôle.

Les sciences, entendues au sens large (sciences dures, sciences humaines et sociales, sciences fondamentales, sciences appliquées), prennent également part à cet état de fait. Traiter de ce qui échappe au contrôle est difficile pour le scientifique dans la mesure où l'on ne sait pas bien parler de ce que l'on ne mesure pas.

Cet alignement du comportement de chacun de ces grands acteurs est aggravé dans les cas de collusion. Les situations en mouvement créent des porosités entre les espaces (publics, privés, légaux, illégaux, marchands, non marchands, etc.) réservés à chacun des acteurs. Ces porosités sont propices au développement des conflits d'intérêts qui sont fréquemment mis en exergue par l'étude précise et argumentée des situations de risques invisibles.

L'idée que l'homme puisse - parfois durablement - perdre la maîtrise des flux qu'il a lui-même provoqués ne pénètre pas facilement les consciences.

Cet état général des choses est source d'insécurité juridique.

Chaque fois qu'un risque demeure invisible, il n'est pas juridiquement appréhendé en tant que tel.

L'histoire est ainsi jalonnée, nous l'avons dit, de ces risques qui ont accédé à un traitement juridique pour pallier les situations d'insécurité juridique dues à leur méconnaissance (accidents de la circulation, risque nucléaire, par exemple).

Dans le cas de la pandémie provoquée par la COVID-19, nous n'étions manifestement pas préparés à un tel risque. Nous nourrissions l'illusion que notre technosphère avait vaincu le risque épidémique à grande échelle alors que ce type de risque jalonne l'histoire de l'humanité.

Cette impréparation au risque crée incontestablement du désordre juridique. Tous les domaines sont concernés : le droit public, comme le droit privé, le droit interne, international comme européen. Comme de très nombreux acteurs, les juristes s'affairent à construire des solutions face à la situation de crise. Il faut construire à la va-vite une doctrine juridique des situations d'urgence ou exceptionnelles et des restrictions aux droits et libertés. Il faut imaginer de pouvoir traiter autrement l'inexécution contractuelle et la réparation des dommages. La prise en charge collective du risque suppose également d'imaginer des solutions dont on n'aurait pas soupçonné la possibilité il y a ne serait-ce que quelque temps.

Mais, décidément, nous n'apprenons jamais rien de nos erreurs passées.

Une fois la situation de crise appréhendée, le droit continue de bannir de ses constructions l'hypothèse d'une impuissance humaine à contrôler les situations en mouvement, en l'occurrence les flux épidémiques. Il refuse bien souvent de rendre réellement visible le risque de perte de contrôle, préférant se nourrir de l'illusion d'un contrôle retrouvé.

Chaque fois que cette illusion est déçue, le droit, par son impuissance, provoque de nouvelles formes d'insécurité juridique.

Ainsi va le cours des choses.

III. Appréhender les réalités hors contrôle, c'est essayer de penser un droit dans un environnement d'insécurité juridique

Plutôt que de courir après l'illusion du contrôle, plutôt que de fabriquer malgré nous de l'insécurité juridique, il faut renverser la perspective.

Poser le postulat que le droit peut se construire sur une impuissance humaine à exercer un contrôle, c'est prendre le contre-pied de toutes les analyses les plus communément admises sur la puissance du droit, source de sécurité juridique.

Il faut trouver le moyen de faire de la perte de contrôle, le point de départ d'une analyse capable de construire en somme un régime juridique de l'insécurité juridique.

Ce point de départ peut prendre la forme d'une utopie.

On la formulera au conditionnel.

L'utopie aurait ici un sens mélioratif. Elle exprimerait une profonde sagesse et une très grande humilité des hommes qui reconnaissent, dans un îlot (Utopia) de leur pensée, qu'ils ne sont pas

en situation de toujours tout maîtriser. Ils se laissent convaincre par l'idée que le contrôle des flux par eux provoqués n'est pas toujours de mise, bien au contraire. Ce lâcher-prise les rend moins vulnérables, ils sont plus forts, puisqu'ils parviennent à se libérer d'un contrôle illusoire qui les place systématiquement en situation d'échec. Cette prise de conscience est d'autant plus importante que les flux dont il est question ici sont ceux inventés par le génie humain. La technique libère les flux au plus grand bénéfice des hommes et son pendant, la perte de contrôle, fût-elle totale, lui est indissociablement attachée. Au final, l'état de perte de contrôle des flux anthropiques rejoint l'état communément admis de perte de contrôle des flux de la nature.

Cette esquisse de définition de l'utopie de l'impuissance humaine à contrôler les flux suit les différents traits caractéristiques de l'utopie qui ont été dégagés par différents penseurs⁹. Elle s'appuie sur l'héritage d'un courant philosophique particulièrement important (le stoïcisme) : on doit pouvoir en toute chose et sans fatalisme aucun, faire la part de ce qui dépend de nous et ce qui n'est pas de notre ressort¹⁰. Elle alimente les différents courants philosophiques mobilisés autour du thème de la résilience¹¹. Même si on n'y adhère pas nécessairement, elle participe de ce catastrophisme éclairé qui a été théorisé¹². Elle enrichit une approche des crises qui ne peut avoir pour seule grille de lecture les méfaits¹³ ou la gestion des risques¹⁴.

Une fois l'utopie posée d'une acceptation collective de notre perte de contrôle totale, le but n'est pas de baisser les bras en pensant, en juriste, que la perte de contrôle aboutit de manière inéluctable à une faillite du droit, synonyme d'insécurité juridique.

Au contraire, il s'agit de réintroduire du droit dans un environnement fait d'insécurité juridique.

Entre autres analyses, deux voies peuvent être envisagées : la distribution des devoirs et l'autolimitation des droits.

⁹ Pour une présentation schématique des cinq principaux marqueurs : 1. Le lieu isolé de l'intrigue, 2. La toute-puissance du narrateur, 3. Des règles de vie hygiéniques, 4. L'imaginaire technique, 5. Le retour à l'origine, voir, avec les références citées, L. Sfez, « Utopie et idéologie », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy, Puf, 2003, spéc., p. 1505.

¹⁰ Sur cette lecture contemporaine du stoïcisme, voir, avec les références citées, la présentation synthétique de J.-B. Gourinat, *Le Stoïcisme*, 5^e éd. Puf, 2017, spéc. p. 113.

¹¹ Voir, par exemple, F. Lenoir, *Vivre ! Dans un monde imprévisible*, Fayard, 2020.

¹² Voir, en particulier, J.-P. Dupuy, *Pour un catastrophisme éclairé - quand l'impossible est certain*, Seuil, 2004.

¹³ Voir en ce sens, M. K. Sparrow, *The Character of Harms - Operational Challenges in Control*, Cambridge U. Press, 2008.

¹⁴ Voir en ce sens, J. Diamond, *Bouleversement - Les nations face aux crises et au changement*, Gallimard, 2019.

La distribution des devoirs est généralement pensée dans un contexte de contrôle. C'est pour conserver le contrôle de la situation que des devoirs sont définis et distribués.

Dans un environnement de ce type, chaque acteur est enclin à se positionner pour déterminer s'il entend ou non prendre la situation sous son contrôle.

Des dispositifs contraignants peuvent naturellement obliger des acteurs à adopter des dispositifs de contrôle (mesure préventive du risque, constitution de fonds de garantie, assurance obligatoire, etc.). C'est l'exemple de certains risques de pollution. Mais les acteurs demeurent libres d'exercer ou non une action ou une activité impliquant la prise en charge d'un risque de perte de contrôle des flux.

Cette manière de poser les problèmes ne fonctionne plus dans un environnement où la perte de contrôle domine les esprits. Chaque fois que les acteurs ne peuvent plus échapper à cette perte de contrôle, aucun d'eux ne peut placer le risque de cette perte de contrôle hors de son périmètre, notamment juridique. Tout le monde est impliqué, comme sujet actif ou passif, sans doute à des degrés divers, mais de façon bien réelle.

Dans ce type de scénario, la question n'est plus de savoir « Qui contrôle quoi ? », mais bien « Qui supporte le défaut de contrôle ? ». Le défaut de contrôle, source d'insécurité juridique, devient l'objet de la règle de droit. On ne cherche pas à le combattre, puisque c'est illusoire. On cherche à en faire les bases de nouvelles constructions, notamment juridiques.

Pour illustrer le propos, on peut prendre l'exemple des mesures d'urgence et leur lot de devoirs (restrictions de libertés, imposition de nouveaux devoirs, etc.) intervenant en temps de pandémie.

Le principe même de la mesure d'urgence est le recouvrement d'un contrôle perdu. Les pouvoirs publics instaurent des dispositifs exceptionnels au motif principal qu'il leur faut disposer de moyens tout aussi exceptionnels pour reprendre le contrôle d'une situation qui leur a échappé.

Nous vivons, à l'échelle mondiale, même si c'est à des degrés très divers, ce scénario en direct (depuis 1999-2020) avec la COVID-19.

Il faut imaginer la possibilité de rompre avec cet état d'urgence devenu quasi-permanent, ce qui n'interdit pas de continuer à recourir à ce type d'outils quand cela est considéré comme nécessaire.

Cette rupture est à rechercher dans une prise de conscience collective assumée de perte de contrôle totale, c'est-à-dire d'insécurité juridique.

Plutôt que de s'imposer la figure du contrôle, chose qui nous met régulièrement en situation d'échec, de la placer entre les mains de quelques-uns (nos dirigeants), ce qui est de nature à nous diviser, de discourir continuellement sur le sujet, ce qui met à mal toutes les paroles, qu'elles soient politiques, scientifiques ou même juridiques, il faut s'ouvrir à la perte de contrôle de manière à permettre une redistribution des devoirs.

Si l'on accepte de considérer que la perte de contrôle est totale, aucun acteur n'est plus en situation de pouvoir dire qu'il n'est pas concerné par cette situation d'insécurité juridique.

Les devoirs ne sont plus imposés par les uns aux autres. Ils sont partagés par tous, car tous se retrouvent dans la même situation de perte de contrôle totale de l'épidémie (une famille, une entreprise, une ville, une région, un Etat, un continent, le monde entier).

Cette grille de lecture permet de sortir des débats qui s'arc-boutent sur la seule légitimité ou illégitimité des restrictions apportées aux droits et libertés, sources d'insécurité juridique. Elle pose la question du partage des devoirs en situation de circulation impliquant une perte de contrôle totale, c'est-à-dire d'insécurité juridique¹⁵.

L'ultime piste concerne l'autolimitation des droits.

Les droits - qu'il s'agisse des droits civils, politiques et sociaux, des droits fondamentaux ou des droits ordinaires, des droits subjectifs publics et privés - sont généralement compris comme des outils de sécurité juridique au service de la puissance offensive ou défensive¹⁶ de ceux qui les exercent.

En posant comme postulat, une impuissance humaine à contrôler les flux d'origine anthropique, on fait de la perte de contrôle le prisme à travers lequel l'affirmation des droits peut être lue et, au besoin, repensée dans un environnement insécurisé.

Une perspective générale d'autolimitation des droits s'ouvre alors sur fond d'insécurité juridique.

Qu'est-ce que cela peut vouloir dire ?

¹⁵ Pour une présentation de cette hypothèse de travail, voir notre contribution : « Covid-19 ou comment penser en droit l'illusion de contrôle des flux », *RDLF* 2020, n° 16 (accessible en ligne : <http://www.revuedlf.com/>).

¹⁶ Sur la distinction intéressante entre les droits de conquête et les droits de défense, voir, avec les références citées : A. Zabalza, « Défis écologiques et identités nouvelles : « droits de la terre » et « droit domestique » », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 2019/2, n° 105, p. 254.

Pour répondre à cette question, on peut distinguer (brièvement et notamment) deux clés d'entrée : la conscience des droits et la proportionnalité.

Il existe une conscience juridique. Elle vise la manière dont les individus pensent les droits qui sont les leurs. Ces pensées peuvent se fabriquer au départ d'opinions, d'idées, de concepts ou de méta-concepts. Elles peuvent avoir une dimension partagée au sein d'une société donnée, à une époque définie. Elles ont souvent un caractère vague et flou¹⁷.

Utiliser la conscience juridique comme clé d'entrée d'un réexamen des droits conférés aux individus dans un environnement de perte de contrôle et donc d'insécurité juridique, c'est prendre le contre-pied d'une conscience libérale ou néolibérale qui considère que l'organisation des circulations s'inscrit dans un processus de sécurisation¹⁸. Ce contre-pied a un nom avec des travaux de plus en plus nombreux sur le développement d'une conscience « écologique » qui viendrait questionner la conscience dominante.

Sur le terrain des droits et de leur autolimitation, ce type de proposition peut ouvrir des perspectives tout à fait intéressantes. On prendra appui sur une analyse, choisie parmi d'autres, avec un travail relativement récent mené à partir du droit privé par deux auteurs enseignants-chercheurs aux Etats-Unis et en Italie¹⁹.

Cet essai assez court s'inscrit dans la veine des études critiques sur le droit qui condamnent fermement le travail du juriste qui se « contente » de décrire le droit, le plus souvent dans des cercles clos et sans jamais chercher à en discuter les soubassements et les finalités. Les auteurs n'y vont pas par quatre chemins pour dénoncer ainsi un droit privé « bourgeois » et « hégémonique » basé sur les « mensonges » d'un « positivisme scientifique » et d'un « professionnalisme juridique »²⁰. C'est ce droit qu'ils entendent confronter aux transformations « dramatiques »²¹ de notre monde contemporain de manière à en proposer une « contre-interprétation » (*counter-hegemonic interpretation*)²². Les transformations visées sont

¹⁷ Sur ces éléments de définition, voir cette entrée in A.-J. Arnaud, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, par R. Vassolev Radev et F.-X. Ribordy ; sur l'usage de la notion de méta-concept, voir M. Troper « Brèves remarques sur la recherche de sens en droit » in J.-S. Bergé et G. C. Giorgini (dir.), *Le sens des libertés économiques de circulation / The Sense of Economic Freedoms of Movement*, Bruylant, 2020, p. 63.

¹⁸ Sur le tandem « circulation – sécurisation », voir notre analyse critique : *Les situations en mouvement et le droit*, préc.

¹⁹ U. Mattei, A. Quarta, *The Turning Point in Private Law*, Edward Elgar, 2018.

²⁰ *Op. cit.*, p. xi.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

au nombre de trois : l'écologie (l'ouvrage débute par une référence appuyée à l'anthropocène), la technologie notamment dans le domaine des communications et les changements profonds opérés dans la balance des intérêts publics et privés. L'idée centrale de ce travail est bien d'introduire une réinterprétation du droit privé mue par ce que les auteurs appellent une « conscience écologique » (*ecological awareness*). L'expression peut laisser dubitatif. Mais elle donne tout de même à réfléchir surtout quand les auteurs précisent que, selon eux, bon nombre de nos pratiques de droit positif sont sous-tendues par une « inconscience néolibérale », c'est-à-dire par une sorte de reproduction d'une pensée générale que l'on ne songe jamais à remettre en cause, spécialement quand les solutions juridiques qu'elle anime sont « formellement » légales²³.

L'ambition du travail ainsi posé, les deux auteurs vont passer en revue quatre principales entrées du droit privé. La première est le droit de propriété. Les auteurs proposent un large aperçu historique : tradition romaine, tradition féodale, droit naturel, Révolution française et conception allemande du droit subjectif, révolution industrielle et fonction sociale de la propriété, réaction néolibérale et réglementation européenne (Union européenne). Ils posent alors la question des nouvelles frontières du droit de propriété en défendant l'idée qu'un modèle capitaliste peut survivre au-delà du seul paradigme moderne de la propriété privée. Les auteurs nous invitent ainsi à un examen ou réexamen des rapports individuels et collectifs, de la relation citoyenneté-propriété, de la dimension inclusive de la propriété et de la question des communs. La deuxième entrée concerne la personnalité morale. L'ancrage du concept forgé pour les compagnies commerciales au 17^e siècle sert de point de départ à une analyse du pouvoir grandissant acquis par les entités privées multinationales, décrites comme de véritables fabricants d'un droit privé global. Les auteurs entendent mener une relecture des règles applicables à ces entités. Ils passent notamment au crible les pratiques d'évitement que le droit pourrait apprendre à mieux combattre s'il était porté par une « pensée écologique ». La troisième entrée se focalise sur les contrats. Un aperçu historique conduit les auteurs à insister sur la dimension objective (neutre) acquise par l'institution au nom de l'efficacité économique. Ils défendent un modèle de justice contractuelle prenant pleinement en considération des finalités communes capables, spécialement à une échelle locale, de faire converger les actions publiques et privées. La dernière entrée s'intéresse à la responsabilité civile. Entre autres développements, les auteurs dénoncent le paradoxe d'une déresponsabilisation encouragée par le jeu de la responsabilité sans faute et des garanties. Les responsables payent, sans plus avoir

²³ *Op. cit.*, p. 9.

à s'expliquer sur leur conduite. Il faut réintroduire des éléments de discussion, en particulier sur le rôle des uns et des autres dans l'appréhension des risques communs.

Que l'on partage ou non l'ensemble de ces propositions de réinterprétation du droit privé positif à la lumière du prisme « écologique » défendu par les deux auteurs, le cœur du message porté par l'ouvrage ne peut laisser indifférent, surtout si l'on essaie d'établir un lien entre ce type de réflexion et celle ici proposée en termes de construction du droit dans un environnement fait d'insécurité juridique.

On peut en effet retenir l'idée qu'une conscience écologique est de nature à questionner les constructions juridiques existantes qui baignent, selon le mot des auteurs, dans un état « d'inconscience néolibérale ». Comme cela a été souligné plus haut, il en va notamment du tandem « circulation-sécurité » que l'on doit pouvoir discuter avec le prisme de la perte de contrôle²⁴.

Une deuxième entrée vise la proportionnalité. Entre autres significations, le principe de proportionnalité permet, dans l'hypothèse d'un conflit entre deux règles de valeur équivalente, de les mettre en balance de manière à faire prévaloir celle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence²⁵.

Ce principe connaît un déploiement important dans le contexte international, européen et national, chaque fois notamment qu'une règle libérale (libre-échange, libre circulation, liberté d'entreprendre, liberté de concurrence) est confrontée à la poursuite d'un objectif contraire.

Si cet outil est de plus en plus utilisé, c'est notamment en raison de la prolifération des droits. Plus il y a de droits équivalents, plus il y a de conflits qui se dénouent par le test de proportionnalité.

Mais ce thème de la proportionnalité peut être également mis en relation avec les développements qui sont ici présentés en termes de perte de contrôle des circulations et de l'insécurité juridique qui en résulte.

Les situations en mouvement créent une porosité entre les champs du droit que l'on tenait jusqu'alors volontiers pour cloisonnés. Parce que les situations circulent, parce qu'elles ne sont

²⁴ Sur le thème d'un réexamen des constructions du droit (en l'occurrence du droit privé) à l'aune d'un impératif écologique, voir également, avec les différentes contributions proposées : M. Hautereau-Boutonnet, S. Porchy-Simon (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Dalloz, 2019 ; S. Demeyere, V. Sagaert (dir.), *Contract and Property with an Environmental Perspective*, Intersentia, 2020.

²⁵ Définition tirée de : *Vocabulaire juridique*, Puf, 2020.

plus nécessairement sous contrôle, on observe, de plus en plus souvent, une confrontation de droits qui ont cette caractéristique de porter sur des objets juridiques différents.

Cette altérité entre les droits a pour effet de neutraliser les règles de conflits qui ne fonctionnent bien que si les règles en présence ont un dénominateur commun. Si ce n'est pas le cas, il faut savoir approcher ce syndrome (apparent) de mariage de la carpe et du lapin. Pour cela, il n'y a qu'un outil juridique véritablement disponible : la proportionnalité. Ce qui explique le succès qu'on lui connaît, notamment chaque fois que la balance se fait entre des préoccupations divergentes qui sont la source de nombreuses insécurités juridiques.

*

* *

Pour conclure, vivre avec des réalités hors contrôle, c'est admettre que nous évoluons dans un environnement fait d'insécurité juridique.

Si parfois, nous parvenons à créer des îlots de contrôle, *i.e.* de sécurité juridique, cet état, somme toute exceptionnel, ne doit pas nous faire oublier que l'essentiel n'est pas, comme on le croit souvent, de recouvrer un contrôle perdu que de tirer toutes les conséquences, notamment juridiques, d'une situation faite d'échappement.

Le rapport entre le droit et l'insécurité juridique s'en trouve alors profondément modifié.