

INSTITUER L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE COMME PRINCIPLE, OUTIL DE PRÉVENTION DES CRISES SYSTÉMIQUES CATASTROPHIQUES TOTALES

Marie-Anne FRISON-ROCHE*

Comme à tous, ce sujet de « L'Insécurité juridique » me pose difficulté. Parce que, n'étant pas grand héros solitaire affrontant l'inconnu, comme tous les autres je voudrais plutôt la sécurité que l'Insécurité, préférant tous les mots qui ne commencent pas par une négation : je voudrais le connu plutôt que l'inconnu, je voudrais être comprise qu'incomprise. Mais ce n'est plus par confort, c'est par une urgence morale que je voudrais vivre dans un monde juste plutôt que dans un monde injuste. C'est d'ailleurs pour cette dernière raison que je vais affronter l'aventure de l'Insécurité juridique comme principe premier, et non pas comme exception au principe de la Sécurité juridique¹.

Cet ajout du « in » signale paradoxalement un retranchement : le « in » montre ce qui manque, comme le monde blessé qu'est le monde injuste. Me voilà invitée à traiter un sujet par avance abîmé, car l'Insécurité juridique c'est déjà comme une agression : un monde amputé de sa sécurité, comme c'est désagréable.

C'est encore plus vrai pour « l'Insécurité juridique ». En effet, la notion fait face à la « sécurité juridique », cette sorte d'apport spécifique que le Droit offre au monde. La « sécurité juridique » est aujourd'hui comme un Totem,

* Agrégée des facultés de droit.

Cet article s'appuie sur un document de travail numérique, doté de liens hypertextes, de notes de bas de page contenant elles-mêmes des développements complémentaires et des références techniques. En langue française : <https://mafr.fr/fr/article/prendre-linsecurite-comme-principe-si-ce-principe/>; en langue anglaise : <https://mafr.fr/en/article/prendre-linsecurite-comme-principe-si-ce-principe/>

¹ Ce qui occupe la seconde partie de la présente étude.

qui serait indissociable du Tabou de l'Insécurité. Dans le monde juridique épuisé dans lequel nous ne serions plus aptes qu'à proposer quelques notions procédurales, surtout pas de notions substantielles car immédiatement taxées d'être trop politiques², la « sécurité juridique » qui n'est pourtant qu'une notion procédurale en ce qu'elle permet simplement que tout soit prévisible, que demain soit comme aujourd'hui, lequel est d'ailleurs comme était hier, est promue au rang normatif le plus haut. Les travaux abondent, les hymnes d'approbation sont unanimes. On ne demanderait plus que cela au système juridique, mais cela on l'exige : le droit serait une procédure qui garantirait la prévisibilité de la réglementation³ et accroîtrait ainsi la solidité des projets particuliers que nous avons, les uns et les autres et, grâce au pouvoir du Droit de rendre réel ce qu'il assure, nous savons que nos projets pourront tenir demain dans les mêmes termes choisis hier, puisque le Droit nous l'a promis.

La sécurité juridique, parce que les systèmes juridiques n'auraient plus que cela à offrir, revendiquant par ailleurs leur neutralité et se rejoignant donc sur cette constance, cette cohérence, et cette confiance produites par cette sécurité, est notre nouveau doudou.

À cela, l'on apporte des nuances dans les modalités, en soulignant que les circonstances changeantes de la vie exigent un peu de flexibilité, que le pragmatisme et des situations concrètes et particulières qui sans cesse varient impliquent de prévoir dès aujourd'hui que demain le contexte aura changé : il faut organiser de la prévisibilité dans le changement. De cela, le Droit souple s'en charge, les lignes directrices étant les nouvelles voies romaines qui nous montreront le chemin. Sécurité et flexibilité, dans un pragmatisme qui voit dans tout principe substantiel un signe de rigidité, voilà notre nouveau mantra.

L'Insécurité juridique est ainsi notre Tabou, dont les admissions justifiées seraient autant d'hommages rendus au Totem de la sécurité juridique, Totem et Tabou se renforçant toujours. Il y aurait donc imperfection du système juridique si l'on haussait l'Insécurité au rang de véritable principe. C'est pourquoi lorsqu'on fait l'effort de parler d'Insécurité juridique, on semble ne le faire que sur le mode de l'exception : l'Insécurité

² Ainsi le Droit de la Compliance a longtemps été présenté comme une simple procédure d'effectivité des règles, ce qui rassure, plutôt que ce qui est sa définition substantielle, à savoir des « Buts Monumentaux », notamment sociaux et climatiques, qui lui donne toute son ampleur et révèle sa nature profondément politique. V. M.-A. Frison-Roche, Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : « Les "Buts Monumentaux" du Droit de la Compliance : radioscopie d'une notion », 2021 ; plus généralement, v. M.-A. Frison-Roche (dir), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, 2022.

³ Contre cela, M.-A. Frison-Roche, « Non, je n'aime pas la réglementation », sept. 2021.

juridique, cela serait ce qu'il est admissible de supporter comme exception légitime au principe de la sécurité juridique⁴. L'on aura donc tendance à traiter de l'Insécurité juridique comme une sorte de principe supportable lorsque quelque chose justifie qu'on porte atteinte au véritable principe premier qu'est la Sécurité juridique. C'est ailleurs ainsi le plus souvent qu'on l'aborde. Ce n'est donc pas le traiter comme un véritable principe, juste comme une exception supportable.

Voilà pourquoi l'on m'a demandé d'examiner si l'Insécurité juridique était supportable, admissible, lorsqu'il y a crise économique. Sans doute parce que lorsqu'il y a crise économique, alors tant pis les principes doivent un peu baisser pavillon et l'on fait avec les moyens du bord en admettant des exceptions, bien qu'avec beaucoup de réticences et de regrets⁵... Puisque c'est l'hypothèse évoquée, je la suivrai volontiers, et dans un premier temps resterai dans cet enclos-là, mais c'est aller dans l'idée que l'Insécurité juridique ne pourrait être qu'une exception faite au principe de la sécurité juridique parce qu'il faut que tout ne change pas vraiment : la crise ne rebat les cartes qu'un temps, le temps de la crise, mais lorsque la crise est passée l'on en revient au normal et à ce qui est bien, à savoir le « vrai principe », celui de la constance et de l'inchangé. Car il n'est supportable de « bafouer » la sécurité juridique qu'un temps⁶. L'Insécurité juridique serait donc ce qui intervient lorsqu'une crise économique s'ouvre afin d'aider à l'efficacité de sa gestion et pour sortir de cette crise. Cela et pas davantage. L'Insécurité juridique n'aurait donc qu'un temps, parce que par nature la crise elle-même n'a qu'un temps. La fin de la crise, la fin des problèmes et d'une situation anormale feraient disparaître le principe d'Insécurité juridique, lequel serait donc un principe pathologique.

Mais ce n'est pas parce que cette description semble partagée par beaucoup que ses prémisses sont exactes. En effet, la « crise » est-elle si exceptionnelle que ce qui justifie que l'Insécurité juridique, qui permet d'aider à sa résolution, le soit aussi ? Si l'on constate plutôt que la crise est non seulement notre « ordinaire », et qu'en plus notre « ordinaire catastrophique » est « prévisible », voire virtuellement déjà là, et qu'en plus dans le futur, ce qui risque d'arriver est une crise catastrophique totale

⁴ Il en est de même du principe de proportionnalité. Mais là aussi il serait adéquat de penser les choses différemment. V. une démonstration dans ce sens, M.-A. Frison-Roche, *Définition du principe de la proportionnalité et Définition du Droit de la Compliance*, 2021.

⁵ Pour une description du choc que la loi déclarant « l'État d'urgence sanitaire » fit sur la doctrine juridique, A. Gelbrat, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états*, 2020.

⁶ Ce sont souvent dans ces termes que la doctrine s'exprime. Par ex., P.-C. Kamgaing, « Crise sanitaire et procédures judiciaires : étude de droit processuel », 2020, évoquant le fait que le droit processuel est « bafoué ».

qui pourrait bien être définitive dans ses effets (ce qui enlève à la crise sa nature temporaire et le retour au « vrai principe » également), alors le principe exceptionnel, cantonné dans la crise, doit sortir de l'hypothèse de celle-ci pour venir pleinement dans le Droit présent afin d'empêcher que se réalise cet ordinaire catastrophique.

Oui, regardons vers le futur : ne sont-ce pas de monumentales crises qui sont devant nous ? Et l'enjeu n'est-il pas d'adopter des principes premiers pour qu'elles n'adviennent pas ? S'il en est ainsi, alors l'absence de changement, la constance et le prévisible, c'est-à-dire le principe même de la Sécurité juridique, si choyé, n'est-ce pas ce qui fait obstacle à la prévention de l'advenance des crises économiques qui nous menacent ? Certes c'est sans doute une crise sanitaire et une crise écologique et climatique qui nous sont devant nous, mais de la même façon la crise économique de 2020 n'est elle-même qu'un accessoire de la crise sanitaire mondiale, prémisses de ce qui pourrait arriver.

Si nous sommes dans cette situation mondiale alors, ce n'est pas une conception procédurale des principes qu'il faut retenir, mais une conception politique. De la même façon, dans cette perspective ce n'est pas en termes d'exception, de « principe exceptionnel » mais bien en termes de principe premier qu'il faut penser l'Insécurité juridique, c'est-à-dire en termes d'éveil et d'aventure, car demain pourrait n'être pas du tout comme aujourd'hui. Seul le principe inverse de l'« Insécurité juridique » pourrait alors exprimer la volonté d'y répondre.

I. EN CRISE ÉCONOMIQUE OUVERTE, L'ADMISSION TEMPORAIRE D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE POUR GÉRER LA CRISE ET EN SORTIR

Examinons ici l'hypothèse d'une crise économique ouverte, soit qu'elle le soit déjà et qu'un pouvoir normatif puisse agir hors des limites juridiquement posées pour son action, les circonstances le justifiant, soit que le système juridique prévoit par avance, par temps calme, des mécanismes juridiques qui se déclencheront lorsque la crise économique adviendra.

A. — *La crise économique,*
justification d'un pouvoir normatif d'un État de guerre

« *Whatever it takes* ». Mario Draghi, par cette formule visait en 2015 l'objectif de défense de la monnaie européenne, lorsque l'Euro risquait de s'effondrer sous la crise financière ouverte par la danse des spéculateurs enrichis. On a rarement fait formule plus violemment politique et plus fortement normative. Elle a participé à faire surnommer son auteur comme dans le jeu vidéo « Super Mario ». Car il y a de la magie dans l'affirmation du sans-limite. La formule a été reprise en 2020 par le Président de la République Française face aux désordres financiers engendrés par la crise sanitaire ayant favorisé de semblables calculs. Logiquement lorsque la crise s'arrête, le chéquier en blanc normatif se referme.

La formule excède le seul « coût financier », c'est mal la traduire que de concevoir le « quoi qu'il en coûte » au sens simplement financier. En effet, par cette formule, le président de la Banque Centrale Européenne posa que la situation de crise économique pouvait être telle en Europe que tout pour y mettre fin y serait déployé par l'Institution, sans aucune limite, « quoi qu'il y faille » ; que tous ceux qui par leurs comportements, même appuyés sur leurs prérogatives juridiques, en l'espèce les spéculateurs, parce qu'ils détruisaient le système économique et financier, allaient buter sur cela et seraient eux-mêmes balayés par la Banque Centrale car la mission de celle-ci, en ce qu'elle est d'une façon absolue la sauvegarde de l'Euro lui-même, allait prévaloir, y compris au « prix » de la suppression des règles juridiques.

À un moment, le maître se lève. Si la position royale est la position assise lorsque, pondéré, il écoute et juge, c'est en se levant qu'il montre son acceptation d'être aussi le chef de guerre, le maître parce qu'il est en charge de plus que du cours ordinaire et qu'il fera usage de tout, de la monnaie qu'il bat et de la règle qu'il reformule, pour gagner.

Le principe de sécurité juridique, qui au contraire promet la paix à tout le monde dans une constance qui demeure jour après jour, reçoit donc exception.

À situation financière exceptionnelle, tous les moyens de politique monétaire sont donc bons. C'est ce qui fût dit. Sans aucune limite. Et ce n'est pas un principe comme celui de la sécurité juridique, ayant permis à des personnes de jouer de leurs droits, par exemple celui de propriété, droit subjectif absolu qui contient donc le droit de spéculer, d'engranger par avance des prérogatives sur la situation de demain, qui aurait pu empêcher cette puissance *de jure* permettant de sauver l'Europe. Car à prendre littéralement la formule, même si c'est au prix des droits acquis et des règles précédemment posées qu'il aurait fallu payer cette victoire-là, s'il avait fallu faire page

blanche pour en écrire de toutes nouvelles pour sauver l'Europe, la plume de Draghi les aurait tracées sans s'arrêter à cela. Ainsi, par une telle formule c'est par la Grande Porte, celle de la crise économique et financière, que l'Insécurité juridique est entrée dans le Droit.

Dans le cas de la crise de 2015, la parole y suffit puisque la perspective d'une intervention sans limite du pouvoir monétaire, sans limite de la Banque centrale fit que les agissements spéculatifs dévastateurs ne déferlèrent pas. Avoir levé la règle de Droit, en ce qu'elle suppose la limite en affirmant qu'il y aurait prévalence absolue du But⁷, suffit donc en *Ex Ante* pour que la crise ultime ne s'ouvre pas. Cet épisode, digne d'Homère, suffit à éclairer l'Insécurité juridique par une de ses dimensions lorsqu'elle est non seulement admissible mais requise : elle peut constituer un acte héroïque.

B. – *Admettre par avance l'exception du hors-limite normatif en cas de crise économique*

Dans une telle perspective, plutôt que de laisser l'Insécurité juridique dans l'ombre, ce qui ne serait qu'une sorte d'imperfection, affirmant en conséquence que l'Insécurité juridique ne serait donc que l'imperfection de la sécurité juridique que⁸ le « légalisme » devrait avoir des limites, que « le Droit n'est pas tout » et qu'il faudrait savoir « fermer les yeux »..., il faudrait plutôt assumer et dire haut et fort, c'est-à-dire *de jure*, que dans certaines circonstances, l'Insécurité juridique est légitime, licite, conforme à la hiérarchie des normes juridiques. En cela, dessiner le concept positif de l'Insécurité juridique (ce qui ne peut que plaire aux hégéliens), accroît la sécurité juridique : ainsi cela permet d'associer aux hypothèses d'Insécurité juridique un régime juridique plus clair et le prévoir par avance, plutôt que de construire à brûle-pourpoint une fois la crise ouverte les règles, que l'on fait varier au jour le jour tant que la plaie de la crise n'est pas refermée.

En effet, plutôt que de mettre sous le tapis le Droit, ce qui explique bien des tensions entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État d'une part et le Législateur et le Gouvernement d'autre part concernant « l'État d'urgence »⁹, l'on pourrait disposer des conditions dans lesquelles le principe d'Insécurité juridique permet d'écarter ou de limiter des règles. Il est ici posé comme hypothèse qu'à l'avenir une certaine dose d'Insécurité juridique pourrait être ouvertement admise : cela serait donc juridiquement conçu, le

⁷ Sur l'importance du But Monumental, v. plus généralement *infra*.

⁸ V. *supra*.

⁹ Sur le lien entre l'admission de l'Insécurité juridique comme véritable principe et l'articulation de « Buts Monumentaux », tels que le Droit de la Compliance les vise, v. *infra*.

Droit gagnant à toujours avancer à visage découvert. Même si l'on apprécie la « flexibilité » du Droit, il est toujours dangereux en Droit d'affirmer appliquer des règles tout en ne les appliquant pas : il faut ne pas les appliquer, le dire et dire pourquoi, c'est-à-dire dans quel But.

Or, l'Insécurité juridique comme principe n'est admissible que si le But est « Monumental »¹⁰. Et l'urgence n'est qu'une circonstance, pas un But. C'est pourquoi il y avait une forte raison normative à déclarer non pas l'État d'urgence, mais l'État d'urgence sanitaire, car la crise sanitaire est bien une situation substantielle extraordinaire qui requiert des solutions particulières et extraordinaires, comme l'est la guerre, tandis que l'urgence n'est qu'une dimension temporelle d'une situation ordinaire. Toute situation dramatique implique d'agir en urgence, alors que toute situation d'urgence n'est ni nécessairement systémique ni dramatique. Ce n'est que lorsqu'une situation est à la fois dramatique et systémique que se produit alors un État d'urgence, mais celui-ci n'est qu'une conséquence, pas l'élément déclencheur¹¹.

La première idée proposée tient donc à la circonstance : « dans des situations extraordinaires », l'Insécurité juridique serait une dimension, voire un principe admissible. Et développant ce premier point il est proposé que l'hypothèse d'une « crise économique » justifie une dimension, voire un principe exceptionnel d'« Insécurité juridique ».

Cette affirmation reçoit généralement approbation. Elle n'est pourtant pas aujourd'hui pleinement satisfaisante parce que l'expression de « principe exceptionnel » est un oxymore. Et parce que désormais les crises ne sont pas exceptionnelles. Non pas tant parce que les crises économiques sont récurrentes, voire bienvenues¹², mais parce que les crises économiques sont désormais la conséquence de crises qui ne sont pas elles-mêmes économiques.

Plus encore, la crise économique en Europe a été associée à la crise sanitaire de 2020, par le fruit d'une décision politique, exprimée juridiquement. En effet, c'est parce que les Autorités publiques, Union européenne et États-membres ont décidé d'arrêter l'économie par des actes juridiques normatifs ordonnant le confinement, en France par un simple décret, que l'économie s'est arrêtée. Par ce choix purement politique, préférant sauver des vies humaines plutôt que des emplois, la crise économique a été ouverte. Cela ne s'était jamais fait.

L'essentiel n'est d'ailleurs pas là. L'essentiel sur lequel les forces du Droit doivent aussi se concentrer n'est pas aujourd'hui, mais demain. Or,

¹⁰ Sur le lien entre l'admission de l'Insécurité juridique comme véritable principe et l'articulation de « Buts Monumentaux », tels que le Droit de la Compliance les vise, v. *infra*.

¹¹ Sur les situations systémiques catastrophiques futures, v. *infra*.

¹² V. *supra*.

demain pourrait être catastrophique, économiquement, sanitaire, écologiquement. Pour que cela n'advienne pas, quel principe faut-il activer, celui de la sécurité juridique ou celui de l'Insécurité juridique ? Lequel doit être l'exception de l'autre ?

II. L'INSÉCURITÉ PAR PRINCIPE DANS LA CONSTRUCTION D'UN DROIT AYANT POUR OBJET DE DÉTECTER ET DE PRÉVENIR DES CRISES SYSTEMIQUES TOTALES

La crise économique n'est qu'un maillon dans la chaîne des crises qui détruisent la vie des êtres humains. Elle fut jadis au départ de cette chaîne, comme le fût la crise de 1929 ; elle est aujourd'hui une manifestation, voire un remède¹³, d'autres crises plus dramatiques encore et qui sont déjà potentiellement déjà là : crises sanitaires et écologiques futures. C'est au Droit ici et maintenant de faire quelque chose et ce n'est certainement pas de demeurer aujourd'hui comme il était hier, et en assurant qu'il demeurera demain comme il est aujourd'hui que le Droit pourra jouer son rôle dans la prévention de ces crises.

Ce n'est donc pas ce couple d'un principe qui serait la Sécurité juridique comme principe premier dans toutes les circonstances et d'un « principe exceptionnel » qui serait l'Insécurité juridique comme principe secondaire admissible dans certaines situations ponctuelles et temporaires que sont les crises, qu'il faut penser.

Il faut se concentrer sur l'essentiel : faire en sorte que demain, comme l'a dit le Tribunal constitutionnel allemand dans son arrêt du 29 avril 2021¹⁴, afin que la crise écologique systémique globale ne soit pas là, soit dès aujourd'hui modifié.

A. – *La prévention des crises globales, objet premier et ordinaire du droit, justifiant l'Insécurité comme outil constamment de principe*

La détection et la prévention des crises systémiques futures justifient des outils à la mesure de l'enjeu. Pour l'instant, l'Insécurité juridique lorsqu'elle

¹³ V. *supra*.

¹⁴ Sur cet arrêt du Tribunal constitutionnel allemand, v. C. Lepage, « La portée universelle de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 29 avril 2021 », 2021.

a été promue comme véritable principe l'a été sous son plus détestable jour, à savoir l'expression de la toute-puissance de l'État et de son chef !¹⁵

Délivrons-nous de cette épouvantable association du principe de l'Insécurité juridique avec le pouvoir totalement discrétionnaire constant, c'est-à-dire cesser d'être soit rattaché à un pouvoir totalitaire (ce qui est épouvantable), soit à une circonstance forcément exceptionnelle¹⁶ (ce qui est faible).

1. Le Droit face à la situation nouvelle des crises systémiques globales catastrophiques déjà potentiellement présentes

Il est certain que si l'Insécurité juridique comme véritable principe est l'expression d'un pouvoir absolu, d'un pouvoir totalitaire, elle est à rejeter. Mais ne pourrait-elle se justifier que nichée dans des situations exceptionnelles, comme celles engendrées par des crises ouvertes, dont la crise économique n'est qu'une variante ?

L'autre principe, acquis, celui de la Sécurité juridique, sert l'État de Droit en ce qu'il permet aux sujets de droit d'anticiper le futur en pouvant croire légitimement que le Droit d'aujourd'hui continuera d'être dans l'organisation juridique de demain. Cela constitue un fondement très fort mais révèle que la Sécurité juridique n'a donc pour *ratio legis* que d'apporter de la solidité à des projets particuliers : en cela, la Sécurité juridique est un principe juridique qui est surtout précieux pour les projets particuliers, pour les individus et pour l'action des entreprises.

Cela est, certes, très important mais si l'on prend le futur du groupe humain, l'on ne contestera pas que ce futur commun est important également.

Or, aujourd'hui le futur commun du groupe humain qui vit sur la terre est d'ores et déjà compromis par des crises systémiques, dont la crise économique ne sera qu'une expression secondaire, car ces crises systémiques dont nous voyons déjà les contours sont avant tout sanitaires et écologiques.

Le Droit a pour objet la vie en société et la vie des êtres humains qui s'y déploient concrètement, protégeant plus particulièrement les êtres humains en situation de faiblesse, certains ayant déjà de la force mais tous ayant le bénéfice du Droit. Or, si advient une crise sanitaire systémique globale certains ont assez de force pour s'en protéger seuls, tandis que si advient une

¹⁵ V. la remarquable contribution de J. Knetsch, « L'instrumentalisation politique de la notion d'insécurité juridique. Recherches historiques sur le droit allemand (Allemagne nazie et RDA) », notamment sur les publications de Goering, développant l'affirmation d'un lien entre ce qui devrait être le principe de l'Insécurité juridique et le pouvoir absolu que devrait avoir le *Furher*.

¹⁶ V. toute la première partie de cette étude, *supra*.

crise climatique systémique globale il est probable que personne n'aura assez de force pour s'en protéger : restera donc le Droit.

Que peut en faire le Droit ?

En quoi le si chéri principe de Sécurité juridique peut-il faire quoi que ce soit en la matière ?

Le Droit peut d'une façon ordinaire intervenir non pas une fois la crise ouverte, car le souci mis au premier plan par la crise sanitaire de 2020 n'est pas seulement la résolution de cette crise mais plutôt dans la mise en place des instruments juridiques pour prévenir la prochaine crise sanitaire. La conscience est encore plus forte concernant la possible crise systémique climatique dont il ne faut pas qu'elle advienne, dont pourtant tous les éléments sont déjà là pour qu'elle s'ouvre et dont il semble que l'espace humaine ne réchapperait pas.

Si l'on définit le Droit non pas, ou pas seulement, comme ce qui sécurise les projets particuliers des opérateurs, ce à quoi le principe de Sécurité juridique suffit, mais comme ce qui protège les êtres humains contre ce qui est plus fort qu'eux, définition plus noble ce qu'est le Droit, alors le principe inverse de l'Insécurité juridique devrait s'imposer. Et cela d'une façon ordinaire, car un principe s'impose toujours d'une façon ordinaire, et non comme une exception.

2. La concrétisation du Principe autonome d'Insécurité juridique pour détecter et prévenir les crises systémiques globales catastrophiques

Si l'on veut bien raisonner ainsi, il faut alors injecter de l'Insécurité juridique dans les organisations privées et dans les branches du Droit lorsque cela permet de détecter et de prévenir les crises systémiques globales catastrophiques.

Parce que cela est conditionné par ce « But Monumental » qu'est la protection des êtres humains¹⁷, ceux de demain dont le Tribunal constitutionnel allemand a démontré par son arrêt du 29 avril 2021 que leur protection est à l'ordre du jour dès l'instant qu'il peut être démontré concrètement que sa situation demain sera dramatiquement compromise si aujourd'hui demeure semblable à hier¹⁸, le principe d'Insécurité juridique ainsi conçu ne sert en rien un pouvoir totalitaire : il sert l'effectivité d'un But Monumental qui requiert le rassemblement de toutes les forces et à l'aune duquel l'usage des pouvoirs doit être évalué en permanence. Ainsi à la fois contrairement au principe de Sécurité juridique, qui protège du totalitarisme

¹⁷ V. références *supra*, n. 2.

¹⁸ M.-A. Frison-Roche, « Place et rôle des entreprises dans la création et l'effectivité du Droit de la Compliance en cas de crise », 2021.

légal mais sert de petits projets, le principe d'Insécurité juridique peut servir le « But Monumental » de protéger l'espèce humaine contre son effondrement systémique futur et pourtant ne pas conférer un pouvoir total (qu'il soit politique, technologique, ou économique) parce que ce pouvoir est entièrement conditionné par la finalité qu'est cette protection des êtres humains, par les moyens de détection et la prévention de ce risque systémique.

Cela signifie que les contrats doivent pouvoir être suspendus ou modifiés, que les opérateurs en position d'atteindre ces pouvoirs peuvent pouvoir être enjoins de le faire, que les gouvernements doivent pouvoir être enjoins de respecter leurs propres engagements d'atteindre ces buts, que les Autorités publiques doivent pouvoir entrer dans les entreprises pour regarder la façon dont celles-ci prennent en considération ces Buts, notamment parce qu'elles affirment que ceux-ci font parties de leur « raison d'être » et quand bien même elles ne l'ont pas fait.

Si l'on raisonne ainsi, le principe de Sécurité juridique, qui pèse avant sur les Autorités publiques et bénéficie aux opérateurs privés, fera place au principe d'Insécurité juridique lorsque ces Buts Monumentaux, par lequel le Droit de la Compliance se définit est en jeu¹⁹. Il y a longtemps l'on appelait cela l'Intérêt général²⁰. L'intérêt général est aujourd'hui d'une grande urgence, le Droit de la Compliance permet d'écarter les projets particuliers, protégés par le principe de Sécurité juridique, et l'Intérêt général n'est en rien parqué dans une hypothèse ponctuelle et temporaire de crise, qu'il s'agirait simplement de gérer et de clore : il est ce sur quoi se construit notre Avenir pour qu'il ne suive pas la cartographie qui en est, d'ores et déjà, dessinée, à savoir l'effondrement.

B. – Institution du couple du principe de la sécurité juridique pour les projets particuliers et du principe d'Insécurité juridique pour détecter et prévenir les crises systémiques totales

Ainsi le principe d'Insécurité juridique non seulement doit être reconnu mais ne saurait être une « exception » par rapport au principe de Sécurité juridique, au regard de ce que l'un et l'autre servent. Plus encore, toujours au regard des Buts Monumentaux servis, ce sont les Banques centrales qui doivent superviser l'usage de ce principe d'Insécurité juridique, lequel peut

¹⁹ V. la définition du Droit de la Compliance proposé en 2016, mettant au centre les « Buts Monumentaux » de celui-ci (M.-A. Frison-Roche, « Le Droit de la compliance », 2016).

²⁰ M.-A. Frison-Roche, « Compliance et Intérêt général », 2021.

impliquer une plus grande puissance que celle impliquée par le principe de Sécurité juridique.

1. Le nouveau couple de principes Sécurité juridique / Insécurité juridique

Si l'on ne veut pas concevoir ainsi les choses, parce que le monde est dans cet état-là et que son avenir est d'ores et déjà dessiné, non seulement parce que le Principe de la Sécurité juridique ne sert que les projets particuliers, ce qui est important car l'individu doit toujours être protégé contre les pouvoirs normatifs et les puissances, le Principe de l'Insécurité juridique doit pouvoir briser les contrats et les engagements.

Il doit aussi imposer des engagements, contraindre les opérateurs à les prendre et à les tenir, les contrats qui sont rarement librement négociés étant en eux-mêmes peu aptes à assurer une fonction aussi considérable.

Ajoutant à l'exemple de la BCE lors de la crise de 2015 exposé ci-dessus²¹, l'on peut l'illustrer encore par 3 autres exemples, car ce ne sont pas les contrats, auxquels on associe souvent à juste titre le mécanisme de sécurité juridique, qui permettront d'affronter seuls les enjeux qui sont devant nous. Un enjeu majeur est constitué par l'information, que l'on appelle souvent les données. L'entreprise OVH a notamment pour activité de mettre à disposition des serveurs. Sa relation avec ceux qui placent leurs propres serveurs sur ses supports techniques est contractuellement régie. La sécurité de l'ensemble représente un risque systémique, notamment parce que les deux tiers des serveurs français y sont conservés. La prévention de ce risque était contractuellement organisée dans les contrats d'adhésion. Il faut mais il suffit de cocher la case sur "Option Backup" et de payer le surplus. C'est donc au propriétaire du site de choisir s'il court ou non le risque, celui qui coche pense ne pas le courir. Mais l'incendie qui fit brûler dans la nuit du 9 au 10 mars 2020²² les serveurs révéla que les backups des serveurs étaient dans les mêmes bâtiments que les serveurs, ce qui laissa les clients démunis, se retrouvant comme la cigale alors qu'ils avaient payé le surplus comme la fourmi.

La sécurité des données, comme le contrôle du contenu dans l'espace numérique, justifie que l'on passe du contrat à des mécanismes beaucoup plus

²¹ V. *supra*.

²² Ce qui m'empêcha de faire ma conférence telle que prévue lors du colloque du 20 mars, mon propre site ayant complètement disparu, n'ayant réapparu qu'ultérieurement au colloque. Je ne puis faire une intervention que sur la base de ce que j'ai entendu des autres contributeurs, ayant perdu toute trace du document de travail sur lequel j'avais travaillé longuement. J'ai repris ce travail des mois plus tard, ce type de mésaventure mettant un peu de distance par rapport au sujet même de « crise »...

contraignants, comme le montre le *Digital Services Act*, les Autorités publiques de régulation devant superviser les opérateurs, approuver les contrats et vérifier en permanence hors tout incident (ce qui caractérise la « supervision »²³) la façon dont l'entreprise concourt activement à la concrétisation de ces Buts de sécurité et de protection des personnes.

Au besoin par des contrats, car les entreprises doivent demeurer libre dans la mise en œuvre des objectifs de Compliance²⁴, mais des contrats supervisés. En effet, l'enjeu est d'exclure la crise suivante, prenant la forme d'une disparition de toutes les données, par l'emprunt aux techniques de Supervision telles qu'exercées par les Banques centrales à travers notamment les contrôles sur place²⁵. Mais il n'y a pas que le feu qui peut frapper, il y a aussi le froid. Dans un deuxième exemple que l'on peut prendre, c'est ce qui arriva au Texas dans l'hiver 2019-2020, tandis qu'à ce froid s'ajoutèrent des tempêtes, faisant s'effondrer des pylônes et des arbres, ce qui perturba la production et le transport de l'électricité. Mais dans un système où des contrats, instruments naturels du mécanisme concurrentiel, permettent, au Texas comme dans beaucoup d'autres États, de se procurer de l'électricité à un prix variable, par importation, il ne faut pas que demain soit différent d'aujourd'hui ni d'hier car sinon les prix changent, selon le mécanisme naturel de l'ajustement concurrentiel, adossé à la sécurité juridique du contrat. Or, si les infrastructures sont endommagées, le produit disponible se raréfie mais s'il fait froid, les êtres humains veulent être chauffés : les prix ont donc explosé.

La justice voudrait que les consommateurs, incapables de payer des factures exorbitantes, puissent bénéficier d'un principe d'Insécurité juridique, sans avoir à sortir de l'Ordre juridique pour se placer par exemple dans l'Ordre de la Charité... Comme plus personne ne paya, les entreprises d'électricité firent des procès, en application de la sécurité contractuelle au terme desquels aucune exécution de jugement ne fut obtenue, tombèrent en faillite, puis le gestionnaire du réseau de transport d'électricité ainsi que le directeur de l'Autorité de Régulation énergétique donnèrent leur démission. Plutôt que l'effondrement du système, ne faudrait-il pas admettre que le contrat, qui est basé sur la stabilité des engagements, mais qui est aussi

²³ V. d'une façon générale M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, 2017.

²⁴ Sur l'importance de cette liberté dans le choix des moyens par l'entreprise, v. M.-A. Frison-Roche, « Construire juridiquement l'unité des outils de la Compliance à partir de la définition du Droit de la Compliance par ses "buts monumentaux" », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la Compliance*, 2021.

²⁵ Sur le rôle potentiel des Banques centrales, v. *infra*.

l'instrument naturel de la concurrence, qui est basé sur l'instabilité des prix, ne sont pas forcément suffisants ?

Le troisième exemple est, bien sûr, la crise économique liée à la crise sanitaire du Covid²⁶. Prise sous l'angle non pas sanitaire mais économique. La crise économique n'est pas première, elle a été déclenchée à dessein par le pouvoir politique pour répondre à la crise sanitaire, un décret « ouvrant » la crise économique comme on déclare ouverte une séance d'un conseil d'administration ou arrivé le moment d'ouvrir les cadeaux de Noël.

Cet usage performatif est totalement inédit : le Droit déclare ouverte une crise, et de ce fait la déclenche, en déclarant concomitamment ouvert le moment d'ouvrir toutes les aides financières pour que cette crise économique ne se traduise pas pour le pays en catastrophe absolue et qu'ainsi pour la première fois la crise économique soit, grâce à l'articulation entre la puissance normative et la puissance budgétaire, non pas le souci mais la solution.

La question qui s'ouvre maintenant est de savoir si cet usage de la crise économique comme remède peut être renouvelé en Ex Ante pour prévenir des crises systémiques, globales, catastrophiques à venir : de ce cas, peut-on tirer une méthode générale ?

Par exemple, arrêter l'économie d'un pays pour prévenir une crise climatique ? Puisque c'est l'industrie qui pollue, cela est suggéré, mais l'État peut déclarer, de la même façon performative, la crise économique finie une fois la crise sanitaire diminuée notamment par la vaccination en réouvrant le pays, autant il ne peut pas *ad vitam eternam* arrêter la vie économique.

C'est pourtant l'un des enjeux du Droit de la Compliance que de détecter et de prévenir les deux types de crises systémiques totales.

C'est en effet le Droit de la Compliance qui va, au besoin en brisant la sécurité contractuelle et en nouant une alliance entre les Autorités politiques et les entreprises, réorienter le Droit vers des Buts Monumentaux, comme la préservation et le bon usage des données, la préservation de la Vérité ou la sauvegarde de l'espèce humaine sur une planète.

C'est ce que fait le Droit de la Compliance qui s'impose et cela de façon extraterritoriale. L'extraterritorialité du Droit de la Compliance n'étant critiquable que si l'instrument juridique ne sert qu'un intérêt « situé », ce qui est le cas du Droit des embargos – les critiques étant alors justifiées –, mais étant consubstantielle au Droit de la Compliance lorsque le But Monumental lui-même est a-territorial. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'un enjeu climatique ou d'un enjeu numérique.

²⁶ V. Normes publiques et Compliance en temps de crise : les Buts Monumentaux à l'épreuve, mai 2021.

Plus encore, les institutions légitimes pour écarter le principe de sécurité rendant efficaces les projets particuliers des particuliers pour faire prévaloir en changeant au besoin les règles, temporairement ou définitivement, sont celles qui sont les plus familières des techniques de Compliance, à savoir les Banques centrales.

2. Les Banques centrales institutions majeures de détection et de prévention de toutes crises systémiques globales

En effet, les banquiers centraux sont des institutions publiques qui n'ont, y compris en Europe, la prévention de l'inflation que comme exemple d'un mandat plus général. En effet, la prévention de l'inflation permet de prévenir l'instabilité du système monétaire, bancaire, financier, économique, puis social et finalement la guerre.

Ainsi le mandat des banques centrales est de lutter contre l'instabilité en ce qu'elle conduit à la guerre. Cela revient à dire que le mandat des banques centrales est de « faire tout » (*what ever it takes*) non pas seulement en cas de crise²⁷, mais chaque jour, pour assurer la « durabilité » des systèmes bancaires, financiers, économiques, sociaux, pour que nous ne disparaissions pas, nous êtres humains.

Pour cela, les banques centrales ont des pouvoirs que les États eux-mêmes n'ont pas. Pour cela, elles sont légitimes à écarter les projets privés, à prendre directement comme but le Climat (et pas seulement pour les effets bénéfiques des investissements dits « verts »), à exiger des informations pertinentes, y compris sur des entreprises qui ne sont pas opérateurs bancaires ou financiers.

Les Banques centrales auront ainsi un rôle majeur²⁸ dans un Droit qui évolue sans cesse pour construire un Droit de la Compliance, dont la normativité est dans ses « Buts Monumentaux », au regard desquels les principes qui ne servent que des projets particuliers y a certes une place, mais une place secondaire, l'Avenir étant dans une participation directe des entreprises et de la population à la concrétisation de ces buts, dans une Aventure²⁹ pleine d'Insécurité.

²⁷ Sur l'analyse de cette phrase normative, prononcée en situation de crise, v. *supra*.

²⁸ Dans ce sens, v. les développements M.-A. Frison-Roche, *Compliance Law, Health crisis and Future*, 2020.

²⁹ M.-A. Frison-Roche, *L'Aventure du Droit de la Compliance*, 2020.