

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION

Vivian GROSSWALD CURRAN

Volume 110, Number 2, September 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045540ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045540ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

GROSSWALD CURRAN, V. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION. *Revue du notariat*, 110(2), 311–317.

<https://doi.org/10.7202/1045540ar>

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION

Vivian GROSSWALD CURRAN*

La mondialisation exerce des effets transformateurs sur le droit national à tout niveau, notamment en matière de sécurité juridique. De multiples fragmentations résultent de la réorganisation du droit à l'heure actuelle.

L'absence d'un système juridique mondial combinée à la croissance importante de contacts entre acteurs et institutions juridiques sur le plan global aboutit à l'introduction dans l'espace juridique national de nouvelles conceptions de droit susceptibles de bouleverser la méthodologie juridique des tribunaux nationaux.

Ces apports ne se lisent souvent qu'en filigrane, surtout lorsqu'ils ne figurent pas dans les débats officiels menés par les organes légitimes de changement et d'innovation juridiques reconnus dans le système national.

Notre époque, il est devenu banal de le dire, est empreinte du transitoire. Que le droit en particulier soit dans un état de flux et d'impermanence n'a pourtant rien de neuf. Il en a toujours été ainsi, mais la rapidité du changement et la complexité des forces motrices de ses métamorphoses se sont beaucoup intensifiées à notre époque¹.

* Professeure de droit, Université de Pittsburgh.

1. Voir Danielle KEATS CITRON, « Reservoirs of Danger : The Evolution of Public and Private Law at the Dawn of the Information Age », 80:2 *Southern California L. Rev.* 241, 247 (2007) ; Basil S. MARKESINIS et Jörg FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law : A New Source of Inspiration ?*, Abingdon (Oxford), Routledge-Cavendish, 2006 ; Frank J. GARCIA, « Globalization and the Theory of International Law », 11 *Int'l Legal theory* 9 (2005) ; Vivian GROSSWALD CURRAN, « Re-Membering Law in the Internationalizing World », 34 *Hofstra L. Rev.* 93, 94 (2005).

Qu'en est-il, dès lors, de la sécurité juridique, cette aspiration qui est à la fois devoir fondamental et raison d'être du droit, ce véhicule du soulagement de l'angoisse incontournable et inguérissable face à l'insécurité, voire à l'absurde, qui nous guette et nous menace ? Selon le psychologue Erich Fromm, une appétence pour la sécurité habite l'espèce humaine mais elle coexiste, dans un même espace psychologique et dans un rapport de tension continue, avec une appétence tout aussi profondément ancrée dans la psyché humaine pour la liberté et la non-contrainte². D'après Fromm, lorsque la première domine la personnalité à tel point qu'elle exclut l'autre, il en résulte un individu qui tend à agréer au totalitarisme, tandis que lorsque domine démesurément la seconde, il en résulte une tendance à embrasser l'anarchie³.

La sécurité juridique répondrait donc à un besoin universel, mais les sociétés, comme les individus, y aspirent selon des traits qui leur sont propres. Il s'agit d'un concept qui ne se traduit pas de manière précise dans les pays de tradition civiliste aux pays de common law mais dans leurs fors intérieurs, il y a néanmoins une bonne dose de similitude. Une brève analyse récemment publiée dans *Les Petites affiches* à propos de la jurisprudence française l'affirme ; la sécurité juridique s'appliquerait tout aussi bien au « case » de la common law qu'à l'« arrêt » de droit civil français. L'auteur dit tout simplement : « Un arrêt ...est important... parce qu'il rend l'avenir plus prévisible »⁴.

Effectivement, chaque ordre juridique s'arrange, eu égard à son histoire et à son tempérament, à accomplir à sa manière la tâche de diminuer, autant que possible, l'instabilité que lui réservent l'imprévu et l'imprévisible. Les deux grandes traditions juridiques ne divergent pas dans la mesure où l'idée de sécurité, qu'elle soit législativement entérinée ou qu'elle soit la fine fleur de l'artisanat des tribunaux qui la créent à partir de la « case law », représente forcément un acte de foi de la part de l'ordre juridique.

La tradition complexe de la common law aspire de manière plus modeste que son homologue civiliste à combattre l'insécurité en ce sens qu'en se bâtissant sur la « case law », elle se comprend comme un amoncellement de micro lois à partir duquel s'extraient normes,

2. Erich FROMM, *Escape from Freedom*, Toronto, Rinehart, 1941.

3. *Ibid.*

4. Stéphanie PAGET, « La réception de la jurisprudence », (2007) (8-9 mai) *Petites affiches* 4, 5.

principes et théories, le tout dans un état de devenir continu. Un raffinement progressif s'effectue de par les extractions de plus en plus nombreuses à partir d'un entassement de nouveaux cas qui viennent s'ajouter à la mosaïque, comme un point de plus dans un immense tableau pointilliste, mais c'est un tableau réalisé par de multiples peintres et jamais prêt de son achèvement, où le pinceau s'ébroue de temps à autre comme un cheval trempé. On y décèle encore certains principes de droit devenus désuets et s'effaçant peu à peu pour céder la place à de nouvelles couleurs. Ils deviendront des palimpsestes, de plus en plus fades avec le temps qui passe, qu'il faudra désormais percevoir, voire deviner, en filigrane.

D'un autre côté, alors que l'autocompréhension du droit commun incorpore cette fluidité, il s'agit d'une fluidité qui, à tout moment, se présente comme un lien indissoluble, aussi mythique soit-il, entre le précédent du passé, le jugement du présent et leur ascendant sur le tribunal de demain – en d'autres termes, lien qui se veut néanmoins garant de la sécurité juridique.

En France, pays civilisé par excellence, René Char, ce grand poète et combattant de la Résistance qui dut, avec toute sa génération, faire face à bien des épreuves auxquelles il ne s'était pas attendu, apprit encore tout jeune à se douter que l'imprévisible prime toujours sur le prévisible. Mais pour Char, le poète est doué du génie de s'adapter aux surprises de la terre⁵. Nous autres, juristes, peut-être à défaut de dons poétiques, continuons à consacrer nos efforts à tenter de réduire l'inattendu au strict minimum et de prescrire la méthodologie de ménager les surprises qui risquent de survenir.

Depuis le traité de Westphalie au XVII^e siècle, le droit revêt un caractère fondamentalement national. Or, aujourd'hui il figure parmi bien d'autres domaines qui subissent les influences de déterritorialisation, mais ce souvent de manière officieuse, sinon tout bonnement inconsciente. Dès lors s'ensuivent de nouveaux alignements mais aussi de nouvelles fragmentations. Sont menacés de déstabilisation les ordres juridiques nationaux et la sécurité juridique là où, officiellement, le droit est censé rester sous l'égide nationale mais où il devient malgré lui une institution de moins en moins nationale. Je ne traite ici que des effets difficilement perceptibles et

5. Voir Vivian GROSSWALD CURRAN, « L'Homme debout dans la poésie de René Char » (mémoire non publié, 1973).

officieux de la transnationalisation du droit, car il est entendu qu'elle a aussi un potentiel extrêmement bénéfique, notamment pour une éventuelle harmonisation juridique et pour la coopération et la compréhension mutuelles entre pays.

Pour ne citer qu'un exemple parmi bien d'autres, évoquons un phénomène qui nous est tous familier par ses répercussions sur la sécurité juridique : le forum shopping. Ce phénomène permet de déterminer, sur le plan international, la juridiction la plus favorable ainsi que parfois la plus complaisante à la partie concernée dans un monde où l'internationalisation juridique signifie qu'avec la mobilité frénétique du capital qui se déplace par un clic de souris ou par quelques mouvements des doigts sur le clavier d'un ordinateur, lui-même portable, qu'avec les sociétés commerciales qui se réorganisent pour offrir des marchandises composées de fragments fabriqués tous azimuts, etc. il arrive d'ores et déjà que les tribunaux nationaux de divers pays s'estiment compétents pour statuer dans des affaires au parfum trans/multi/ou internationales, et même, au grand dam de certains autres pays, dans des affaires où ces derniers estiment avoir une compétence exclusive.

Prenons d'abord l'affaire *Yahoo !* d'il y a quelques années où un tribunal français a condamné Yahoo ! pour des infractions à certaines lois françaises. Au lieu de déposer un appel en France, Yahoo ! change de for et peu ou prou fait appel à un tribunal américain en ce sens qu'elle intente une procédure déclaratoire devant le tribunal fédéral californien suivant laquelle l'exécution du jugement français serait une violation du premier amendement de la Constitution américaine.

Le tribunal de première instance donnera raison à Yahoo !⁶, la Cour d'appel statuant plus tard que la question n'était pas encore mûre, et qu'il faudrait attendre que les défendeurs exigent l'exécution du jugement aux États-Unis, mais ne statuant pas sur le fond⁷. Alors que cette affaire de forum shopping se déroule, suivie de très près des deux côtés de l'Atlantique par d'innombrables personnes, et pas seulement par des juristes, arrive l'affaire *Lipietz* devant le tribunal administratif de Toulouse⁸.

6. *Yahoo !, Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 Fed. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001).

7. *Yahoo !, Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006).

8. 6 juin 2006, *M.A. et consorts Lipietz c. Préfet de la Haute-Garonne et Société nationale des chemins de fer français*, n° 01014248, tribunal administratif de Toulouse.

Dans cette affaire, deux cousins appréhendés à Toulouse en 1944 par la police française à l'époque de Vichy, et transportés au camp d'internement de Drancy par la SNCF dans des conditions atroces, portent plainte contre l'État français et la SNCF. Ils ne peuvent pas se constituer parties civiles dans un procès pénal puisque aucun individu ayant participé à la perpétration d'un crime contre l'humanité ne leur est connu de nom. Dès lors, ils portent plainte devant le tribunal administratif⁹.

Le tribunal leur donne raison, et condamne les deux défendeurs tout en se gardant de caractériser leurs actes de « complicité dans des crimes contre l'humanité » puisqu'il n'a pas compétence pour se prononcer sur des infractions de nature pénale. En fait, si l'on examine cette affaire de près, il devient évident que les plaignants se sont inspirés directement du modèle anglo-saxon et surtout américain qui permet aux victimes d'une grave atteinte à un droit de l'homme de poursuivre l'auteur du crime pour un délit civil sans qu'il n'y ait besoin de poursuite pénale¹⁰.

L'avocat des plaignants dans l'affaire *Lipietz* signala au tribunal que s'il déboutait ses clients, d'autres victimes se trouvant dans la même situation qu'eux tenteraient leur chance à travers des recours collectifs – les « class-action » –, aux États-Unis, où les tribunaux s'étaient déjà montrés favorables envers d'autres plaignants dans des causes similaires et s'étaient trouvés compétents dans ce genre de procès contre l'État français et les entreprises françaises pour des actes commis en France pendant la guerre contre des citoyens français ou des réfugiés alors domiciliés en France – bref, où, de toute évidence, l'intérêt des États-Unis ne sautait pas aux yeux, et ce malgré l'argument vigoureusement présenté par l'État dans une de ces affaires dans un mémoire *amicus curiæ* que les tribunaux français avaient une compétence exclusive en cette matière. Aussi l'avocat des Lipietz suggéra dans ses mémoires au tribunal administratif de Toulouse qu'il en allait de la souveraineté de la France, avec le message implicite que le tribunal devait non seulement s'estimer compétent pour trancher cette affaire qui en fait était une affaire de complicité dans un crime contre l'humanité, mais, en outre, que le tribunal avait le devoir de satisfaire les plaignants dans

9. Pour une analyse approfondie de l'affaire *Lipietz* dans une perspective comparatiste, voir Vivian GROSSWALD CURRAN, « Globalization, Legal Transnationalization and Crimes Against Humanity : the *Lipietz* Case », 56 *Am. J. Comp. L.* 363 (2008).

10. *Ibid.*

le jugement pour que toutes les autres victimes, dans des cas similaires, n'exportent pas leurs plaintes.

Mais si le rétrécissement de l'espace juridique planétaire a pour effet d'offrir aux parties la possibilité de faire du forum shopping transnational pour déterminer la juridiction qui leur est plus favorable, et que leurs choix se multiplient parce qu'un nombre croissant de juridictions s'estiment compétentes pour juger les litiges de parties étrangères, c'est que les tribunaux nationaux aspirant à maintenir leur souveraineté nationale seront obligés de changer leur droit domestique de par leurs décisions afin de plaire suffisamment aux litigieux qui risqueraient de pouvoir faire meilleure affaire ailleurs.

Mais dès lors, le prix de la conservation de l'emprise nationale sera l'application en droit domestique de normes juridiques étrangères, et ce généralement sans transparence, c'est-à-dire sans reconnaître le processus dans lequel s'engage le tribunal, puisque aucune loi ne l'autorise. Par conséquent, l'ordre juridique national pourra d'autant moins s'adapter efficacement aux effets de ces importations. Par exemple, dans l'affaire *Lipietz*, un des effets de l'importation des États-Unis de ce qui, en fait, est une action pour crime contre l'humanité en dehors d'un contexte pénal, avait été dans un premier temps que 2000 nouvelles plaintes furent déposées, mais puisque la France ne connaît pas le recours collectif, tous ces procès *a priori* allaient devoir être gérés et tranchés séparément avec d'énormes problèmes pour la justice française. Le Conseil d'État jugera que l'affaire contre la SNCF relève du juge judiciaire¹¹, mais un des ayants-droits d'un plaignant signalera aussitôt son intention de saisir la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)¹².

La sécurité juridique se voit perturbée dans la mesure où elle dépend du rôle traditionnel d'un tribunal national qui juge de chaque affaire à partir de son mérite juridique, alors que la mondialisation, pour les raisons précitées, crée un renversement de rôles où ce sont les parties « mondialisées » qui jugent du tribunal au lieu du contraire. Reste au juge national à évaluer les affaires qu'il doit trancher à l'aune des décisions étrangères pour en jauger le jugement probable dans d'autres juridictions.

11. Cons. d'Ét. 21 déc. 2007, *Mme LIPIETZ et al.*, affaire 305966.

12. « Conseil d'État renvoie le dossier Lipietz/SNCF à la juridiction judiciaire », [En ligne] : <<http://cacambo.over-blog.net/article-7318368.html>>.

Pour tout ce que cette ouverture a de bénéfique, et notamment pour identifier le possible par les solutions qu'auraient trouvées des collègues estimés à l'étranger, et certes même de nécessaire, elle se heurte au problème de la compréhension intersystémique – en d'autres termes, elle relève le défi d'un travail comparatiste pointu qui dépasserait les moyens de la plupart des tribunaux nationaux qui en auraient besoin, ce que j'avance en connaissance de cause puisqu'il s'agit là d'un grave problème aux États-Unis.

Nous ferions peut-être bien de nous fier à René Char et de nous attendre à l'inattendu, aux surprises de la terre. Savoir s'y adapter exige peut-être le génie du poète qu'il fut, et que nous, hélas, nous ne le savons que trop, ne sommes pas, mais nous, juristes, qui nous intéressons à la méthodologie internationale, du moins sommes-nous sur la bonne piste en portant le regard sur la sécurité juridique et surtout sur ses transformations subitement occultées à l'heure mouvementée qu'il est.