

Le dérèglement institutionnel en Europe

Constantin Yannakopoulos

Professeur de la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes

Professeur invité à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

Ancien référendaire à la Cour de justice des communautés européennes

www.cyannakopoulos.gr

PLAN

Introduction

I. La déconstruction des institutions publiques

A. La fragmentation des pouvoirs publics

B. La confusion des pouvoirs publics

II. Le désencadrement des institutions privées

A. L'hyper-privatisation des pouvoirs constitués

B. Le constitutionnalisme sociétal

Conclusions

Introduction

Le constitutionnalisme européen moderne a été imprégné de l'idée de remplacer la « loi » du plus fort par l'État de droit, laquelle repose sur la subordination du privé au public et sur la sauvegarde de la protection des droits de l'homme par l'État moderne. Il s'agit, avant tout, d'une idée formaliste. Reflétant la tradition de la *res publica* romaine, cette idée métabolise le potentiel de violence de la société en maîtrisant les intérêts privés et en renvoyant le pouvoir à une origine publique qui est à la fois impersonnelle, souveraine -bien qu'(auto)limitée- unique, légitime, bien structurée et stable¹. C'est la raison pour laquelle l'État de droit a été lié au pluralisme politique et à la suprématie normative de la Constitution. La démocratie pluraliste a exigé et en même temps rendu possible la garantie de résolution des conflits fondamentaux de la société à travers le droit et, notamment, la Constitution. Parallèlement, dans la plupart des pays européens de l'après-guerre, cet État de droit constitutionnel, de principe libéral, a été progressivement fortifié par un grand pacte social qui a fait émerger l'idée de l'État de droit social². Ainsi, le formalisme inhérent au constitutionnalisme européen moderne a été combiné avec un objectif fondamental matériel, celui de la justice sociale.

Or, ces dernières décennies, ce modèle semble être remis en question. Comme l'a relevé Alain Supiot, la relation public-privé est en train d'être inversée. Selon les politiques néolibérales prédominantes, « les intérêts individuels ne doivent [...] plus être subordonnés au bien général, mais au

¹ Voir A. Supiot, « The public–private relation in the context of today's refeudalization », *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 1, January 2013, p. 129 s. [<https://doi.org/10.1093/icon/mos050>].

² Voir F. Balaguer Callejón, « Crise économique et crise constitutionnelle en Europe », *Constitutions - Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2013, p. 133 s..

contraire, l'État doit être transformé en un moyen de maximiser les utilités individuelles »³. Dans cet esprit, « le gouvernement et la loi c[è]de[nt] la place à la gouvernance et aux contrats »⁴ ; la réglementation recule au profit de la régulation ; le droit privé est censé exprimer les lois naturelles et revendique la priorité, dans la hiérarchie du droit positif, sur le droit public⁵ ; En même temps, « [l]’utopie d’un ordre juridique mondial qui ne serait plus une mosaïque d’États mais plutôt une ‘grande société ouverte’ peuplée de nuages de particules contractantes poursuivant leurs intérêts privés, a donné naissance à un espace financier, technologique et économique qui ignore les frontières nationales »⁶. Traumatisée par la crise de la souveraineté étatique qu’a provoquée ce genre de mondialisation, l’idée de l’État de droit n’a su trouver dans le processus d’intégration européenne ni abri ni substitut crédible. À l’égard de la dévaluation normative des constitutions nationales devenues souples, prêtes à s’adapter à toute externalité dominante ou occasionnelle (juridique, économique, politique, culturelle ou morale), le droit européen n’assure pas une structure constitutionnelle alternative plus fiable. Ses deux instruments fondamentaux, à savoir la Convention européenne des droits de l’homme et les traités de l’Union européenne, sont, eux aussi, trop souples pour pouvoir encadrer, d’un côté, les excès de l’individualisme et du néolibéralisme mondialisés et, de l’autre, les réactions asymétriques des États européens à leur égard. En effet, ni dans les ordres juridiques nationaux ni dans les deux ordres juridiques européens n’existent de normes fondamentales susceptibles de maîtriser les intérêts privés et d’encadrer efficacement le règlement des conflits économiques, politiques et sociaux. Et le modèle du pluralisme constitutionnel qui prédomine, au

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

lieu de devenir un moyen de corriger la déréglementation constitutionnelle qui en découle, évolue en réalité comme le prodrome de celle-ci. Il constitue un facteur de reproduction de la déconstitutionnalisation du droit national et de la constitutionnalisation imparfaite du droit européen, à savoir des deux composants de la crise actuelle de l'État de droit⁷.

À travers la rétrogradation de ses valeurs modernes, le constitutionnalisme européen actuel est marqué par la reviviscence de certains standards ou motifs du féodalisme médiéval⁸ : *primo*, du *dogme de la souveraineté partagée*, qui évoque le morcellement du pouvoir et le déplacement des institutions d'une structure centralisée vers une structure « micro sociale » ; *secundo*, de *l'hybridation du public et du privé*, qui dénote la confiscation de la puissance publique par des particuliers, l'instrumentalisation du droit et sa mise au service de l'efficacité économique, ainsi que le passage du gouvernement sur la base de la loi à la gouvernance sur la base de liens de loyauté et de dépendance ; *tertio*, de *la liquidation du droit*, qui désigne que la réalité juridique apparaît « sans centre et sans souverain », « délocalisé[e] et déformalisé[e] »⁹, rappelant l'univers juridique pluriel du Moyen Âge où les sujets n'arrivaient pas à objectiver la réalité en toute sécurité, car, tout en cherchant constamment une harmonisation, ils n'évitaient pas le désordre.

Dans ce contexte néo-féodal, il y a effectivement lieu de parler aujourd'hui en Europe d'un dérèglement institutionnel, qui brouille tant la conception que la distinction des institutions publiques et privées. Certes, la

⁷ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, Sakkoulas Publications, Athènes-Salonique, 2019.

⁸ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », *Revue du droit public* 4/2023, p. 1045 s..

⁹ Voir A. Schiavone, « Les juristes et l'histoire. Pour une nouvelle archéologie du droit », *Clio@Thémis*, n° 14, 2018 [<https://journals.openedition.org/cliothemis/688>], n° 5 et n° 10.

déconcentration et la décentralisation administratives ainsi que d'autres réformes de l'administration publique ont depuis très longtemps créé une géométrie bien variable au sein de l'univers des institutions publiques, alors que l'univers des institutions privées employait toujours des formes à la fois typiques et atypiques. Par ailleurs, l'osmose entre le public et le privé n'est pas un phénomène récent. Du moins depuis la moitié du XX^{ème} siècle elle a créé un paysage institutionnel fort complexe, dans le cadre duquel il n'est pas surprenant que des institutions administratives soient organisées et fonctionnent selon les règles du droit privé ou que certaines institutions privées prennent en charge des missions de service public et soient donc soumises, en partie, aux règles du droit public. Or, ces dernières décennies le dérèglement institutionnel tient principalement à la tendance de subordonner quasi-totalement les institutions publiques aux institutions privées. Je vais essayer d'analyser cette tendance en abordant ses deux volets : d'une part, la déconstruction des institutions publiques (I) et, d'autre part, le désencadrement des institutions privées (II).

I. La déconstruction des institutions publiques

Le retour de la logique de souveraineté partagée a provoqué la division et l'affaiblissement de la souveraineté étatique dans tous les sens : vers le bas (à travers les différentes formes d'autonomie de divers institutions administratives), vers le haut (à travers la participation aux organisations internationales et, en particulier, à l'Union européenne), vers l'intérieur (à travers la substitution de l'État par une société fluide d'individus) et vers l'extérieur (à travers l'ouverture au marché libre de l'activité des pouvoirs publics et la privatisation de leur propriété)¹⁰. C'est un phénomène néo-

¹⁰ Cf. R.A.W. Rhodes, « The hollowing out of the state: The changing nature of the public service in Britain », *Political Quarterly* 65 (2), 1994, p. 138 s..

féodal dans la mesure où, dans tous les cas ci-dessus, l'État perd la possibilité d'exercice directe de sa souveraineté sur l'ensemble de ses sujets. Celle-ci se réduit à une simple *suzeraineté* rappelant le pouvoir limité que le seigneur féodal (*suzerain*) n'avait directement que sur ses propres vassaux et non sur les vassaux de ses vassaux¹¹. Rappelons que ce rapport de suzeraineté, qui, à l'origine, était un rapport de dépendance du vassal vis-à-vis de son seigneur féodal, mais aussi un rapport de loyauté et de confiance entre ces deux personnes, a, ensuite, bien de fois débouché sur l'autonomisation relative du vassal et sur des conflits avec son seigneur. D'une manière analogue, les entités qui font actuellement la médiation entre l'État et les citoyens s'autonomisent souvent et revendiquent une partie des pouvoirs étatiques.

La reviviscence de ce motif féodal déconstruit l'organisation traditionnelle des institutions publiques non seulement au niveau national mais aussi au niveau de l'Union européenne. Toutes les institutions publiques en Europe subissent donc les effets de la fragmentation (A) et de la confusion (B) des pouvoirs publics.

A. La fragmentation des pouvoirs publics

La transformation des rapports de souveraineté en rapport de suzeraineté fragmente les pouvoirs publics et les diminue au profit d'autres pouvoirs, publics ou privés, qui alternent dans des positions de parité ou de suprématie.

¹¹ Voir A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in S. Chassagnard-Pinet – D. Hiez (sld), *Approche critique de la contractualisation*, coll. "Droit et Société", n°16, 2007, LGDJ, p. 19 s..

Il en va ainsi dans le cadre de la *contractualisation* de l'action publique, c'est-à-dire du passage d'un modèle juridique dans lequel les pouvoirs publics imposent leur volonté d'en haut à un modèle dans lequel ils s'inscrivent dans un accord de volontés¹². Ce passage est lié à la transformation de l'organisation et du fonctionnement de l'administration publique (*new public management*) et à l'adoption d'une gouvernance multi-niveaux (*multi-level governance*), dans le cadre de laquelle les structures hiérarchiques verticales ont été fragmentées, les autorités administratives indépendantes se sont multipliées et des organes administratifs *sui generis* ont été établis avec un degré élevé d'autonomie dans de différents domaines d'action administrative (*agencification*).

Dans ce contexte, le contrôle administratif hiérarchique est soit annihilé soit cédé au profit d'une pratique de négociation transactionnelle, qui recourt non seulement à des accords informels fondés sur la confiance mutuelle entre partenaires, mais aussi à des textes normatifs contraignants -dits souvent *cahiers des charges*- qui définissent précisément les modalités de la coopération, notamment lorsque les actions sont délimitées entre les niveaux central et local. D'ailleurs, dans le même contexte, afin de mettre en œuvre des objectifs publics, divers partenariats public-privé sont mis en place, au travers de missions contractuelles et d'engagements avec des particuliers. Comme le souligne Alain Supiot, « [é]crasé sous le poids des innombrables missions dont il s'est chargé, l'État providence tend aujourd'hui à réduire toujours davantage le nombre de celles qu'il assume directement, pour confier la gestion des autres à des opérateurs privés qu'il place sous le contrôle d'autorités indépendantes instituées et nommées par lui. Ces montages juridiques, où certains auteurs voient

¹² Voir J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 5e édition, LGDJ, 2017, p. 175 s. Voir aussi L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État: Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985, p. 21 s..

l'émergence d'un nouveau "droit de la régulation", marquent en réalité le retour d'un pouvoir suzerain, qui n'a plus de contrôle qu'indirect sur ses sujets »¹³.

Le retour d'un tel pouvoir suzerain est également privilégié par les institutions de l'Union européenne et l'évolution du processus de son unification. Comme l'a montré l'évolution historique de la construction européenne, le principe d'attribution des compétences aux organes européens n'est pas un cadre strict et statique de délimitation, de répartition et d'hierarchisation des compétences entre l'Union européenne et ses États-membres. Il s'agit d'un cadre dynamique et flexible qui a favorisé le flux de pouvoirs importants des États-membres vers l'Union. Sur ce plan, dans plusieurs domaines, les rapports entre les institutions nationales et européennes sont progressivement devenus souvent conflictuelles. En l'absence de critères formels fixes de résolution de ces conflits et d'un organe unique auquel reviendrait le dernier mot pour, l'invocation de principes communs, tels que les principes de coopération loyale, de subsidiarité ou de proportionnalité, s'est avérée peu efficace dans la résolution ou, au moins, la prévention desdits conflits. Ces derniers ne sont pas toujours susceptibles d'être efficacement encadrés par les pouvoirs publics, nationaux ou européens, qui sont de plus en plus désorganisés tant que s'applique le dogme de la souveraineté partagée. L'évolution asymétrique du dialogue entre les juges nationaux et la Cour de justice de l'Union européenne en est caractéristique¹⁴.

¹³ Voir A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », op.cit..

¹⁴ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 148 s..

D'ailleurs, il est à noter que le droit de l'Union entraîne la fragmentation des pouvoirs publics nationaux à plusieurs niveaux. Par exemple, en reconnaissant que les juridictions ordinaires d'un État membre ne sont pas liées par l'interprétation des règles et principes européens éventuellement adoptée par une cour constitutionnelle ou suprême du même État¹⁵, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a favorisé l'émancipation des juges ordinaires vis-à-vis des cours constitutionnelles ou suprêmes. Cela entraîne un renversement de la hiérarchie des juridictions nationales et, par conséquent, la fragmentation de la justice nationale, ce qui n'est pas sans rappeler la fragmentation de la justice dans le féodalisme médiéval.

La fragmentation des pouvoirs publics débouche ainsi sur le développement d'un système concurrentiel de pouvoirs multi-niveaux d'une complexité accrue, dans le cadre duquel les différents centres de pouvoir et leurs contrepoids habituels sont souvent discrédités en peu de temps, car de nouveaux centres de pouvoir et de nouveaux contrepoids émergent constamment. La perpétuation de cet équilibre institutionnel instable condamne tous les « faiseurs du système » à la tâche de Sisyphe de rechercher sans cesse et parfois de manière étonnante de nouveaux compromis politiques qui, non seulement sont souvent difficiles à atteindre, mais, une fois atteints, restent, en principe, conjoncturels. Les efforts parfois convulsifs, sinon désespérés, des autorités des États-membres -du plus faible jusqu'au plus puissant de ces États- à faire face à l'extrême pression venant de la part du Système européen de banques centrales, qui présente des tendances d'autonomisation, en offrent la preuve. Il suffit de penser à l'organisation en Grèce du référendum du 5

¹⁵ Voir, à titre indicatif, CJUE, 15.1.2013, C-416/10, *Križan e.a.*.

juillet 2015 et à l'invocation futile de son résultat contre les autorités de l'Union ou même au refus de la Cour constitutionnelle allemande en 2020 de se conformer à la décision de la Cour de justice dans l'affaire *Weiss et al.* concernant les compétences de la Banque centrale européenne¹⁶ et de modifier sa « jurisprudence ultra vires » en examinant par la suite les mesures que l'Union avait adopté pour faire face à la crise provoquée par la pandémie (*EU Recovery Package*).

B. La confusion des pouvoirs publics

D'abord, l'eupéanisation du droit national et, ensuite, l'instrumentalisation du droit en général lors de différentes crises ayant secoué l'Europe ces dernières décennies ont ébranlé la cohésion de tous les États membres et favorisé le réaligement et la confusion progressifs des pouvoirs publics aussi bien au niveau national qu'au niveau de l'Union¹⁷.

Même avant le temps des crises, le droit de l'Union avait renversé et perturbé l'équilibre de pouvoirs établi en droit national.

Préalablement, la jurisprudence de la Cour de justice avait admis que, face à l'obligation de mettre pleinement en œuvre le droit de l'Union, aucune règle de répartition des compétences entre les institutions nationales ne peut être opposée¹⁸.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice avait fait passer le législateur national au second plan et privilégié le rôle institutionnel du juge national, qui avait été érigé en régulateur principal de l'application du

¹⁶ Voir C. Yannakopoulos, « Les mutations du constitutionnalisme européen déréglementé. Réflexions à propos de l'arrêt PSPP de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020 », *Revue du droit public* 4/2020, p. 1041 s..

¹⁷ Voir C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois* (en grec), éditions Sakkoula, Athènes – Salonique, 2013.

¹⁸ Voir, à titre indicatif, CJUE, 1.4.2008, C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*.

droit de l'Union dans l'ordre juridique national et de l'interprétation du droit national conformément aux exigences du droit de l'Union¹⁹.

En plus, des institutions telles que les autorités de régulation indépendantes, dont la mise en place au niveau national est promue par l'Union, avaient supplanté les trois fonctions étatiques classiques, d'une manière qui avait modifié les déterminations traditionnelles de leur séparation.

Or, notamment après 2010, la succession et l'accumulation des différentes crises (financière, migratoire, sanitaire, celles provoquées par le terrorisme et par la guerre en Ukraine) ont promu une instrumentalisation accrue du droit qui a provoqué un imbroglio institutionnel difficilement gérable.

Incapables de traiter la crise de la dette souveraine, les droits nationaux, européen et international ont été concurrencés, voire dépassés, par d'autres normes non juridiques, telles que les évaluations émanant des agences de notation financière. La sacralisation du marché a attribué à la réalité économique une force normative et a mis le droit lui-même en faillite. Le signe principal de cet état de faillite a été l'instrumentalisation du droit. Les règles juridiques -même les règles fondamentales- impuissantes à maîtriser les marchés dans le but d'assurer la justice et la sécurité se sont vu assigner une nouvelle fonction : contraindre tout État -et, notamment les États insolvables- à produire la situation de fait économique exigée par les marchés. La doctrine dominante a admis que les règles juridiques reflètent nécessairement le dogme des marchés, ce qui rappelle la primauté des faits naturels et économiques sur les faits juridiques au début du Moyen Âge²⁰.

¹⁹ Voir C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, op. cit., n° 125 s..

²⁰ Voir P. Grossi, *L'Europa del diritto*, 7^e édition, Laterza, 2011, p. 110.

Cependant, ni les États ni d'ailleurs le droit lui-même n'ont disparu. Même dans l'ère post westphalienne, les États –du moins les États-créanciers– bien que substantiellement transformés, restent encore les auteurs principaux du droit ; or, il s'agit d'un droit différent²¹. Dans un premier temps, la crise financière a accentué à l'extrême le phénomène de *darwinisme normatif*, qui préconise le discrédit notamment des droits sociaux considérés désormais inaptes à s'adapter à l'évolution de l'économie mondiale²². Dans un second temps, la succession des autres genres de crises (terrorisme, pandémie, guerre) a fait que l'idée d'un état d'urgence temporaire ait cédé sa place à l'idée d'un état d'urgence permanent, qui est arrivée à saper même les libertés publiques et le pluralisme politique.

Dans ce contexte, dans les États-membres de l'Union le pouvoir exécutif semble avoir au fond absorbé tout autre pouvoir public. Quant à l'Union elle-même, après avoir échoué à se doter d'une constitution formelle proprement dite, elle est devenue un laboratoire mondial de fabrication d'outils juridiques conçus dans le but de remédier à l'insolvabilité ou au manque de compétitivité de ses États-membres, sans avoir su toujours défendre ni l'*acquis communautaire* ni la *méthode communautaire*. Ainsi, il y a eu une réduction de la vision même de *constitutionnalisation matérielle* de l'Union à une architecture intergouvernementale d'assistance et de supervision des États-membres²³. Bien que cette architecture se soit

²¹ Voir C. Yannakopoulos, « Un État devant la faillite : entre droit et non-droit », *La fin du droit ? Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013*, N. Wolff – A. Zaradny – Th. Fleury Graff (dir.), Paris : Mare & Martin 2015, p.175 s..

²² Voir A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris : Seuil, 2010, p. 64.

²³ Voir P. Graig, « Economic Governance and the Euro Crisis : Constitutional Architecture and Constitutional Implications », in M. Adams – F. Fabbrini – P. Larouche (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford: Hart, 2014, p. 19 s..

située en dehors du champ d'application des traités, elle implique souvent le partenariat des organes de l'Union qui débouche sur des actes hybrides dont la nature juridique n'est pas du tout claire. Tout ça a perturbé tout équilibre atteint entre les pouvoirs publics au sein de l'Union. D'autant plus que, d'un côté, les dérives intergouvernementales successives de celle-ci ont créé une confusion supplémentaire dans les rapports entre les pouvoirs nationaux, les pouvoirs de l'Union et les pouvoirs intergouvernementaux et, de l'autre côté, la Cour de justice n'a pas su jouer le rôle d'un véritable juge constitutionnel de l'Union²⁴.

La déconstruction de l'organisation traditionnelle des institutions publiques, qui découle de la fragmentation et de la confusion des pouvoirs publics ci-dessus présentées, est suivie d'un désencadrement des institutions privées.

II. Le désencadrement des institutions privées

De nos jours, il y a une tendance constante des centres de pouvoir privé à échapper au contrôle public et occuper des parts toujours plus importantes de la création du droit détenues par les divers pouvoirs publics (étatiques, interétatiques, régionaux ou internationaux). Il ne s'agit pas seulement du phénomène de la déréglementation de l'économie. Il s'agit plutôt d'une tendance d'établir une nouvelle forme de féodalité, dans laquelle des pans entiers du droit public, de la propriété publique, de la justice et des droits des citoyens sont remis sous le contrôle non maîtrisable de pouvoirs privés.

²⁴ Voir C. Yannakopoulos, « La Cour de justice de l'Union européenne et la crise de la zone Euro : 'La Trahison des images' », Conférence de spécialité à l'Université Jean Moulin Lyon 3, 28.3.2017 [<https://cyannakopoulos.gr/wp-content/uploads/2020/12/article-02-04-2017.pdf>].

Cette tendance s'escalade de la privatisation accrue de tous les pouvoirs constitués (A) jusqu'à l'instauration de divers types de constitutionnalisme sociétal (B).

A. L'hyper-privatisation des pouvoirs constitués

Le constitutionnalisme moderne a recherché la distinction entre l'État et la Société pour introduire le principe de l'État de droit et la perception différente de la légalité dans les sphères publique et privée²⁵. La poursuite de cette distinction a été ralentie mais pas annulée lorsque, par le biais de l'interventionnisme étatique, un effort a été fait pour compléter l'État de droit libéral par l'État de droit social. Or, sous la pression des intérêts privés, qui ont réagi contre les limitations que leur imposait l'exercice de la politique sociale par l'État, une privatisation plus ou moins large des pouvoirs étatiques a été encouragée. Aujourd'hui, aucun de ces pouvoirs n'échappe à une privatisation accrue, ce qui remet en cause la distinction moderne entre l'État et la Société²⁶.

La privatisation du pouvoir législatif a été liée à l'organisation du système représentatif, lequel s'appuie sur la relation de confiance qu'implique le mandat libre, devient le champ de développement d'un système de clientélisme aux multiples facettes et façonne des fiefs politiques. La privatisation de la législation consiste également dans la *contractualisation* progressive du droit qui se traduit par un remplacement généralisé des relations statutaires par des relations contractuelles. Ce remplacement a eu lieu notamment dans le domaine du droit du travail, marqué par les politiques de « flexibilité » des marchés du travail, mais aussi dans d'autres

²⁵ Voir, à titre indicatif, E. Carpano, *État de droit et droits européens*, Le Harmattan, 2005.

²⁶ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », op. cit., p. 1059 s..

domaines, tels que les relations familiales, l'éducation, la sécurité sociale, la protection de l'environnement, la régulation de la libre concurrence, la fiscalité ou les poursuites pénales.

La privatisation de la fonction administrative a été liée à la participation diversifiée des particuliers à son exercice, promue, entre autres, par le droit de l'Union européenne qui a imposé le passage de la réglementation des services publics à la régulation des services d'intérêt économique général dans un environnement de marché libre.

La privatisation de la justice a été favorisée par le développement de formes alternatives de règlement des litiges qui contournent les tribunaux étatiques, invoquant surtout la nécessité d'accélérer l'administration de la justice comme paramètre essentiel de l'efficacité économique.

Cette escalade de la privatisation de tous les pouvoirs publics exploite et pousse à l'extrême l'incapacité congénitale du constitutionnalisme moderne de dépersonnaliser pleinement les pouvoirs publics et assurer ainsi efficacement l'État de droit. Car, malgré les efforts entrepris pour assurer que les personnes physiques qui, inévitablement, agissent au nom des organes publics le feront dans le respect de leurs devoirs, la privatisation endogène des pouvoirs publics, qui est due à l'identification pratique de l'organe public à la personne physique qui en est chargée, persiste et s'accroît continuellement multipliant les cas de conflits d'intérêts, de corruption et de détournement de pouvoir.

Par ailleurs, cette hyper-privatisation des pouvoirs constitués n'a pas sapé que l'État de droit social. Comme les intérêts privés surdéterminent désormais tout objectif de l'activité étatique, même la liberté économique

et, plus généralement, l'État de droit libéral ont été affectés. Les politiques dominantes combinant dérégulation interne et libéralisation du commerce international ont conduit à un capitalisme mondialisé très précaire. Ainsi, maintenir la compétitivité des économies nationales est devenu la principale préoccupation de tous, malgré l'apparence d'un moment de « correction keynésienne » imposé par la pandémie. La compétitivité semble remplacer la libre concurrence comme objectif primordial des États. Ceux-ci n'interviennent plus pour briser les monopoles. Dans la mesure où les systèmes juridiques supra-étatiques le permettent (p.ex. le droit de l'Union sur les aides d'État), les États, exploitant le régime d'état d'urgence permanent, créent, récompensent et favorisent par tous les moyens de tels monopoles dont les intérêts sont désormais identifiés avec les intérêts étatiques. Cette nouvelle forme de *capitalisme étatique*, dans le cadre duquel les intérêts privés instrumentalisent l'État, a gagné du terrain aussi bien en Europe que presque partout dans le monde, conduisant à des pratiques caractérisées de plus en plus par la surveillance, la coercition et la violence, c'est-à-dire l'autoritarisme²⁷.

B. Le constitutionnalisme sociétal

Certains centres de gouvernement collectifs privés d'envergure internationale, après avoir réussi à exercer des fonctions publiques, revendiquent une forme de constitutionnalisation autonome (communautés commerciales, entreprises multinationales, associations sportives, universités internationales, etc.). C'est le phénomène du *constitutionnalisme sociétal*, qui constitue une tentative de privatisation du

²⁷ Voir J. Dean, « Néo-féodalisme : la fin du capitalisme ? », Variations [En ligne], 26 | 2023, mis en ligne le 13 octobre 2023 [<https://doi.org/10.4000/variations.2284>] ; J. Kurlantzick, *State Capitalism: How the Return of Statism is Transforming the World*, Oxford University Press, 2016.

pouvoir constituant, voire de la souveraineté elle-même²⁸. C'est un phénomène assez ancien, trouvant ses origines à la *lex mercatoria* de l'époque romaine et du Moyen Âge, qui, de nos jours, se développe en reposant sur l'idée, assez répandue, que l'État n'est pas la forme « naturelle » de l'organisation politique des sociétés et que l'objet de la Constitution n'est pas l'État, mais la Société elle-même²⁹. Cette tentative de privatisation même du pouvoir constituant lui-même fait, ces dernières années, des avancées significatives dans le domaine des services technologiques, étant donné qu'un petit nombre de grandes entreprises -la plupart d'elles siégeant aux États-Unis d'Amérique- contrôlent la matière première de l'ère numérique qu'est le *Big Data*. Dans ce domaine, il devient apparent que le constitutionnalisme sociétal imite mais érode les standards constitutionnels modernes³⁰.

L'exemple du Conseil de surveillance (*Oversight Board*) de l'entreprise Meta (ex Facebook), dont l'institution en 2021 a été l'événement le plus spectaculaire en matière de constitutionnalisme sociétal, en est éloquent. Grâce à sa conception cosmopolite, à son organisation de qualité et à son

²⁸ Voir, entre autres, D. Sciulli, « Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », *The British Journal of Sociology*, n° 39, 1988, p. 377 s. ; du même auteur, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 ; du même auteur, *Corporate Power in Civil Society. An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press, 2001 ; G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, traduction I. Aubert, Classiques Garnier, 2016 ; du même auteur, « Constitutionnalisme sociétal: neuf variations sur un thème de David Sciulli », traduction I. Aubert, *Jus Politicum* 19, Janvier 2018 (Collectif: Constitutionnalisme global), p. 71 s. ; du même auteur, « La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation: pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 2017, p. 1603 s. ; J. De Munck, « Le défi du constitutionnalisme sociétal », in P. D'Argent – M. Verdussen – D. Renders (sld), *Les visages de l'État. Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 293 s. ; D. Grimm, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé, Trivium [En ligne], 30/2019, 18.12.2019 [http://journals.openedition.org/trivium/6956], n° 60 s..

²⁹ Voir D. Rousseau, « La Constitution a-t-elle un avenir ? », Contribution à la Conférence « Passé, présent, futur du constitutionnalisme et de l'Europe », qui a lieu à Rome les 11-12 mai 2018 [https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/05/Rousseau-Passato-Presente-Futuro.pdf].

³⁰ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », op. cit., p. 1062 s..

recours aux acquis du droit international des droits de l'homme, la réputation de ce Conseil de surveillance, fruit d'un effort d'autorégulation d'un opérateur mondial de médias sociaux, se présente comme rivalisant avec le prestige des cours constitutionnelles nationales et des juridictions supranationales qui garantissent traditionnellement la liberté d'expression. Or, bien qu'il semble promouvoir une sorte de constitutionnalisation du *lex Facebook*³¹ et puisse en accroître la transparence en rendant l'entreprise Meta (ex Facebook) plus responsable de ses choix, ce Conseil de surveillance reste une institution privée dont la légitimité et les ressources dépendent de son fondateur, tout aussi privé. Cette institution promeut une forme d'administration privée de la justice qui marginalise et hybride les valeurs constitutionnelles et les garanties démocratiques³².

À l'égard de ces dangers émanant de l'activisme dynamique des plateformes en ligne privées, il n'existe pas encore des garanties juridiques adéquates. La réglementation européenne, voire toute réglementation publique, desdites plateformes présente actuellement des ambitions réduites et une efficacité contestable. Certes, l'Union européenne a déjà mis en place une série de mesures en vue notamment de sauvegarder les règles et principes relatifs à la libre circulation, de protéger la libre concurrence, d'assurer la fiscalité convenable et la protection des données personnelles, de moderniser la législation européenne sur les services et les marchés numériques, d'améliorer les conditions de travail des personnes travaillant via des plateformes en ligne et même de promouvoir une déclaration générale sur les droits et principes numériques au bénéfice de

³¹ Voir L. Gradoni, « Constitutional Review via Facebook's Oversight Board: How platform governance had its Marbury v Madison », *Verfassungsblog* 10.2.2021 [<https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>].

³² Voir O. Pollicino - G. De Gregorio, « Shedding Light on the Darkness of Content Moderation: The First Decisions of the Facebook Oversight Board », *Verfassungsblog* 5.2.2021 [<https://verfassungsblog.de/fob-constitutionalism/>].

tous au sein de l'Union. Toutefois, le droit européen n'envisage pas la perspective beaucoup plus prometteuse de mettre en place des règles telles que celles qui régissaient, autrefois, les services publics ou de soumettre les plateformes numériques à un régime de responsabilité civile objective³³.

Conclusions

En essayant de protéger ses valeurs et préserver les droits fondamentaux et la sécurité des citoyens en matière de réglementation des plateformes en ligne privées, l'Union européenne a avoué qu'elle cherche surtout à renforcer sa *souveraineté numérique*³⁴. En effet, de nos jours, derrière tout aspect du dérèglement néo-féodal des institutions en Europe se profile l'évolution d'un bras de fer intense entre les pouvoirs publics et les pouvoirs privés pour la redistribution de la souveraineté. Ce bras de fer résume -à l'échelle aussi bien européenne que mondiale- le plus grand enjeu juridico-politique actuel, dont le résultat conditionnera l'avenir de l'État de droit et de la Démocratie elle-même.

Quel sera ce résultat au final ? Personne n'est en mesure de le prédire. Or, dans les circonstances actuelles, il semble que presque aucune institution publique n'est capable d'encadrer ou même de suivre le rythme et l'ampleur de la performativité du secteur privé, notamment dans le

³³ Voir C. Yannakopoulos, « Les plateformes en ligne privées et le droit de l'Union européenne : deux constitutionnalismes non étatiques à la recherche de la souveraineté numérique », Conférence de spécialité à l'Université Jean Moulin Lyon 3, 18.3.2022 [<https://cyannakopoulos.gr/fr/conference-de-specialite-a-luniversite-jean-moulin-lyon-3-sur-le-sujet-les-plateformes-en-ligne-privées-et-le-droit-de-lunion-europeenne-deux-constitutionnalismes-non-etatiques/>] ; du même auteur, « Constitution, libertés et numérique. Les droits et libertés fondamentaux à l'heure numérique : évolution ou révolution ? », Rapport national (Grèce) à la XXXVIIe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, 10-11.09.2021, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXXVII-2021, 2022, p. 331 s..

³⁴ Voir Conseil européen / Conseil de l'Union européenne, *Un avenir numérique pour l'Europe* [<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/a-digital-future-for-europe/>].

domaine du numérique. Le temps que les pouvoirs publics parviennent à leur imposer des obligations constitutionnelles suffisantes, il se peut que les pouvoirs privés aient déjà changé le monde, en mettant en place, entre autres, le *metaverse*, à savoir un espace commun virtuel, un avatar universel de la Société. Bref, grâce à l'avance constante de ses stupéfiantes performances, le pouvoir et le constitutionalisme privés semblent constamment gagner du terrain dans leur confrontation avec le pouvoir et le constitutionalisme publics déréglementés. Et l'évolution continue de la technologie permet aux centres de pouvoir privés d'espérer que, si l'absence de leur réglementation publique efficace n'est pas rapidement remédiée, la foi en leur souveraineté sera peu à peu consolidée dans l'imaginaire collectif. Pour le moment, certes, ce jeu de redistribution de la souveraineté reste encore ouvert. Toutefois, pour que les pouvoirs publics gagnent ce jeu et préservent les valeurs de l'État de droit et de la Démocratie, ils doivent être constamment vigilants et fournir des efforts considérables, voire se réinventer.