

**XLe TABLE RONDE INTERNATIONALE DE JUSTICE
CONSTITUTIONNELLE COMPARÉE**

**« LES NOUVELLES FRONTIÈRES DU
CONSTITUTIONNALISME »**

**RAPPORT NATIONAL
(GRÈCE)**

– PROVISoire –

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 : *Le constitutionnalisme néo-féodal*

I. LE CONTEXTE GÉNÉRAL

- A. Le retour à la logique de la souveraineté partagée
- B. La privatisation des standards constitutionnels
- C. La liquidation du droit constitutionnel

II. L'ORGANISATION DU POUVOIR : LES FORMES DE GOUVERNEMENT

- A. La déconstruction des institutions publiques
 - a) La fragmentation des pouvoirs publics
 - b) La confusion des pouvoirs publics
- B. Le désencadrement des institutions privées
 - a) L'hyper-privatisation des pouvoirs étatiques
 - b) Le constitutionnalisme sociétal

III. LES DROITS

- A. La réduction du droit aux droits subjectifs
- B. L'instrumentalisation des droits fondamentaux
- C. La déréglementation de la protection des droits fondamentaux
- D. La liquidation du régime de protection des droits fondamentaux

IV. LES DEVOIRS

V. EN PERSPECTIVE

INTRODUCTION

1. L'inspiré et percutant rapport introductif du Professeur M. Luciani a mis en lumière le point culminant – voire le grand défi – de la réflexion autour des *nouvelles frontières du constitutionnalisme* : prendre conscience de la nécessité de reconstruire le constitutionnalisme en défendant les instruments emblématiques du *constitutionnalisme moderne* (théorie du pouvoir constituant, séparation des pouvoirs, constitution) gravement compromis par une série d'altérations causées par la prédominance progressive de certaines idées et pratiques que M. Luciani regroupe sous le terme de *néo-constitutionnalisme*. L'objectif du présent rapport national, qui fait état des données du constitutionnalisme européennes dans le cadre duquel s'inscrit le constitutionnalisme grec, est de contribuer à cette prise de conscience à travers l'analyse du *constitutionnalisme néo-féodal*, qui met en exergue la rétrogradation actuelle des valeurs du constitutionnalisme moderne à cause de la recrudescence des standards ou motifs du féodalisme médiéval¹.

I. LE CONTEXTE GÉNÉRAL

2. Le constitutionnalisme européen moderne a été imprégné de l'idée de remplacer la « loi » du plus fort par l'État de droit, qui 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 retraçant le pouvoir à une source publique, à la fois impersonnelle, souveraine, bien qu'(auto)limitée –, unique, légitime, structurée et stable². 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 social³. Ainsi, le formalisme inhérent au constitutionnalisme européen moderne a été combiné avec un objectif fondamental matériel, celui de la justice sociale. La symbiose de la *démocratie politique* avec la *démocratie sociale* a ainsi été apparue comme une « *perspective historique optimiste et de bon augure* » tant pour l'espace national que pour l'espace européen⁴.
3. Or, ces dernières décennies, notamment après 1989 et le lancement de l'idée illusoire de la fin de l'histoire, cette perspective semble être remise en question. 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 contraire, l'État doit être

¹ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 4/2023, p. 1045 s. Pour une analyse plus détaillée, voir du même auteur, *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2022.

² 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>].

³ Voir F. Balaguer Callejón, « Crise économique et crise constitutionnelle en Europe », *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2013, p. 133 s..

⁴ Voir A. Manassis, « La problématique de la protection des droits sociaux dans l'espace européen » (en grec), in du même auteur, *Théorie et pratique constitutionnelles* (1980-2000), II (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2007, p. 571 s., not. p. 588.

transformé en un moyen de maximiser les utilités individuelles »⁵. Dans cet esprit, « le gouvernement et la loi c[è]de[nt] la place à la gouvernance et aux contrats »⁶. Le droit privé est censé exprimer les lois naturelles et revendique la priorité, dans la hiérarchie du droit positif, sur le droit public⁷. 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 »⁸. 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 (juridique, économique, politique, culturelle ou morale) dominant de manière permanente ou occasionnelle, 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 lieu de devenir un moyen de corriger la *déréglementation constitutionnelle* qui en découle, évolue en réalité comme le prodrome de celle-ci, car il constitue un facteur de reproduction de la déconstitutionnalisation du droit national et de la constitutionnalisation imparfaite du droit européen⁹.

4. À travers la remise en cause de ses valeurs modernes, la réalité économique, sociale et juridique actuelle – en Europe, mais pas seulement – est marquée par la recrudescence de certains standards ou motifs du féodalisme médiéval, tels que la fragmentation du pouvoir, la confiscation de la puissance publique par des particuliers, la gouvernance fondée sur des liens de loyauté allant de la servitude jusqu’à l’autonomie relative et les inégalités sociales accentuées qui provoquent des conflits constants entre des centres de pouvoir multi-niveaux. Cette recrudescence inquiétante est généralement résumée dans l’hypothèse du *néo-féodalisme*, apparue systématiquement dans la littérature au début des années 1960 et adoptée, ces dernières

⁵ Voir A. Supiot, « The public–private relation in the context of today’s refeudalization », op. cit.

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, préface de M. Luciani, Sakkoulas Publications, Athènes-Salonique, 2019.

années, par de plus en plus de chercheurs¹⁰, quoique les analyses y afférentes se différencient tant par rapport à la portée qu'ils attribuent à cette expression que par rapport à leurs objectifs¹¹.

5. S'agissant de la science juridique, de nombreuses réformes récentes ont conduit certains auteurs – notamment des historiens du droit mais pas que – à soutenir que, de nos jours, un renouveau des standards ou motifs susmentionnés se développe, dans le contexte duquel le pouvoir public est fragmenté et les institutions sont déplacées d'une structure centralisée vers une structure « micro-sociale ». Cette hypothèse a été étudiée dans divers domaines spéciaux de la science juridique, comme ceux concernant la contractualisation de diverses branches du droit¹², l'organisation et le fonctionnement des partis politiques¹³, les entités décentralisées qui fragmentent l'action de l'État¹⁴, les autorités administratives indépendantes¹⁵, la fiscalité¹⁶, la régulation des activités sportives¹⁷, la multiplication des modes alternatifs de règlement des litiges¹⁸ et le cadre réglementaire des nouvelles technologies¹⁹. Même en matière de droit de l'Union européenne, le danger du néo-féodalisme, susceptible de mener l'édifice européen à la désintégration, est signalé depuis le début des années 2000²⁰. Or, il y a lieu de tenter une analyse plus générale et systématique à un niveau fondamental, c'est-à-dire constitutionnel, en explorant l'idée du constitutionnalisme néo-féodal comme une évolution de cette déréglementation qui caractérise le constitutionnalisme, notamment en Europe, à l'ère actuelle de la post-modernité.
6. Le terme « constitutionnalisme néo-féodal » n'indique pas un retour à une réalité constitutionnelle médiévale. Il évoque une métaphore fonctionnelle, telle que celles censées faciliter l'analyse en sciences juridiques et sociales. D'ailleurs, s'agissant de l'époque médiévale,

¹⁰ Voir, à titre indicatif, G. Reisman, *The Revolt Against Affluence : Galbraith's Neo-Feudalism*, The Objectivist Inc., 1961, J. Habermas, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1988, I. Wallerstein, *Historical Capitalism with Capitalist Civilization*, London-New York, Verso, 1996, not. p. 162, J. Kotkin, *The Coming of Neo-Feudalism : A Warning to the Global Middle Class*, Encounter Books, 2020, J. Dean, « Neofeudalism : The End of Capitalism? », *Los Angeles Review of Books*, 12.5.2020 [<https://lareviewofbooks.org/article/neofeudalism-the-end-of-capitalism/>], traduction française: « Néo-féodalisme : la fin du capitalisme ? », *Variations* [en ligne], 26 | 2023, mis en ligne le 13.10.2023 [<https://doi.org/10.4000/variations.2284>].

¹¹ Voir I. Kollai, « The many meanings of neo-feudalism. Analysis of academic and public discourse alluding premodern social structures », *Köz-Gazdaság* 1/2020, p. 122 s..

¹² 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*, 2007, LGDJ, p. 19 s..

¹³ Voir K. Chryssofonos, « La démocratie privée. Des dynasties politiques à la kleptocratie » (en grec), *Études politiques grecques*, publications Epikentro, 2009, not. p. 218 s..

¹⁴ Voir P. Legendre, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201 s..

¹⁵ Voir N. Decoopman, « Les autorités administratives indépendantes et l'hypothèse du néo-féodalisme : de l'émiettement de l'État au néo-corporatisme ? », in J. Lefebvre (sld), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, PUF, 2006, p. 137 s..

¹⁶ Voir S. Huhnholz, « Reifeudalisierung des Steuerstaates? Vorüberlegungen zu einer politischen Theorie der Steuerdemokratie », in S. Boysen e.a. (sld), *Verfassung und Verteilung. Beiträge zu einer Grundfrage des Verfassungsverständnisses*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 175 s..

¹⁷ Voir D. Papanikolaou, « L'introduction du droit étatique dans le système sportif », in J. Lefebvre (sld), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, op. cit., p. 41 s.

¹⁸ Voir L. Viaut, « Les mutations du droit sont-elles le vecteur d'un néo-féodalisme ? », *Les Petites Affiches* 18.5.2020, n° 153s0, p. 15.

¹⁹ Voir, sur la chaîne d'inscriptions en ligne (blockchain), N. Laurent-Bonne, « La re-féodalisation du droit par la blockchain », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 416 s..

²⁰ Voir S. Cassese, « Che tipo di potere pubblico è l'Unione Europea? », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31 (2002), p. 141 s., not. p. 167.

il n'y a pas lieu de parler de constitutionnalisme au sens strict, tout comme il n'y a pas non plus lieu de parler de Constitution²¹. Si le terme *constitutionnalisme* peut être utilisé au sens large pour désigner l'exigence de limitations juridiques de la puissance publique de l'Antiquité jusqu'à nos jours, la Constitution et le constitutionnalisme au sens strict sont des phénomènes qui apparaissent vers la fin du XVIII^e siècle. Compte tenu donc que, comme disait Voltaire, « [l]a féodalité n'est point un événement ; c'est une forme... »²², le terme *constitutionnalisme néo-féodal* signifie simplement l'émergence des standards ou des motifs typiques du féodalisme médiéval qui sont, désormais, associés à l'altération et à la marginalisation des valeurs du constitutionnalisme moderne.

7. Dans le cadre de son détachement de l'État et de sa confrontation à l'économie mondialisée et aux nouvelles technologies, le constitutionnalisme moderne, au lieu de s'orienter, selon l'idéal kantien, vers la création d'un ordre juridique cosmopolite, suit désormais un cours rétrograde en termes de valeurs. Le constitutionnalisme actuel apparaît « sans centre et sans souverain », « délocalisé et déformalisé »²³. Il n'est, ainsi, pas sans rappeler l'univers juridique pluriel du Moyen Âge où les sujets n'arrivaient pas à objectiver la réalité en toute sécurité. Comme il n'y avait pas d'État et la fonction judiciaire prévalait sur la fonction législative, qui se limitait à des textes épars et fragmentaires, l'univers juridique médiéval procédait des coutumes et du travail de la communauté des juristes, qui, sur le modèle du droit romain et du droit canonique, ont créé le droit coutumier (*ius commune*) destiné à coexister avec les règles de droit local et de droit féodal. Ce pluralisme juridique médiéval, malgré une recherche constante d'harmonisation, n'a pas évité le désordre²⁴.
8. La mise en cause des valeurs du constitutionnalisme moderne n'est pas due qu'à des facteurs extérieurs. Elle découle aussi de ses propres imperfections et contradictions originelles. À cet égard, il est à noter que la version moderne de la souveraineté unique, indivisible et inaliénable de l'État, bien qu'associée au transfert de la souveraineté de Dieu ou du Monarque au Peuple, est restée enfermée dans des stéréotypes théologiques, comme une transformation sécularisante et humanisante du concept religieux de souveraineté²⁵. Dans son ensemble, le constitutionnalisme moderne, qui, comme tout élément de la civilisation humaine, a été construit à partir de matériaux anciens, regorge de souvenirs théologiques²⁶, ce qui dénote que la modernité politique et juridique n'a été qu'un dépassement partiel de la réalité précédente. Par ailleurs, comme l'a signalé P. Grossi, cette modernité a reposé sur l'antinomie fondamentale qu'est le passage de l'universalisme du droit naturel (*universalismo giusnaturalistico*) – dont sont issues les conceptions modernes de la souveraineté et de la protection des libertés individuelles – à un particularisme étatique (*particolarismo stalistico*), lié à l'acceptation que,

²¹ Voir aussi D. Grimm, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Trivium*, 30/2019, 18.12.2019 [<http://journals.openedition.org/trivium/6956>], n° 30.

²² Voltaire, « Fragments sur quelques révolutions sur l'Inde et sur le Général de Lally (juin-décembre 1773) », in *Œuvres complètes de Voltaire*, t. XXIX, Éditions Garnier, 1879, p. 85 s., not. p. 91.

²³ 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.

²⁴ Voir P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, 7^e édition, 2011, p. 11 s..

²⁵ Voir J. Derrida, *Inconditionnalité ou souveraineté. L'Université aux frontières de l'Europe* (en grec), traduction L. Molfessi, V. Bitsioris et A. Keramida, Éditions Pataki, 2002, p. 59 s., not. p. 61.

²⁶ Voir C. Schmitt, « Théologie politique. Quatre chapitres autour de l'enseignement de la souveraineté » (en grec), traduction grecque – notes – épilégomènes de P. Kondylis, Éditions Koukkida, 2016, p. 65 s. et 68.

faute de gouvernance globale, c'est une panspermie d'États-nations antagoniques qui sont appelés à fonder l'État de droit et garantir l'universalisme mentionné ci-dessus²⁷. Il n'est pas sans importance que cette antinomie est actuellement reproduite dans la rivalité entre, d'un côté, les idées et politiques néolibérales prônant le rétrécissement de l'État et la libération des marchés à échelle mondiale et, de l'autre côté, les idées et politiques souverainistes défendant la primauté du pouvoir étatique.

9. L'analyse du constitutionnalisme néo-féodal pourrait être généralement systématisée autour de trois unités thématiques regroupant les standards ou motifs du féodalisme médiéval qui sont relancés dans le cadre de l'évolution du constitutionnalisme actuel : le retour à la logique de la souveraineté partagée (A), la privatisation des standards constitutionnels (B) et la liquidation du droit constitutionnel (B).

A. Le retour à la logique de la souveraineté partagée

10. L'aspect le plus actuel et le plus créatif de la prédominance du discours constitutionnel sur la souveraineté partagée est celui qui tente d'expliquer et de légitimer tant les diverses fissures qu'a subies le concept moderne de souveraineté étatique indivisible que les cas de pluralisme lâchement ordonné, comme celui qui se développe en Europe entre l'Union européenne imparfaitement constitutionnalisée et ses États membres. Le retour à la logique prémoderne de souveraineté partagée est lié à la délocalisation des événements économiques, sociaux et politiques du territoire étatique, à l'impuissance de l'État de maîtriser efficacement ces événements, à la résurgence d'une concurrence politique inconditionnelle, à la désorganisation des pouvoirs publics et à l'instabilité des relations entre les divers nouveaux centres de pouvoir multi-niveaux²⁸.

B. La privatisation des standards constitutionnels

11. Le constitutionnalisme européen actuel est marqué par la réapparition du motif prémoderne d'hybridation du droit public et du droit privé. Il s'agit d'un processus multidimensionnel de privatisation des standards constitutionnels qui s'échelonne à trois niveaux²⁹.

À un premier niveau, ce processus tient à la mise en question de la possibilité pour les pouvoirs publics de créer du droit nouveau qui restreindrait les droits que les centres de pouvoir privés considèrent comme leurs privilèges acquis. Il s'agit d'un affaiblissement de la performativité – de toute façon incomplète – de la Constitution moderne, qui, dès l'origine, n'était pas autorisée de créer du droit nouveau pouvant remettre en cause les libertés individuelles considérées comme enracinées dans un droit universel des droits de l'homme et, par ailleurs, directement liées aux intérêts de la classe bourgeoise (liberté et sécurité individuelles, liberté d'expression, liberté religieuse, droit de propriété, etc.). Cet affaiblissement est lié à la perte de normativité des règles constitutionnelles, voire à leur instrumentalisation, notamment par le dogme des marchés, ce qui rappelle la primauté des faits naturels et

²⁷ Voir P. Grossi, *L'Europa del diritto*, op. cit., p. 110.

²⁸ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », op. cit., p. 1051 s.. Pour une analyse plus détaillée, voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), op. cit., p. 35 s..

²⁹ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », op. cit., p. 1057 s.. Pour une analyse plus détaillée, voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), op. cit., p. 98 s..

économiques sur les faits juridiques du début du Moyen Âge³⁰. Les États et leur droit sont désormais guidés non par l'idéal de justice mais par l'idéal d'efficacité économique. Porté par la révolution numérique, ce dernier idéal remplace le droit par le programme et la rigueur de la normativité en tant qu'impératif par la plasticité de la régulation. Or, cette plasticité, bien qu'elle repose le plus souvent sur des données numériques et des algorithmes, ne garantit guère la sécurité d'une loi qui s'applique à tous de manière égale, de sorte que pour être rassurés les gens n'ont d'autres issues que de chercher à prêter allégeance à quelqu'un de plus puissant qu'eux. Poussant ainsi apparemment à l'extrême l'impersonnalité du pouvoir, l'économisme promu par la *gouvernance par les nombres* a finalement donné naissance à un monde néo-féodal où prévalent les liens de loyauté et de dépendance³¹.

À un deuxième niveau, c'est la relativisation de la distinction entre l'État et la société qui se développe. Cette relativisation est surtout liée à l'intensification du contrôle de la création du droit par des centres de pouvoir privés qui résulte de la privatisation des pouvoirs étatiques (législatif, exécutif et judiciaire) constitués³².

À un troisième niveau, certains centres de pouvoir privés hyperpuissants vont jusqu'à revendiquer directement le pouvoir constituant, voire la souveraineté elle-même. Il s'agit du phénomène de développement d'un constitutionnalisme privé, le soi-disant *constitutionnalisme sociétal*, qui, de nos jours, est promu de manière impressionnante principalement par les plateformes en ligne privées d'envergure mondiale³³.

C. La liquidation du droit constitutionnel.

12. À l'époque actuelle, il y a un abandon presque total du *légalisme*³⁴, qui était l'outil de base pour dépasser la réalité juridique prémoderne³⁵. On favorise une osmose entre le droit et les conceptions économiques, sociales, politiques et morales, qui cherche l'interprétation du droit dans une multitude de sources incluant, outre les dispositions approuvées par les organes – étatiques ou supra étatiques – compétents, les traditions, le soi-disant *soft law* et différentes expertises. Les interprétations grammaticale et originaliste, qui garantissaient la souveraineté populaire, le libéralisme politique et la sécurité juridique, sont passées au second plan. Un certain nombre d'autres théories, méthodes et techniques d'interprétation constitutionnelle dynamique ont été avancées pour servir la conception prémoderne que le droit n'est pas un produit autonome de la société politique mais découle de certaines vérités que l'idéologie dominante impose comme naturelles et immuables³⁶. Le pluralisme interprétatif formé pour que chaque décision du pouvoir politique dominant soit légitimée sur la base de ces vérités a placé le droit constitutionnel dans une constante négociation. Les normes fondamentales, nationales et européennes, ont été fragilisées, mises en réseau, rendues souples et susceptibles d'harmonisation sur la base de l'existence de principes constitutionnels communs, censés être enracinés dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne. Ces

³⁰ Voir P. Grossi, *L'Europa del diritto*, op. cit., p. 110.

³¹ Voir A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Collection Poids et Mesures du Monde, Fayard, 2015.

³² Voir aussi *infra*, n° 26 s..

³³ Voir aussi *infra*, n° 32 s..

³⁴ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », op. cit., p. 1065 s.. Pour une analyse plus détaillée, voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal (en grec)*, op. cit., p. 161 s..

³⁵ Sur le rôle du *légalisme* dans la modernité, voir, entre autres, P. Grossi, *L'Europa del diritto*, op. cit., p. 113.

³⁶ Voir J. Goldsworthy, « Conclusions », in J. Goldsworthy (sld), *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford University Press, 2006, p. 321 s..

principes font l'objet d'invocations divergentes par leurs différents interprètes, juges ou autres, qui se disputent leurs privilèges et se livrent à une guerre pour le « dernier mot »³⁷. Dans cette guerre, la plupart des batailles semblent être gagnées par un « clergé » néo-féodal, lequel ressemble à l'Église médiévale qui bénissait les privilèges de la noblesse. Devenu laïc, ce « clergé » ne comprend plus nécessairement des prêtres, mais se compose principalement de scientifiques et de technocrates, qui ont reçu une formation universitaire uniforme, et de faiseurs d'opinions, qui travaillent avec les différents médias et réseaux sociaux. Ledit « clergé » cherche à définir une foi collective dans la société, en imposant authentiquement – même aux juges – une compréhension unifiée des choses³⁸. Cependant, ni ce « clergé » ni personne d'autre n'a réussi à s'imposer comme un authentique interprète du droit par excellence. Ainsi, s'installe une anarchie néo-féodale qui liquide le droit constitutionnel³⁹ et provoque une insécurité juridique accrue, car elle cultive la croyance que toute interprétation constitutionnelle est soutenable⁴⁰. Cette insécurité s'est agrandie ces dernières années en raison de l'état d'urgence permanent instauré à l'occasion des différentes crises successives et superposées (financière, migratoire, sanitaire, celles provoquées par le terrorisme et par la guerre en Ukraine). Dans le contexte de cet état d'urgence permanent, des conceptions et des interprétations du droit ont été adoptées qui n'étaient pas sans rappeler celles qui prévalaient dans la société médiévale privée. D'une part, a prévalu l'idée selon laquelle il faut toujours considérer que le nouveau droit procède fondamentalement d'une interprétation du droit préexistant⁴¹. Comme le montre l'arrêt emblématique *Pringle*⁴², cette idée a été adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne afin de légitimer l'abandon de l'*acquis communautaire* et le régime hybride résultant des multiples dérives intergouvernementales de l'Union. La même idée a été adoptée par certaines cours suprêmes ou constitutionnelles nationales pour légitimer la conversion de leur jurisprudence, un exemple caractéristique en étant l'arrêt *French Data Network et autres* du Conseil d'État français qui, derrière la « clause de sauvegarde Arcelor », a tenté de masquer la réorientation actuelle des réserves nationales vers la primauté du droit de l'Union, passant de l'invocation du déficit de protection des droits fondamentaux de la jurisprudence allemande *Solange* des années 1970 à l'invocation du déficit de protection des intérêts nationaux fondamentaux dont l'Union ne garantit pas encore de protection équivalente⁴³. D'autre part, tant au niveau national qu'au niveau européen, les mises en balances équivoques entre la garantie des droits fondamentaux et la protection de l'intérêt général dans le cadre de la gestion de la

³⁷ Voir. A. Supiot, « La guerre du dernier mot », in *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, p. 489 s..

³⁸ Sur ce « clergé », voir J. Kotkin, *The Coming of Neo-Feudalism : A Warning to the Global Middle Class*, op. cit., *passim*.

³⁹ Sur la liquidation du droit, voir, à titre indicatif, G. Messina, *Diritto liquido ? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano : Franco Angeli, 2012, E. Nicolas, *Penser les flux normatifs. Essai sur le droit fluide*, Paris, Mare & Martin, Collection Libre Droit, 2018, p. 109.

⁴⁰ Dans la société médiévale privée, malgré la recherche constante d'une harmonisation et d'un ordre, régnait une « anarchie féodale », « qui semblait être créée par le fait que chacun pouvait légitimement prétendre interpréter le droit de la *societas civilis*, que personne n'avait créé et, par conséquent, tous le savaient aussi bien que mal ». « [Le] caractère incréé, éternel et immuable du droit ne lui conf[érait] pas un pouvoir contraignant absolu, puisque chacun p[ouvait] le modifier à sa guise et selon ses besoins. ». Voir P. Kondylis, *Conservatisme. Contenu historique et déclin* (traduction grecque par L. Anagnostou de la première édition allemande : *Konservativismus : Geschichtlicher Gehalt und Untergang*, Stuttgart, 1986), Éditions universitaires de Crète, 2015, p. 75-76.

⁴¹ *Idem*, p. 192 s..

⁴² Voir CJUE, 27.11.2012, C-370/12.

⁴³ Voir CE, ass., 21 avril 2021, n° 393099.

pandémie de la Covid-19 a été un champ privilégié pour abhorrer davantage le légalisme⁴⁴ et adopter le credo prémoderne que, s'il n'y a pas des réactions sérieuses, n'importe quel changement d'interprétation peut apparaître non pas comme un véritable changement mais comme une confirmation d'une vérité immuable surdéterminant l'interprétation des normes constitutionnelles⁴⁵.

II. L'ORGANISATION DU POUVOIR : LES FORMES DE GOUVERNEMENT

13. Le constitutionnalisme moderne a été inextricablement lié à la subordination des pouvoirs privés aux pouvoirs étatiques et au principe de la séparation des ceux-ci, inconnu au Moyen Âge. Ce principe, ayant été érigé en élément constitutif de la conception de la Constitution elle-même⁴⁶, fonctionnait dès l'origine sur la base de la reconnaissance de la primauté du pouvoir législatif au détriment de l'exécutif et du judiciaire⁴⁷. De nos jours, les pouvoirs étatiques se sont désorganisés sous le poids de facteurs endogènes et exogènes qui ont contribué au passage de la logique de la souveraineté étatique, unique et indivisible au dogme de la souveraineté partagée⁴⁸. Par ailleurs, la subordination des pouvoirs privés aux pouvoirs publics a été mise en cause. En effet, il y a lieu de parler aujourd'hui en Europe d'un dérèglement institutionnel, qui brouille tant la distinction entre institutions publiques et institutions privées que certains principes constitutionnels et formes de gouvernement – tels l'État de droit et la démocratie représentative – qui reposent sur cette distinction. Certes, la 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 XXe 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 se manifeste principalement dans la tendance de subordonner quasi-totalement les institutions publiques aux institutions privées. Cette tendance présente deux volets : d'une part, la déconstruction des institutions publiques (A) et, d'autre part, le désencadrement des institutions privées (B).

A. La déconstruction des institutions publiques

⁴⁴ Voir C. Yannakopoulos, « L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire. », Rapport national (Grèce) à la XXXVIe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, 11.9.2020, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXXVI-2020, 2021, p. 415 s., not. n° 8.

⁴⁵ Dans la société médiévale privée, « puisque [...] l'inviolabilité des droits acquis individuels faisait partie des principes fondamentaux du droit [...], même un changement significatif, qui n'a cependant pas donné lieu à des plaintes pour violation de ces droits, pourrait être considéré comme non un changement mais plutôt une confirmation du [...] droit ». Voir P. Kondylis, *Conservatisme. Contenu historique et déclin...*, op. cit., p. 66.

⁴⁶ Voir l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

⁴⁷ Voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), op. cit., n° 44 s..

⁴⁸ *Idem*, n° 45 s..

14. Du retour à la logique de la souveraineté partagée s'en suivent la division et l'affaiblissement de la souveraineté étatique dans tous les sens : vers le bas (à travers les différentes formes d'autonomie de diverses 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)⁴⁹. C'est un phénomène néo-féodal dans la mesure où, dans tous les cas envisagés 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 vassaux⁵⁰. 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.
15. La recrudescence 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 subissent donc les effets de la fragmentation (a) et de la confusion (b) des pouvoirs publics.

a) La fragmentation des pouvoirs publics

16. La transformation des rapports de souveraineté en rapport de suzeraineté fragmente les pouvoirs étatiques et les diminue au profit d'autres pouvoirs, publics ou privés, qui alternent dans des positions de parité ou de suprématie.
17. 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 volontés⁵¹. 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. 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 A. Supiot, « [é]crasé sous le poids des innombrables missions dont il s'est chargé, l'État

⁴⁹ 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..

⁵⁰ Voir A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », op. cit..

⁵¹ 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..

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 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 »⁵².

18. 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 les institutions européennes sont progressivement devenus souvent conflictuels. En l'absence de critères formels fixes de résolution de ces conflits et d'un organe unique auquel reviendrait le dernier mot, 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, pour leur part 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 caractéristique⁵³.

19. À cet égard, 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 intentée par une cour constitutionnelle ou suprême de cet État ni par les jugements subséquents d'une telle cour sur la conventionnalité des lois nationales⁵⁴, 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 transforme les juges ordinaires de *juges de l'application de la loi* en *juges de la loi*, ce qui affaiblit le rôle autrefois dominant des cours constitutionnelles ou suprêmes⁵⁵. En tout cas, il entraîne un renversement de la hiérarchie des juridictions nationales et, par conséquent, la fragmentation du système juridictionnel national, ce qui n'est pas sans rappeler la fragmentation de la justice dans le féodalisme médiéval.

En outre, les autorités administratives indépendantes, dont l'institution est dans une large mesure prônée par l'Union européenne, limitent drastiquement la possibilité pour les organes des pouvoirs législatif et exécutif d'exercer, dans le cadre de leurs responsabilités politiques, leurs compétences constitutionnelles en matière de satisfaction de l'intérêt général et de planification de l'économie nationale. Dans le même temps, un nombre important de ces

⁵² Voir A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », op. cit.

⁵³ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 148 s..

⁵⁴ Voir, à titre indicatif, CJUE, 15.1.2013, C-416/10, *Križan e.a.*

⁵⁵ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 163.

autorités sont membres de réseaux constitués de leurs homologues au niveau européen et promeuvent l'intégration des politiques européennes pertinentes dans l'ordre juridique national. Dans ces conditions, les autorités indépendantes constituent désormais un contrepoids significatif à l'égard de l'exercice de tout pouvoir national. Cela provoque des multiples réactions – ouvertes ou furtives – de la part de toutes les institutions étatiques, qui, refusant d'admettre la remise en cause de leur pouvoir traditionnel, tentent souvent d'exploiter les fissures des dispositifs institutionnels nationaux et européens pour neutraliser l'indépendance des autorités indépendantes. Le contournement des dispositions y afférentes du droit national et le refus d'appliquer pleinement le droit européen sont aujourd'hui des pratiques de plus en plus répandues qui ne font pas l'objet d'un contrôle systématique et efficace de la part des institutions nationales et européennes. Cela propage une crise structurelle de l'État de droit, qui s'étend plus ou moins à tous les États membres de l'Union en fonction de leurs caractéristiques. En Grèce, par exemple, les autorités administratives indépendantes traversent depuis longtemps une crise profonde et s'empirant progressivement, reflétant la crise structurelle de l'État de droit aux niveaux national et européen⁵⁶.

20. 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, le cas échéant, dans des directions surprenantes 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 de l'Union européenne – 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 plébiscitaire du 5 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 européenne⁵⁷ et de modifier sa « jurisprudence ultra vires » en examinant par la suite les mesures que l'Union avait adoptées pour faire face à la crise provoquée par la pandémie (*EU Recovery Package*).

b) La confusion des pouvoirs publics

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

⁵⁶ Voir C. Yannakopoulos, « La crise des autorités administratives indépendantes en Grèce », Conférence de spécialité à l'Université Jean Moulin Lyon 3, 26.3.2024 [https://cyannakopoulos.gr/wp-content/uploads/2024/04/CY_143.pdf].

⁵⁷ 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 et de la science politique en France et à l'étranger* 4/2020, p. 1041 s..

22. Même avant le temps des crises, le droit de l'Union avait perturbé l'équilibre de pouvoirs étatiques⁵⁸. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice avait déjà 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 opposée⁵⁹. Par ailleurs, cette jurisprudence avait fait passer le législateur national au second plan et privilégié le rôle institutionnel du juge national, érigé en régulateur principal de l'application du droit de l'Union dans l'ordre juridique national et de l'interprétation du droit national conformément aux exigences du droit de l'Union⁶⁰. En plus, des institutions telles que les autorités de régulation indépendantes avaient supplanté les trois fonctions étatiques classiques, d'une manière qui avait modifié les déterminations traditionnelles de leur séparation.
23. Or, notamment après 2010, les différentes crises ont promu une instrumentalisation accrue du droit qui a provoqué un imbroglio institutionnel difficilement gérable. La sacralisation du marché a attribué à la réalité économique une force normative et a mis le droit lui-même en faillite. 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, telle la Grèce – à produire la situation de fait économique exigée par les marchés. 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 différent⁶¹. 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 difficilement adaptables à l'évolution de l'économie mondiale⁶². Dans un second temps, la succession et l'accumulation des différentes crises ont fait que l'idée d'un état d'urgence par définition temporaire ait cédé sa place à l'idée d'un état d'urgence permanent, susceptible de saper même les libertés publiques et le pluralisme politique.
24. Dans ce contexte, dans les États membres de l'Union européenne le pouvoir exécutif semble avoir au fond absorbé tout autre pouvoir public. Quant à l'Union elle-même, il y a eu une réduction de la vision même de *constitutionnalisation matérielle* de celle-ci à une architecture intergouvernementale d'assistance et de supervision des États membres⁶³. Bien que cette architecture se soit 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 d'une nature juridique pas du tout claire. Cela 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

⁵⁸ Voir C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2013.

⁵⁹ Voir, à titre indicatif, CJUE, 1.4.2008, C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*.

⁶⁰ 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..

⁶¹ 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..

⁶² Voir A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris : Seuil, 2010, p. 64.

⁶³ 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..

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'Union capable de faire efficacement face à cette confusion⁶⁴.

B. Le désencadrement des institutions privées

25. De nos jours, il y a une tendance constante des centres de pouvoir privés à échapper au contrôle public et à occuper des parts toujours plus importantes de la création du droit détenus 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 à 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. Cette tendance, qui met en jeu aussi bien l'État de droit que la démocratie elle-même, s'escalade de la privatisation accrue de tous les pouvoirs étatiques (a) jusqu'à l'instauration de divers types de *constitutionnalisme sociétal* (b).

a) L'hyper-privatisation des pouvoirs étatiques

26. Sous la pression des intérêts privés, qui ont réagi contre tout effort pour compléter l'État de droit libéral par l'État de droit social, 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 société⁶⁵.

27. 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 politiques⁶⁶. 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 contractuelles⁶⁷.

28. 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 ayant imposé le passage de la réglementation des services publics à la régulation des services d'intérêt économique général dans un environnement de marché libre. Un exemple de la force caractérisant la dynamique de ce passage : ces dernières années, en Grèce, quoique fondées sur des dispositions directement contraires à l'article 16 de la Constitution de 1975, ont été mises en place une série de mesures de gestion privée des universités, telles que l'imposition de frais de scolarité dans les études de troisième cycle⁶⁸ et, plus récemment, la reconnaissance de la

⁶⁴ 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>].

⁶⁵ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », op. cit., p. 1059 s..

⁶⁶ Voir Ch. Le Bart – F. Rangeon, « Le néo-féodalisme politique. L'éternel retour des fiefs politiques ? », in J. Lefebvre (sld), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, op. cit., p. 115 s..

⁶⁷ Voir A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », op. cit..

⁶⁸ Il s'agit d'une imposition approuvée par l'arrêt n° 2411/2012 de l'Assemblée du Conseil d'État grec, bien que le par. 4 de l'art. 16 de la Constitution grecque dispose que « [t]ous les Hellènes ont droit à l'instruction gratuite à tous

possibilité d'installation, dans le pays, d'annexes d'universités privées basées dans d'autres pays⁶⁹.

29. La privatisation de la justice a été favorisée par le développement de formes alternatives de règlement des litiges qui contournent les tribunaux étatiques⁷⁰, invoquant surtout la nécessité d'accélérer l'administration de la justice comme paramètre essentiel de l'efficacité économique.
30. 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, même dans les Temps Modernes, les organes étatiques présentent la double nature de la théologie politique médiévale qu'E. Kantorowicz a évoqué dans son œuvre « Les Deux Corps du roi »⁷¹. Ainsi, 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, due à l'identification pratique de l'organe public à la personne physique qui en exerce la fonction, persiste et s'accroît continuellement multipliant les cas de conflits d'intérêts, de corruption et de détournement de pouvoir⁷².
31. Par ailleurs, il est à signaler que 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 tolèrent, 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

ses degrés dans les établissements d'enseignement de l'État. L'État soutient les élèves et étudiants qui se distinguent, ainsi que ceux qui ont besoin d'assistance ou de protection particulière, en fonction de leurs capacités. ». Voir, à cet égard, L. Papadopoulou, « Gratuit, selon la Constitution, même l'enseignement supérieur ? Commentaires à trois arrêts : n° 705/2010 de la Cour administrative d'appel de Patras (imposition des frais à l'Université Ouverte Libre), n° 2714/2010 du Conseil d'État (3^e Section du contentieux), n° 2411/2012 de l'Assemblée du Conseil d'État (imposition des frais au troisième cycle) » (en grec), *Droits de l'homme* (revue juridique grecque) 2013, p. 169 et s., not. p. 192.

⁶⁹ Voir la loi n° 5094/2024, qui a reconnu cette possibilité, bien que les par. 5 et 8 de l'art. 16 de la Constitution disposent que « 5. L'enseignement supérieur est assuré uniquement par des établissements, qui constituent des personnes morales de droit public, pleinement décentralisés (...) » et que « 8. (...) La fondation d'écoles d'enseignement supérieur par des particuliers est interdite. ». Voir, à cet égard, C. Yannakopoulos, « L'article 16 de la Constitution grecque dans le tourbillon du constitutionnalisme néo-féodal » (en grec), www.constitutionalism.gr, 31.10.2023, du même auteur, « Le discrédit de la Constitution. Commentaires sur le projet de loi sur les universités non publiques à but non lucratif. » (en grec), *nomarchia.gr*, 12.2.2024.

⁷⁰ Voir L. Viaut, « Les mutations du droit sont-elles le vecteur d'un néo-féodalisme ? », op. cit..

⁷¹ Voir E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Gallimard, 2020.

⁷² Voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), op. cit., p. 81 s..

Europe que presque partout dans le monde⁷³, conduisant à des pratiques caractérisées de plus en plus par la surveillance, la coercition et la violence, c'est-à-dire l'autoritarisme⁷⁴.

b) Le constitutionnalisme sociétal

32. Certains centres de gouvernement collectifs privés d'envergure internationale (communautés commerciales, entreprises multinationales, associations sportives, universités internationales, etc.), après avoir réussi à exercer des fonctions publiques, revendiquent une forme de constitutionnalisation autonome. C'est le phénomène du *constitutionnalisme sociétal*, qui se résume en une tentative de privatisation du pouvoir constituant, voire de la souveraineté elle-même⁷⁵. 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-même⁷⁶. Cette tentative de privatisation du pouvoir constituant 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 modernes⁷⁷. D'ailleurs, certaines plateformes en ligne privées avancent de telle façon qu'elles ressemblent de plus en plus à un véritable « État numérique », capable de rivaliser avec les institutions des États politiques traditionnels.
33. 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 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*⁷⁸ 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

⁷³ Voir J. Kurlantzick, *State Capitalism : How the Return of Statism is Transforming the World*, Oxford University Press, 2016.

⁷⁴ Voir J. Dean, « Néo-féodalisme : la fin du capitalisme ? », op. cit..

⁷⁵ Voir, entre autres, G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, traduction I. Aubert, Classiques Garnier, 2016, D. Grimm, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé, op. cit., n° 60 s..

⁷⁶ 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>].

⁷⁷ Voir C. Yannakopoulos, « Le constitutionnalisme néo-féodal », op. cit., p. 1062 s..

⁷⁸ 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/>].

privé. Cette institution promeut une forme d'administration privée de la justice qui marginalise et hybride les valeurs constitutionnelles et les garanties démocratiques⁷⁹.

34. 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 – des dites 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 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 objective⁸⁰.

III. LES DROITS

35. La protection des droits fondamentaux constitue un champ idéal pour prendre conscience de la recrudescence des standards ou motifs prémodernes dans le cadre de l'évolution du constitutionnalisme européen actuel. Tout d'abord, l'interprétation constitutionnelle a été imprégnée d'une conception ultralibérale qui a pratiquement réduit le droit aux droits subjectifs (A). Ensuite, cette conception individualiste a favorisé la fonctionnalisation et l'instrumentalisation de la protection des droits fondamentaux, même en faveur de la réalisation d'objectifs qui ne reposent pas toujours pleinement sur les règles constitutionnelles nationales (B). Dans le contexte du retour à logique de la souveraineté partagée et des pathogènes du pluralisme constitutionnel, cette instrumentalisation a conduit à la déréglementation de la protection des droits fondamentaux (C) et, finalement, à la liquidation du régime de cette protection (D).

A. La réduction du droit aux droits subjectifs

36. Dans le texte de la Constitution grecque de 1975, à côté des libertés fondamentales sont garantis des droits sociaux et des obligations fondamentales, l'autonomie personnelle du sujet de droit n'étant pas conçue indépendamment de ses différentes appartenances qu'elles soient culturelles, ethniques, religieuses ou sociales. En effet, cette Constitution a fait preuve d'un pluralisme institutionnel lequel vise la fusion de l'État de droit libéral avec l'État de droit social

⁷⁹ 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/>].

⁸⁰ 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-européenne-deux-constitutionnalismes-non-etatiques/>].

et dans le cadre duquel les valeurs de l'individualisme se trouvent constamment contrebalancées par un certain communautarisme⁸¹.

37. Or, ce pluralisme institutionnel a été remis en cause. Il a connu le refus – voire le mépris – d'une doctrine ultralibérale, selon laquelle la Constitution doit être interprétée de manière à limiter au *maximum* le pouvoir étatique et à donner aux libertés la plus grande extension possible. Ladite doctrine a été renforcée par la surdétermination de la Constitution par le droit européen⁸². Cette surdétermination, qui a évolué comme un processus implicite de révision constitutionnelle⁸³, a promu la conception d'une démocratie qui s'éloigne du peuple et se développe sur le plan d'un marché économique et d'une communauté de valeurs qui ne présupposent pas l'État⁸⁴.
38. Cette doctrine ultralibérale, qui recourt souvent aux acceptations de la philosophie morale provenant surtout des pays anglo-saxons⁸⁵, a promu l'idée selon laquelle seuls les droits fondamentaux qui sont fondés sur des *arguments de principes* doivent pleinement bénéficier d'une valeur normative et d'une protection juridictionnelle, ce qui ne va pas de même pour les objectifs constitutionnels reposant sur des *arguments de choix juridico-politiques*⁸⁶. Nonobstant le caractère flou de la distinction entre arguments de principes et arguments de choix juridico-politiques et la difficulté de son application pratique, il est indubitable que, en faisant prévaloir l'importance de la protection des droits subjectifs, cette distinction n'encourage une protection analogue ni des devoirs fondamentaux⁸⁷ ni des droits sociaux, qui sont censés être principalement conditionnés par des choix juridico-politiques et, par conséquent, ne pas avoir le statut de droits subjectifs proprement dits⁸⁸. Ainsi, malgré son apport incontestable au renforcement effectif de l'État de droit libéral et, notamment, de la liberté économique et de l'autonomie personnelle, cette doctrine ultralibérale a entraîné une certaine déconstruction de l'ordre constitutionnel national, en réduisant le droit aux droits subjectifs, voire aux droits individuels⁸⁹.
39. Sur ce plan, l'interprétation constitutionnelle s'est sensiblement détachée du texte constitutionnel. Sous l'influence officielle ou officieuse du droit européen, la logique concurrentielle du marché l'a progressivement emporté sur le pluralisme économique consacré

⁸¹ Voir C. Yannakopoulos, « La mutation du sujet des droits constitutionnels » (en grec), *Journal de droit administratif* (revue juridique grecque) 2/2012, p. 146 et s..

⁸² Voir C. Yannakopoulos, « Entre objectifs constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la réalité constitutionnelle dans les ordres juridiques national et communautaire » (en grec), *Journal de droit administratif* (revue juridique grecque), 5/2008, p. 733 s..

⁸³ Voir C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois* (en grec), op. cit., n° 414, avec des références bibliographiques.

⁸⁴ Voir L. Coehn-Tanugi, *Le droit sans l'État : Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF 1985, S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari : Laterza GLF, 2006.

⁸⁵ Voir, à titre indicatif, G. Lafrance, « Le néo-libéralisme et les droits fondamentaux », *Laval théologique et philosophique*, vol. 47, n° 3, 1991, p. 357 s..

⁸⁶ Voir, à titre indicatif, V. Voutsakis, « Droits et obligations chez Ronald Dworkin », in J.-L. Autin – L. Weil (dir.), *Mélanges Michel Miaille II*, Montpellier, 2009, p. 85 s..

⁸⁷ Voir aussi *infra*, n° 55 s..

⁸⁸ Voir C. Yannakopoulos, « La Constitution grecque et la *réserve du possible* en matière de protection des droits sociaux fondamentaux : 'soyez réalistes, demandez l'impossible' » (en grec), *Journal de droit administratif* (revue juridique grecque) 4/2015, p. 417 s..

⁸⁹ Voir C. Yannakopoulos, « La mutation du sujet des droits constitutionnels » (en grec), op. cit.

par les articles 5 et 106⁹⁰. Les juridictions grecques ont considéré le droit à la propriété et la liberté économique comme des droits individuels autonomes en les délivrant des prédéterminations sociales prévues par les articles 17, par. 1, et 106, par. 1 et 2⁹¹. Par ailleurs, la protection d'autres droits individuels a été libérée des contraintes imposées par les règles constitutionnelles nationales. À la suite d'une série de condamnations de la Grèce par la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté religieuse, garantie dans l'article 13, a gagné du terrain par rapport aux clauses protectrices de la religion de l'Église Orthodoxe orientale du Christ figurant à l'article 3⁹² ; conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹³, la protection de la liberté d'expression semble l'avoir emporté sur les restrictions spécifiques établies notamment par l'article 15 qui régleme la radiotélévision⁹⁴ ; le caractère absolu de l'incompatibilité entre l'exercice d'activité économique dans les médias et la conclusion de marchés publics, introduite dans l'article 14, paragraphe 9, par la révision constitutionnelle de 2001, a été relativisée pour être rendue compatible avec le droit de l'Union⁹⁵ ; l'interdiction absolue, selon l'article 19, par. 3, d'utiliser les moyens de preuve acquis en violation des articles 9, 9A et 19, a connu des exceptions importantes⁹⁶ ; la disposition de l'article 29, par. 1, selon laquelle l'organisation et l'activité des partis politiques doivent servir le fonctionnement libre du régime démocratique, n'a, en réalité, eu qu'une fonction pédagogique⁹⁷, le juge n'ayant pas admis l'ingérence étatique dans l'organisation des partis politiques⁹⁸. L'image générale n'a pas été remise en cause du fait que, ces dernières années, la crise financière et ses répercussions politiques et institutionnelles ont fait quelque peu régresser certaines de ces interprétations ultralibérales, la jurisprudence ayant revalorisé la force normative de l'article 3, par. 1, qui qualifie la religion de l'Église Orthodoxe de religion dominante⁹⁹, et

⁹⁰ Voir C. Yannakopoulos, « Entre objectifs constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la réalité constitutionnelle dans les ordres juridiques nationale et communautaire », op. cit.

⁹¹ Voir C. Yannakopoulos, « L'inconstitutionnalité des autorisations d'opportunité ou la fin du pluralisme économique de la Constitution grecque de 1975/1986/2001 ? » (en grec), note sous l'arrêt du Conseil d'État grec n° 2194/2006, *Journal de droit administratif* (revue grecque) 5/2006, p. 575 s..

⁹² Voir l'arrêt n° 2281/2001 de l'Assemblée du Conseil d'État grec. Voir aussi P. Lambert, *La Grèce devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant 2003, p. 63 s., J. Iliopoulos-Strangas, *Théorie générale des droits fondamentaux – Aspects de la protection à plusieurs niveaux dans l'espace européen* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2018, p. 616 s..

⁹³ Voir, à titre indicatif, les arrêts CEDH, 22.2.2018, *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grèce*, n° 72562/10, *Droit de médias* (revue juridique grecque) 1/2018, p. 43 s., note N. C. Alivizatos. Voir aussi l'arrêt CJUE, 18.6.1991, C-260/89, ERT AE.

⁹⁴ Voir Ch. Anthopoulos, « Monopole étatique de radiotélévision, méthodes d'interprétation et théories de la Constitution » (en grec), *Mélanges en l'honneur du Conseil État grec – 75 ans* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2004, p. 119 s.. Voir aussi l'arrêt CEDH, 22.5.2018, *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grèce*, n° 72562/10) et l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 95/2017.

⁹⁵ Voir l'arrêt n° 3470/2011 de l'Assemblée du Conseil d'État grec ayant adopté, à l'unanimité, une interprétation altérant radicalement le contenu des dispositions du par. 9 de l'art. 14 de la Constitution pour se conformer à l'arrêt de la Cour de justice, du 16 décembre 2008, C-213/07, Michaniki, sans mettre expressément à l'écart les dispositions constitutionnelles considérées incompatibles avec le droit de l'Union par les juges de Luxembourg.

⁹⁶ Voir J. Iliopoulos-Strangas, *Utilisation des moyens de preuve illégalement acquis et droit de la défense de l'accusé. L'interdiction de preuve de l'article 19, par. 3, de la Constitution révisée* (en grec), Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2003, p. 87 s..

⁹⁷ Voir Ch. Anthopoulos, « Partis politiques et Démocratie. Éléments pour une réinterprétation de l'article 29, par. 1, de la Constitution » (en grec), *Journal de droit administratif* (revue juridique grecque) 2/2015, p. 157 s..

⁹⁸ Voir C. Yannakopoulos, « Juge constitutionnel et interprétation des normes », Rapport national (Grèce) à la XXXIIIe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, 8-9.9.2017, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXXIII-2017, 2018, p. 307 s., n° 82.

⁹⁹ Voir l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 660/2018. Voir aussi G. Sotirelis, « Catéchisme Théocratique ou Pluralisme Démocratique ? Le “en arrière toute” de l'arrêt récent de l'Assemblée du Conseil

considérée comme compatible à la Constitution avec le sursis de financement du parti politique néonazi « Aube dorée »¹⁰⁰ et la possibilité pour une « démocratie militante » d'interdire la participation aux élections législatives d'un parti politique¹⁰¹.

40. Quant aux droits sociaux, leur justiciabilité a été fortement affaiblie. L'interprétation et l'application des normes consacrant de tels droits ont été conditionnées par le principe pragmatique de la *réserve du possible* (*Möglichkeitsvorbehalt*)¹⁰². Il s'agit d'un principe qui laisse au législateur un large pouvoir discrétionnaire et impose au juge une importante autolimitation à l'égard des choix politiques. Cette autolimitation ne recule que lorsque le juge arrive à établir le besoin de protéger un droit individuel proprement dit, l'activisme juridictionnel en matière de droits sociaux étant ainsi tout à fait exceptionnel. Une telle exception a concerné la protection de l'environnement qui fait l'objet d'un droit social par exception compatible avec la doctrine libérale, à l'opposé d'autres droits sociaux qui présupposent une redistribution plus directe de la richesse sociale¹⁰³. L'activisme du Conseil d'État grec en matière de Constitution écologique s'est appuyé sur la considération paradoxale de la protection de l'environnement comme faisant également l'objet d'un *droit individuel*¹⁰⁴. Il en va encore ainsi pour deux autres cas, celui du droit à la santé, sur la protection effective de l'aspect individuel duquel a été fondée la déclaration de la privatisation de la Société d'approvisionnement en eau et assainissement d'Athènes d'inconstitutionnelle¹⁰⁵, et celui du droit au temps libre, sur la protection duquel s'est appuyée la déclaration d'inconstitutionnelle de l'ouverture des magasins commerciaux le dimanche¹⁰⁶. Dans ce domaine également, l'image générale n'a pas non plus été remise en cause du fait que, en réagissant aux restrictions excessives des droits sociaux lors de la crise financière, la jurisprudence a obligé le législateur de préciser les motifs des diminutions des salaires de certaines fonctionnaires et agents de l'État¹⁰⁷, ainsi que des diminutions des retraites¹⁰⁸, sur la base d'une étude scientifique appropriée.
41. La prédominance de la doctrine ultralibérale, qui a adopté une approche individualiste même pour les droits sociaux, a été suivie de la mutation de l'idéotype même du sujet des droits constitutionnels. Le nouvel idéotype de ce sujet de droit, qui s'est formé surtout dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, recherche son autonomie d'une manière qui la confine à l'unidimensionnalité de la personne qui vit non pas comme citoyen mais comme individu dans le bonheur narcissique d'une « société démocratique virtuelle », sans aucune référence politique à une nation, un peuple, un État ou même une entité collective tangible d'une constitution sociale, politique, culturelle, morale et historique correspondante. Comme l'a signalé X. Souvignet, il s'agit « d'un individu seul, rationnel, égoïste, égocentrique et possédant, guettant l'ordre social et politique d'un œil inquiet et sévère, le suspectant

d'État » (en grec), www.constitutionalism.gr, 27.5.2018, G. Stavropoulos, « Le cours d'éducation religieuse sous la lumière de l'arrêt n° 660/2018 du Conseil d'État » (en grec), www.constitutionalism.gr, 10.6.2018.

¹⁰⁰ Voir l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 518/2015.

¹⁰¹ Voir l'arrêt de la Cour de cassation grecque (« Areios Pagos »), Première section, n° 8/2023.

¹⁰² Voir C. Yannakopoulos, « La Constitution grecque et la *réserve du possible...* » (en grec), op. cit.

¹⁰³ Voir C. Yannakopoulos, « Entre objectifs constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la réalité constitutionnelle dans les ordres juridiques national et communautaire » (en grec), op. cit.

¹⁰⁴ Voir *infra*, n° 57.

¹⁰⁵ Voir les arrêts de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 1906/2014 et n° 190/2022.

¹⁰⁶ Voir l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 100/2017.

¹⁰⁷ Voir l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 2192/2014.

¹⁰⁸ Voir les arrêts de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 2287-2288/2015 et n° 1891/2019.

constamment de vouloir rogner sur ses libertés naturelles et sa propriété. Seul en mesure de définir ce qui pourra être tenu “pour utile à la conservation de son être”, [cet individu] vit dans un univers de valeurs subjectives et relatives »¹⁰⁹. Cela étant, il n’est pas surprenant que ce nouveau sujet des droits constitutionnels considère toute intervention de l’État dans ses affaires comme étant en principe une ingérence illégitime, même lorsqu’il s’agit pour l’État de le protéger des autres individus. En même temps, il semble idolâtrer – même s’il n’arrive pas pleinement à faire face à- la mondialisation économique qui, loin d’établir une réelle mobilité sociale, favorise, à travers un pseudo-cosmopolitisme, la seule mobilité physique, imposée par la division internationale du travail. Il a aussi du mal à gérer la transformation numérique de sa vie et à recomposer sa personnalité fragmentée par ses multiples représentations digitales. C’est pourquoi, le nouveau sujet des droits constitutionnels perd facilement ses repères et cherche désespérément – mais le plus souvent sans succès – à trouver, croire et imposer aux autres une certaine identité à lui. Dans ce contexte socio-psychologique, où la vision sociale générale est remplacée par des visions sociétales fragmentaires qui se présentent comme universelles, et la culture du politiquement correct alterne avec la culture de l’intolérance et de l’effacement, le nouveau sujet de droits constitutionnels fait partie d’une communauté hétérogène de migrants réels ou virtuels. Cette communauté comprend de citoyens de différents États qui ont été politiquement socialisés sur la base de l’individualisme dominant et peuvent, le cas échéant, soit décider volontairement de changer de pays au lieu d’essayer de changer de gouvernement soit, sans changer de pays, surfer quotidiennement sur internet, en faisant ainsi partie d’espaces de socialisation et d’entités politiques multiples. Ces migrants réels ou virtuels, dont toute participation politique devient de plus en plus moins motivée et moins consciente, voire introvertie, composent une société d’individus fluide, insaisissable ou du moins difficilement saisissable par la puissance d’un seul – voire tout- État, ce qui provoque avant tout une crise profonde de représentation. De ce point de vue également, M. Luciani a fait remarquer, à juste titre, dans son rapport introductif, que « le représenté ayant perdu son identité, le représentant lui-même, ne sachant plus qui il représente, n’est pas en mesure de se définir lui-même et d’agir avec une logique politique conséquente. C’est pourquoi [...] la crise de la représentation est, avant même que crise du représentant (de sa capacité et de sa qualité), crise du représenté ».

B. L’instrumentalisation des droits fondamentaux

42. La réduction du droit aux droits subjectifs – surtout individuels – a été suivie d’une fonctionnalisation des droits fondamentaux, d’abord liée avec l’européanisation du droit constitutionnel et débouchant, ensuite, à l’instrumentalisation de la protection des droits fondamentaux par la logique des marchés et l’efficacité économique.
43. Malgré les apparences contraires et l’inclusion progressive du politique dans la sphère de l’intégration européenne, les traités européens évoquent toujours un fonctionnalisme économique qui différencie la protection des droits de l’homme au sein de l’Union européenne de leur protection au sein des ordres juridiques des États membres. Alors que dans ceux-ci, qui sont encadrés par des *constitutions de limites*, les droits fondamentaux sont une fin en soi, le

¹⁰⁹ X. Souvignet, « Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l’homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet », *Jurisdoctrina* n° 5, 2010, p. 41 s., not. p. 52 - 53

fonctionnalisme de l'ordre juridique d'Union, qui est encadré par une *constitution d'objectifs*¹¹⁰, transforme les droits fondamentaux en un moyen de poursuivre des objectifs économiques supérieurs, telles que la création d'un marché unique européen ou la préservation de la discipline budgétaire¹¹¹. Cette fonctionnalisation des droits fondamentaux en droit de l'Union, qui se propage aux États membres de celle-ci à travers la surdétermination du droit national par le droit de l'Union¹¹², porte aussi bien sur la protection desdits droits que sur leur conception.

44. Tout d'abord, les critères d'application du principe de proportionnalité en droit national sont en principe différents des critères adoptés en droit de l'Union même s'agissant des droits individuels apparemment de portée identique. Ainsi, tandis qu'en droit grec les restrictions – même les plus intenses – de la liberté économique peuvent être facilement justifiées, à condition qu'elles ne soient pas *manifestement inappropriées* pour servir l'intérêt public respectif¹¹³, en droit de l'Union, dans le cadre duquel la libre concurrence et la libre circulation constituent des principes fondamentaux qui sont intimement liés avec l'objectif prépondérant de créer un marché unique européen, il serait beaucoup plus difficile de justifier des restrictions analogues. Car, en droit de l'Union, l'application du principe de proportionnalité en la matière va dans le sens que les restrictions nationales de la libre circulation doivent être *absolument nécessaires*¹¹⁴.
45. Par ailleurs, malgré l'élargissement du cercle des bénéficiaires des droits fondamentaux¹¹⁵, en droit de l'Union le sujet de ces droits n'a jamais totalement guéri du « *malaise du sédentaire* »¹¹⁶ étant donné que celui qui « *circule* », en exerçant notamment une activité économique, est largement plus favorisé que celui qui reste dans son pays d'origine¹¹⁷.

¹¹⁰ On peut distinguer entre, d'une part, les *constitutions d'objectifs*, dans le cadre desquelles sont prépondérantes les missions des pouvoirs publics (*objectifs constitutionnels*), c'est-à-dire la fonction légitimatrice des normes constitutionnelles, et, d'autre part, les *constitutions de limites*, à savoir celles au sein desquelles prédominent les restrictions imposées à l'activité des pouvoirs publics (*limites constitutionnelles*), c'est-à-dire la fonction de garantie des normes constitutionnelles. Sur l'analyse de cette distinction entre *objectifs constitutionnels* et *limites constitutionnelles*, voir C. Yannakopoulos, « Entre objectifs constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la réalité constitutionnelle dans les ordres juridiques national et communautaire », op. cit.

¹¹¹ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 89 s.

¹¹² Sur la contribution du droit de l'Union au développement d'un *constitutionnalisme fonctionnel*, voir aussi G. Karavokyris, *Les objectifs constitutionnels. Le droit public à un tournant fonctionnel* (en grec), Centre européen de droit constitutionnel – Fondation Themistoclès & Dimitris Tsatsos, 2004, p. 431 s., not. p. 436 s.

¹¹³ Voir, p. ex., dans le cadre de la passation des marchés publics, l'arrêt de la 4^e Section du contentieux du Conseil d'État grec n° 1882/2003.

¹¹⁴ Voir, dans le cadre aussi de la passation des marchés publics, les arrêts CJUE, 3.3.2005, C-21/03 et C-34/03, *Fabrice*, points 34 et 35, et CJUE, 16.12.2008, C-213/07, *Michaniki*, points 61 s.

¹¹⁵ Voir E.S. Tanasescu, « Rôle des droits fondamentaux dans la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE », in A. Rosas e.a. (sld), *The Court of Justice and the Construction of Europe : Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013, p. 207 s., not. p. 223 s..

¹¹⁶ Voir P. Martens, « Débats », in S. Gaboriau – H. Pauliat, *Justice et démocratie – Actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002*, Pulim, Limoges, 2003, p. 484.

¹¹⁷ Voir P. Rodière, « Actualité des solidarités sociales en droit européen », in A. Supiot (sld), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015, p. 311 s., not. p. 344. Voir aussi l'arrêt CJUE, 10.5.2017, C-133/15, *Chavez-Vilchez e.a.*, points 60-65.

46. Qui plus est, la Cour de justice continue à ne pas reconnaître le caractère social des droits individuels¹¹⁸ et, comme on l'a bien constaté à propos des arrêts *Viking*¹¹⁹ et *Laval*¹²⁰, les droits sociaux restent surdéterminés par la téléologie économique dominante de l'ordre juridique de l'Union¹²¹. Dans le même esprit, la distinction entre les droits (justiciables) et principes (non justiciables) prévue par les articles 51 et 52, paragraphe 5, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne favorise pas la protection des droits sociaux¹²². En outre, la clause interprétative de l'article 52, paragraphe 4, de cette Charte constitue une source de restrictions de ces droits. Selon cette disposition, « [d]ans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions. »¹²³. De plus, selon l'article 151, alinéa b, TFUE¹²⁴, l'exercice des politiques sociales doit tenir compte de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union. D'ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue que promouvoir de telles politiques à l'égard de la prédominance de la téléologie économique libérale est rendu difficile à cause de l'influence particulière exercée sur le droit de l'Union par la Convention européenne de droits de l'homme¹²⁵, laquelle, à l'égard de ses États contractants, préconise l'individualisme en tant qu'objectif primordial et s'écarte du modèle libéral et social qu'évoquent les constitutions des États membres de l'Union¹²⁶.
47. Le fonctionnalisme économique du droit de l'Union qui sape la protection – voire le caractère fondamental – des droits constitutionnels a été confirmé d'une manière éclatante lors de la crise de la dette souveraine de la zone Euro. La logique ordolibérale de l'*acquis communautaire* a été devancée par la mise en exergue de l'efficacité économique et du monétarisme radical. La Cour de justice, en procédant à une mise en balance déséquilibrée des droits fondamentaux, est restée fidèle à la jurisprudence *Viking* et *Laval*, en faisant prévaloir les libertés économiques sur les droits sociaux, au péril des droits garantis par le droit national du travail, même en ce qui concerne des pays, comme la Grèce, dont les droits sociaux ont été mis en pièces par des réformes d'une ampleur inédite, imposées par la Troïka, et dont la situation économique était gravement détériorée¹²⁷. Sur ce plan, la solidarité semble avoir été remplacée par la punition en invoquant l'idée néolibérale de l'« aléa moral ». Tous ces phénomènes ont même été aggravés à la suite du déclenchement de la crise migratoire dont la gestion efficace

¹¹⁸ Voir P. Stangos, *La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à l'ordre juridique communautaire. Son rapport avec l'évolution constitutionnelle de l'Europe* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes – Salonique, 2004, p. 316 s..

¹¹⁹ Voir l'arrêt CJUE, 11.12.2007, C-438/05.

¹²⁰ Voir l'arrêts CJUE, 18.12.2007, C-341/05.

¹²¹ Voir P. Rodière, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue trimestrielle de droit européen* 2008, p. 47 s., S. Gambino, « Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen : les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l'Union Européenne et l'identité constitutionnelle nationale », *Federalismi.it*, mars 2012.

¹²² Voir P. Graig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010, p. 216 s., S. Gambino, « Tendances du constitutionnalisme contemporain en France et en Europe », *Politeia*, n° 22, automne 2012, p. 509 s., point 4.

¹²³ Voir J. Iliopoulos-Strangas, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : de Nice à Lisbonne » (en grec), *Cité des Européens* (revue juridique grecque) 1/2008, p. 91 s..

¹²⁴ Ex-art. 36, alinéa b, CE.

¹²⁵ Voir l'art. 6 TUE.

¹²⁶ Voir C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, op. cit., n° 389 s..

¹²⁷ Voir l'arrêt CJUE, 21.12.2016, C-201/15, *AGET Iraklis*.

n'entre guère dans l'orientation monétariste de l'Union¹²⁸ et a révélé que la coopération des États membres de l'Union en matière d'asile vise moins à accorder des droits aux particuliers qu'à organiser les relations entre États¹²⁹.

48. Incapable donc d'encadrer la gestion des crises de ces dernières années, le respect des droits fondamentaux, comme toutes les autres valeurs communes figurant à l'article 2 TUE, s'est vu finalement assigné une fonction beaucoup moins prometteuse que constituer des sources d'une perspective propice d'intégration plus poussée : d'un côté, légitimer les mesures de « police constitutionnelle » que l'Union peut prendre à l'égard des États membres sur la base de l'article 7 TUE introduit par le traité d'Amsterdam et, de l'autre côté, servir l'efficacité économique, en faisant partie de la conditionnalité pour la protection du budget de l'Union sur la base du Règlement 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil¹³⁰. Ainsi, le droit de l'Union européenne a poussé à l'extrême l'instrumentalisation de la protection des droits fondamentaux en adoptant pleinement l'esprit des rapports des agences de notation financière et de l'assistance technique provenant du Fonds monétaire international.

C. La déréglementation de la protection des droits fondamentaux

49. La protection des droits fondamentaux ne peut pas être suffisamment assurée dans le cadre du pluralisme constitutionnel européen, qui est devenu extrêmement complexe, flou et difficilement viable. Depuis 2010, il a été compris que, dans une période de croissance économique, les aspects positifs de la primauté des objectifs constitutionnels de l'Union en tant que tels pouvaient facilement se faire sentir. Ces objectifs étaient compatibles avec l'aspect libéral des ordres juridiques nationaux, tempéré par la résistance de leurs limites constitutionnelles assurant une prestation suffisante de services d'utilité commune. En revanche, durant la crise financière, la primauté des objectifs constitutionnels de l'Union n'a fait que renforcer le déficit social existant tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux. De même, tandis qu'en période de croissance économique, la dynamique de l'idéal de l'intégration européenne couvrait le déficit démocratique de l'Union et le retrait de la souveraineté des États membres, durant la crise, les rythmes des marchés financiers se sont substitués, dans une large mesure, tant aux normes juridiques qu'à l'activité politique, ce qui a entraîné un manque des sentiments fondamentaux de sécurité et de solidarité ainsi que le repli national. Ainsi, sous le drapeau du pluralisme constitutionnel, les différents « faiseurs du système » et surtout les juges, au lieu de solliciter l'apaisement et la conciliation, ont souvent eu tendance à combattre pour défendre leur cause et déconstruire la cause de ceux qui provenaient d'un autre ordre juridique. De la sorte, les défauts du pluralisme constitutionnel européen sont clairement apparus. Privé de procédures et de critères formels, il était inapte à promouvoir un aménagement durable des droits européens et nationaux. Il a seulement incité les juges à éviter – voire à faire semblant d'éviter – à tout prix les conflits, en légitimant l'invocation de n'importe quelle valeur ou principe apparemment conciliateur et la mise en place de n'importe quelle

¹²⁸ Voir M. Tissier-Raffin, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », *La Revue des droits de l'homme* 8/2015, 16.11.2015. Voir aussi P. Vianna, « La question migratoire : un enjeu politique pour l'Europe », *Migrations Société*, vol. 116, n° 2, 2008, p. 43 s..

¹²⁹ Voir P.- F. Laval, « L'instrumentalisation de l'État tiers : vers un dévoilement de la coopération européenne en matière d'asile », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 339 s.

¹³⁰ Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union (JO 2020, L 433I, p. 1).

méthode ou technique occasionnelle d'interprétation. Or, en laissant ainsi le droit à la merci de toutes sortes de compromis – c'est-à-dire de rapports de force – occasionnels, économiques, politiques, culturels ou moraux, le pluralisme constitutionnel européen a finalement reproduit les conflits qu'il était conçu pour éviter. Cela a davantage désordonné le dialogue des juges, devenu de plus en plus concurrentiel, voire polémique¹³¹. Pour démontrer que la protection des droits fondamentaux est désormais littéralement à la merci de ce dialogue des juges¹³², il suffirait d'invoquer le critère fonctionnel de la *protection équivalente*, qui montre que, malgré les apparences, la perception par chaque État membre d'un droit fondamental n'est, en pratique, commune ni avec sa perception dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni avec celle dans les ordres juridiques des autres États membres¹³³.

50. Le critère de la protection équivalente, qui a été introduit par l'arrêt *Solange I* de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne¹³⁴ et développé par l'arrêt *Bosphorus*, de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁵, « *procède de l'idée selon laquelle un juge, confronté à un acte transposant sans marge d'appréciation une norme extérieure à son ordre juridique, peut décider de renoncer à son contrôle au nom de l'existence d'une équivalence de protection des droits fondamentaux entre les deux ordres juridiques* »¹³⁶. Or, malgré l'invocation généralisée dudit critère, on constate l'ambiguïté intense des conditions de son application et la prévalence du caractère diplomatique de son usage, qui promeut souvent les relations internationales au détriment de l'efficacité de la protection des droits fondamentaux¹³⁷.
51. Le sentiment d'insécurité de droit est renforcé, si l'on tient compte que le critère de la protection équivalente est fondé sur une simple présomption et suggère un contrôle continu, comme le laisse entendre, d'ailleurs, l'adverbe « *solange* » utilisé quasiment par tous les juges affirmant l'existence d'une telle « *protection équivalente* »¹³⁸. Les réactions qu'a suscitées chez les États membres de l'Union l'invocation d'une présomption essentiellement analogue, dans l'arrêt *Melloni*¹³⁹, en matière de mandat d'arrêt européen, relève à quel point la confiance qui conditionne cette présomption est fragile. Cette fragilité a été également révélée dans les différentes propositions d'introduction de nouvelles méthodes de contrôle du degré de protection des droits fondamentaux entre l'Union et ses États membres, lesquelles gagnent du terrain du fait notamment que, ces dernières années, on observe que certains États membres dévient les valeurs communes de l'Union¹⁴⁰. Ainsi, on parle de « *solange inversé* » ou même de « *solange*

¹³¹ 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 », op. cit.

¹³² Voir C. Yannakopoulos, « Les droits fondamentaux à la merci du dialogue des juges », Conférence de spécialité à l'Université Jean Moulin Lyon 3, 10.1.2018 [<https://cyannakopoulos.gr/fr/les-droits-fondamentaux-a-la-merci-du-dialogue-des-juges/>].

¹³³ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 155 et n° 168.

¹³⁴ Voir son arrêt du 29 mai 1974 - 2 BvL 52/71, Recueil BVerfGE 37, p. 271.

¹³⁵ Voir l'arrêt du 30 juin 2005, n° 45036/98.

¹³⁶ Voir P. Tinière, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », in *Le droit des libertés en question(s) – Colloque des 5 ans de la RDLF*, Revue des droits et libertés fondamentaux 2017, chron. n° 17 [www.revuedlf.com].

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Voir D. Simon – A. Rigaux, « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe* n° 7, Juillet 2010, repère 7.

¹³⁹ Voir l'arrêt CJUE, 26.2.2013, C-399/11.

¹⁴⁰ Voir V. Lobier, « Les cours constitutionnelles et l'enchevêtrement des systèmes de protection des droits fondamentaux. L'exemple du mandat d'arrêt européen », 1re et 2e Parties, *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2015, chron. n° 03 και n° 04 [www.revuedlf.com].

horizontal ». Dans le cas du « solange inversé », un contrôle serait effectué par la Cour de justice uniquement en cas de violations systémiques des droits fondamentaux dans l'un des États membres. Et ce, même si ces violations ne sont pas en lien avec le droit de l'Union européenne¹⁴¹. Dans le cas du test de « solange horizontal », il s'agit d'une présomption de respect par les États membres des droits fondamentaux garantis par l'Union. Or, selon ce modèle, le contrôle du respect de la présomption mentionnée ci-dessus n'est pas confié à la Cour de justice mais aux juridictions nationales qui seront, ainsi, responsables de veiller les unes sur les autres¹⁴².

D. La liquidation du régime de protection des droits fondamentaux

52. À l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme, dont le préambule se réfère au « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques » des gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe, le droit de l'Union, s'il s'appuie sur les traités, il est avant tout censé être ancré dans les principes qui découlent des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des traités internationaux auxquels ces derniers sont parties. La confirmation et l'évolution du droit européen dépendent de son application par la Cour de justice et les juges nationaux. Dans le cours de cette application du droit européen, des changements sont à noter dans son interprétation, qui prennent toutefois la forme d'une redécouverte de son sens véritable. À cet égard, toute nouvelle législation ou jurisprudence européenne ou nationale doit être présentée comme une interprétation des principes constitutionnels communs, à l'instar de la conception prévalant dans la société médiévale privée et inhérente au *common law*, selon laquelle « on ne change pas le fond mais on régleme la manière » (*not changing the substance, but regulating the mode*)¹⁴³. En outre, comme c'est également le cas pour l'identification d'un *consensus* des États contractants dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, l'identification des principes constitutionnels communs dans le droit de l'Union n'est fondée ni nécessairement sur des dispositions constitutionnelles nationales isolées, ni sur les principes qui sont identiques dans leur contenu dans tous les États membres, ni sur un dénominateur commun minimum entre ces principes. En effet, chacun peut interpréter le droit européen à sa guise et selon ses besoins¹⁴⁴. Dès lors, il ne faut pas s'étonner que, dans le pluralisme constitutionnel européen, prévale une « anarchie néo-féodale » dans le cadre de laquelle, malgré la symbolique croyance en des principes constitutionnels communs, il y a, lors de l'interprétation et de l'application de nouvelles règles de droit positif, des invocations desdits principes qui s'écartent sensiblement les unes des autres.

53. Le champ privilégié de manifestation de cette « anarchie » est la « théologie » de la protection des droits fondamentaux, dont la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne servent mieux que tout autre instrument en tant que symboles de foi. Comme le montre la jurisprudence des deux cours européennes, celle de Strasbourg et celle de Luxembourg, dans le cadre de cette protection des droits fondamentaux, il existe une osmose néo-féodale entre le droit et l'éthique, à laquelle contribue

¹⁴¹ *Idem*. Voir aussi C. Antpöhler – J. Dickschen – S. Hentrei – M. Kottmann – M. Smrkolj – A. von Bogdandy, « Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU member states », *Common Market Law Review* 2012, n° 49, p. 489 s..

¹⁴² Voir I. Canor, « My brother's keeper ? Horizontal Solange : “an ever closer distrust among the peoples of Europe” », *Common Market Law Review* 2013, n° 50, p. 383 s..

¹⁴³ Voir P. Kondylis, *Conservatisme. Contenu historique et déclin...*, op. cit., p. 248.

¹⁴⁴ Voir C. Yannakopoulos, *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), op. cit., n° 113 s..

le pluralisme des sources du droit, qui inclut tant des règles de droit nationales, européennes et internationales que de diverses versions de *soft law*¹⁴⁵.

54. Outre le critère susmentionné de la *protection équivalente* des droits fondamentaux¹⁴⁶, il y a plusieurs indices de divergences quant à la conception et à la protection desdits droits. Par exemple, il n'est pas rare qu'en matière de protection d'un droit fondamental, les juridictions nationales interprètent le droit de l'Union conformément au droit national¹⁴⁷, en refusant parfois même explicitement de se conformer aux décisions des deux juridictions européennes¹⁴⁸. En outre, il arrive que, pour légitimer leurs choix, tantôt ces dernières tantôt les juridictions nationales invoquent l'application d'un principe comme commun, alors que celui-ci n'a pas la même portée dans l'ordre juridique national et dans l'ordre juridique de l'Union¹⁴⁹. Ainsi, les droits fondamentaux deviennent l'objet d'invocations déviantes, la glorification de l'existence des traditions constitutionnelles communes ne pouvant pas couvrir l'hétérogénéité et les antagonismes des institutions et des traditions. L'insécurité qui en découle facilite le remplacement de la puissance du droit par le droit des plus puissants, qui, de nos jours, ne sont plus les pouvoirs publics mais le plus souvent de centres de pouvoir privés qui essaient de consolider leurs droits acquis.

IV. LES DEVOIRS

55. La doctrine constitutionnelle dominante en Grèce a considéré tout devoir constitutionnel comme dangereux pour la protection efficace des droits fondamentaux¹⁵⁰. C'est pourquoi, la normativité des dispositions constitutionnelles établissant des devoirs constitutionnels a été mise en cause, altérée ou même transformée en source de droits subjectifs. C'est avec cet esprit que dans la consécration du devoir de solidarité sociale et nationale dans l'article 25, paragraphe 4, de la Constitution on n'a distingué qu'« *une certaine rhétorique solennelle* »¹⁵¹, étrangère à la tradition constitutionnelle grecque¹⁵², en tout cas, inapte à constituer une base légale autonome d'imposition de nouvelles obligations ou de restrictions des droits fondamentaux¹⁵³. Ce n'est pas ainsi un hasard si, même pendant la crise économique et la crise de la pandémie, le principe de

¹⁴⁵ Par exemple, la Cour de justice interprète l'art. 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui garantit la liberté académique, en invoquant la conception large de cette liberté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et en prenant en considération le contenu des recommandations adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou par la Conférence générale de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco). Voir l'arrêt CJUE, 6.10.2020, C-66/18, *Commission/Hongrie (Enseignement supérieur)*, points 222-227.

¹⁴⁶ Voir *supra*, n° 49 s.

¹⁴⁷ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 164.

¹⁴⁸ *Idem*, n° 63.

¹⁴⁹ Voir, sur le principe de proportionnalité, *idem*, n° 141, et *supra*, n° 44.

¹⁵⁰ Voir A. Manassis, *Droits constitutionnels, A. Libertés individuelles* (en grec), 4^e édition, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes, 1982, p. 85 s..

¹⁵¹ Voir P.D. Dagtoglou, *Droits constitutionnels, Droits individuels* (en grec), 4^e édition, Éditions Sakkoulas, Athènes-Salonique, 2012, n° 214-220.

¹⁵² Voir Ch. Anthopoulos, *Le problème de l'engagement fonctionnel des droits fondamentaux vu l'article 25, par. 2, 3 et 4 de la Constitution* (en grec), Éditions Sakkoulas, Salonique, 1993, not. p. 278 s. et 311 ; du même auteur, « Article 25 » (en grec), in F. Spyropoulos – X. Contiades – Ch. Anthopoulos – G. Gerapetritis (dir.), *Constitution. Interprétation article par article* (en grec), Centre européen de droit constitutionnel, Éditions Sakkoulas, Athènes-Salonique, 2017, p. 1196 s..

¹⁵³ Voir A. Papakonstantinou, *Démocratie sociale et état de droit social selon la Constitution 1975/1986/2001* (en grec), Éditions Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2006, p. 803 s..

solidarité a été utilisé par la jurisprudence uniquement de manière complémentaire par rapport à d'autres principes ou devoirs constitutionnels plus spécifiques¹⁵⁴. De même, le dévouement à la Patrie et à la Démocratie (art. 120, par. 2), au lieu de constituer le fondement d'un certain *patriotisme constitutionnel*¹⁵⁵, a été, jusqu'à présent, invoqué seulement dans le cadre du contrôle disciplinaire concernant la moralité des fonctionnaires¹⁵⁶. L'obligation de contribuer aux charges publiques (art. 4, par. 5) a été absorbée par la problématique du principe d'égalité proportionnelle qui la régit¹⁵⁷. L'importance du service militaire (art. 4, par. 6) a été mise en exergue plutôt pour valoriser le principe de l'égalité¹⁵⁸ et les droits des objecteurs de conscience¹⁵⁹. L'obligation de vote (art. 51, par. 5), avant d'être privée de toute garantie répressive et de revêtir une importance exclusivement pédagogique, a été invoquée moins pour mettre les citoyens en face de leurs responsabilités que pour fonder de nouveaux droits, tel le droit au vote blanc¹⁶⁰.

56. Ces constructions interprétatives difficilement justifiées au vu du libellé des dispositions de la Constitution grecque ont été largement facilitées par l'euphémisation du droit national qui a encouragé l'interprétation constitutionnelle ultralibérale, en substituant l'individu au citoyen et en mettant à l'écart les devoirs fondamentaux. À cet égard, il est à rappeler que le Conseil de l'Europe, comme, d'ailleurs, la doctrine dominante dans différents États européens¹⁶¹, a réfuté la nécessaire corrélation entre droits et devoirs fondamentaux. Bien que cette corrélation ait été évoquée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948¹⁶², la reconnaissance de devoirs fondamentaux a été considérée comme incompatible avec l'idée de l'État de droit, voire comme un risque de totalitarisme¹⁶³.

57. L'influence de l'interprétation constitutionnelle ultralibérale sur l'ordre juridique grec a été tellement intense et la valorisation de l'individualisme juridique subséquente tellement ferme que, pour assurer la protection renforcée de l'environnement, le droit positif grec a été même

¹⁵⁴ Voir, sur la crise économique, l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 688/2012 et, sur la crise de la pandémie, les arrêts de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 1400/2022 et 1681/2022.

¹⁵⁵ Voir, sur la problématique du concept ambigu de « patriotisme constitutionnel », S. Heine, « Les réquisits démocratiques et sociaux du patriotisme constitutionnel », *Politique européenne* 2/2006, p. 73 s.. Voir aussi sur la question de conciliation de la dimension particulariste du patriotisme et l'universalisme porté par l'attachement à des principes constitutionnels, J.-W. Muller, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, Princeton et Oxford, 2007.

¹⁵⁶ Voir les arrêts du Conseil d'État grec n° 4645, 1777/1986, 4286 et 4285/1983.

¹⁵⁷ Voir P. D. Dagtoglou, *Droits constitutionnel, Droits individuels* (en grec), op. cit., n° 1411 s..

¹⁵⁸ *Idem*, n° 1427 s..

¹⁵⁹ Voir Ch. Anthopoulos, *Nouvelles dimensions des droits fondamentaux* (en grec), Éditions Sakkoulas, Athènes-Salonique, 2001, p. 97 s..

¹⁶⁰ Voir les arrêts du Conseil d'État grec n° 2929-2930/1996.

¹⁶¹ Voir, à titre indicatif, D. Colard, « Essai sur la problématique des devoirs de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1972, vol. 5, p. 333 s., not. p. 342, J. Rivero – H. Mouthou, *Libertés publiques*, 9^e édition, t. I, PUF, 2003, p. 52, M. Verdussen – S. Depré - Th. Bombois, « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé », in F. Ost – H. Dumont – S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 261 s.

¹⁶² Voir l'art. 29, par. 1 : « L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule, le libre et plein développement de sa personnalité est possible. ».

¹⁶³ Ainsi, le comité d'expertise du Conseil de l'Europe, chargé d'examiner la conformité des législations nationales des États membres de l'Europe centrale et orientale candidats à l'admission au Conseil et à la Convention européenne des droits de l'homme, a émis un rapport en ce qui concerne la conformité de la Constitution de Moldavie avec la Convention, dans lequel il a souligné les dangers de la place prépondérante accordée aux devoirs de l'individu envers la collectivité, qu'il a considérée comme un héritage de la pensée marxiste. Voir le *Rapport sur la législation de la République de Moldavie*, Doc. AS/BUR/Moldova (1994) du 29 septembre 1994, élaboré par K. Jungwiert et M.A. Nowicki.

obligé de la considérer principalement comme l'objet d'un droit individuel¹⁶⁴, bien que cette protection constitue avant tout un devoir fondamental de tous – et non seulement de l'État – à l'égard des générations futures.

58. La marginalisation du respect des devoirs fondamentaux a joué un rôle pédagogique négatif eu égard à la condition et à la responsabilité des citoyens, qui se sont habitués de passer outre toute obligation pour profiter de toute circonstance, de n'importe quelle manière¹⁶⁵. Individualisé à l'extrême, le droit a été conçu comme la propriété de tout individu¹⁶⁶, une sorte de droit acquis prémoderne. Familiarisés avec l'idée que le droit est généralement lié surtout aux intérêts privés, voire à leurs propres intérêts, la plupart des gens, mêmes ceux chargés d'une fonction publique, ont reproduit la version la plus extrême et la plus utilitariste de l'individualisme, en revendiquant et en légitimant constamment la diminution, sinon la violation, de leurs devoirs. Dans le même esprit, on a assisté à l'apparition d'un communautarisme déformé, dans le cadre duquel les membres de divers groupes sociaux (ordres professionnels, partis politiques, etc.) ont traité l'exercice de leur droit d'association comme un simple moyen pour revendiquer la perpétuation des acquis corporatistes par le biais même d'une invocation abusive des droits sociaux. Ainsi, sans en constituer ni la seule ni, certes, la principale raison, la dévalorisation des devoirs fondamentaux n'est pas déconnectée de la création des situations administratives arbitraires¹⁶⁷, du clientélisme, de la corruption et, finalement, des problèmes financiers, voire de l'insolvabilité de l'État grec.
59. L'image générale de disqualification des devoirs fondamentaux n'a pas été remise en cause du fait que, ces dernières années, lors de la gestion des multiples crises superposées, certains objectifs de l'idéologie dominante (p. ex. la discipline budgétaire, la stabilité monétaire, la compétitivité, etc.) ont été érigés en devoirs hyper-fondamentaux, voire en vérités naturelles et immuables, qui surdéterminent l'interprétation constitutionnelle. À l'instar de la fonctionnalisation accrue des droits¹⁶⁸, une pareille fonctionnalisation des devoirs contribue à leur instrumentalisation ainsi qu'à la déréglementation et à la liquidation du régime de leur protection. À cet égard, M. Luciani a tout à fait raison de signaler, dans son rapport introductif, que « des devoirs sans aucun lien avec les droits, des obligations imposées exclusivement pour satisfaire aux intérêts politiques des contingents majorités parlementaires et gouvernementales, devraient être considérées avec une grande suspicion, parce que leur introduction rompt le rapport vertueux qui lie les devoirs et les droits en tant que profils essentiels de la citoyenneté ».

¹⁶⁴ Cette qualification est d'ailleurs confirmée par la révision de l'art. 24 de la Constitution en 2001, dont le paragraphe 1 dispose désormais que « *La protection de l'environnement naturel et culturel est une obligation de l'État et un droit de chacun* ». Voir, à cet égard, C. Yannakopoulos, « Constitution et environnement, Rapport national (Grèce) à la XXXVe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée », 6-7.9.2019, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXXV-2019, 2020, p. 333 s, not. n° 17-19 et 28.

¹⁶⁵ Voir Z. Bauman, *Liquid Times : Living in an Age of Uncertainty* (traduction grecque), Metechmio, Athènes, 2008, p. 19 s..

¹⁶⁶ Voir, à cet égard, G. Daremas, « Communautarisme républicain, Démocratie castoriadique et Perte de Sens dans la Postmodernité » (en grec), in G. Iconomou (dir.), *Études sur Cornelius Castoriadis. La Naissance de la démocratie et la crise actuelle* (en grec), Eyrassia, Athènes, 2011, p. 161 s., not. p. 164.

¹⁶⁷ À titre indicatif, il est à noter qu'en Grèce, depuis leur lancement en 1989, les chaînes télévisées privées n'ont été munies des autorisations requises par la loi qu'en 2018. Elles fonctionnaient pourtant régulièrement, en vertu de diverses dispositions législatives transitoires, bien que le Conseil d'État grec ait qualifié ce fonctionnement d'arbitraire. Voir les arrêts de l'Assemblée du Conseil d'État grec n° 3578/2010 et 95/2017.

¹⁶⁸ Voir *supra*, n° 42 s..

V. EN PERSPECTIVE

60. La liquidation néo-féodale du droit constitutionnel provoque un désamour pour la démocratie et l'État de droit, mais, avant tout, bouleverse la sécurité juridique, qui « n'était pas seulement le fruit de l'adaptation du droit aux exigences du capitalisme naissant, mais constituait la conséquence la plus remarquable du passage à la modernité »¹⁶⁹. Cette liquidation préserve l'imprévisibilité qui fait la force et le bonheur des spéculateurs pariant sur l'évolution instable des marchés. En même temps, ladite liquidation constitue un problème existentiel pour le droit constitutionnel. Le constitutionnalisme néo-féodal donne à voir la fin du constitutionnalisme moderne ? Est-ce que le moment s'approche où le droit constitutionnel de la modernité va se dissoudre dans le tumulte provoqué par l'« anarchie néo-féodale » de son interprétation et de son application ?
61. Certes, on devrait sans doute répondre par la négative à cette dernière question, étant donné son faux point de départ. Contrairement à ce qui se passe avec un morceau de sucre, lorsqu'il est glissé dans une tasse de café chaud, le droit se transforme à peine en une substance entièrement dissoute¹⁷⁰. Même si un texte constitutionnel d'une autre époque a perdu de sa crédibilité d'autrefois et prend la poussière sur une étagère de bibliothèque, les institutions et les standards constitutionnels, les interprétations ou les simples motifs créés dans le contexte de ce texte ci-dessus du temps de sa validité peuvent survivre intégrés à travers d'institutions constitutionnelles ultérieures. Cela vaut *a fortiori* pour le constitutionnalisme au sens large, qui fonctionne comme un palimpseste, car la nouvelle réalité constitutionnelle est toujours construite sur les souvenirs vivants des réalités plus anciennes et, généralement, à partir des matériaux des plus récentes d'entre elles. À cet égard, le constitutionnalisme néo-féodal, qui succède au constitutionnalisme moderne, se développe, aujourd'hui en Europe, sur les mémoires vivantes du féodalisme médiéval et avec les matériaux du constitutionnalisme moderne.
62. Or, la réponse à la première question, celle de savoir si la fin du constitutionnalisme moderne est proche, est plus difficile, étant donné que, comme pour le développement imbriqué des phénomènes historiques, le constitutionnalisme néo-féodal peut bien se développer indépendamment du destin du constitutionnalisme moderne. Ce dernier est, en général, déréglementé et en déclin. Cependant, sa fin n'advient définitivement que lorsqu'une foi collective sera formée en ce sens. La résilience de l'État-nation et de ses dérivés supra-étatiques, ainsi que l'effort évolutif pour une réglementation publique des centres de pouvoir privés qui sont arrivés même à revendiquer le pouvoir constituant, étayent le constat que le jeu de la réorganisation de la souveraineté reste toujours ouvert, c'est-à-dire qu'une foi collective n'a pas encore été définitivement formée dans un sens ou dans un autre. Mais la concurrence féroce qui fait rage entre les pouvoirs publics désorganisés quoique toujours résilients et la performativité toujours croissante des centres de pouvoir privés confirme que la fin définitive du

¹⁶⁹ Bl. M. Luciani, « Le néoconstitutionnalisme et le néolibéralisme à l'épreuve de la critique », Préface in C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., p. VII s., n° 1.

¹⁷⁰ F. Ost et M. Van de Kerchove ont posé une question inspirée « que Wittgenstein aurait pu emprunter à Proust : à partir de quel moment un morceau de sucre qui se dilue dans un café bouillant cesse-t-il d'être 'un morceau de sucre' ? ». Voir F. Ost – M. Van de Kerchove, « Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », in L. Boy – J.- B. Racine – J. J. Sueur (sld), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 13 s..

constitutionnalisme moderne – même si elle n’est pas tout à fait imminente – est fort probable. C’est le grand enjeu, l’inquiétude politologique de notre temps.

63. En Europe, cette inquiétude s’est accrue après l’invasion de la Russie en Ukraine, qui semble confirmer – voire sceller – la transition de l’Europe vers un constitutionnalisme néo-féodal. Cette conclusion n’est pas seulement guidée par le fait qu’un motif caractéristique de l’histoire politique et sociale de l’époque médiévale, la guerre conventionnelle, fait un retour assourdissant dans l’espace européen. Elle est principalement basée sur le fait que la guerre en Ukraine confronte, de manière dramatique, l’Union européenne aux limites et aux contradictions de sa déréglementation constitutionnelle, en mettant en exergue avec énergie presque tous les standards ou motifs du féodalisme médiéval ressuscités de nos jours. Tout d’abord, la guerre en question renforce sans doute la résurgence de la concurrence politique inconditionnelle, en mettant en évidence la nature indéfinie de la logique de la souveraineté partagée. De plus, l’implication cruciale de puissants centres de pouvoir privés et de leurs plateformes numériques dans la guerre ci-dessus intensifie davantage l’escalade de la privatisation des standards constitutionnels. En outre, la guerre en question consolide l’état d’urgence permanent déjà constaté, en augmentant la liquidation du droit. Celle-ci avait déjà été favorisée depuis l’époque des conflits de guerre en Yougoslavie et en Irak par la réémergence du dogme prémoderne de « guerre juste ».
64. L’intensification de l’inquiétude créée par la liquidation néo-féodal du droit constitutionnel en Europe est intimement liée au trilemme auquel celle-ci se trouve enfermée depuis longtemps entre les trois objectifs suivants : la constitutionnalisation du droit européen, la survivance des ordres constitutionnels nationaux et la sauvegarde de la démocratie, cette dernière prise dans le sens optimum de la coexistence de la démocratie politique et de la démocratie sociale. Promouvoir une constitutionnalisation parfaite du droit européen tout en respectant la démocratie, c’est-à-dire créer un État européen fédéral, présuppose la disparition de la souveraineté des États membres. Défendre la souveraineté étatique et la démocratie ne permet pas la constitutionnalisation parfaite de l’Europe. Défendre la souveraineté étatique et l’intégration européenne met en cause la démocratie. Il s’agit d’un piège qui peut sans doute favoriser la diffusion de la responsabilité politique des gouvernants des États membres, la promotion des projets néolibéraux dominants et les agissements quasiment incontrôlés des spéculateurs financiers hyperpuissants. Or, il condamne les citoyens de l’Union à vivre dans l’insécurité des crises successives gérées par un réseau de règles fondamentales de fonctionnalité réduite¹⁷¹.
65. Dans ce contexte, aussi nécessaire qu’il puisse paraître, l’effort pour épuiser toutes les marges possibles de promotion d’une symbiose durable de la démocratie politique et de la démocratie sociale, peut, outre être particulièrement difficile, s’avérer aussi insuffisant, s’il reste totalement piégé dans l’acquis institutionnel du constitutionnalisme moderne. D’ailleurs, sans sous-estimer sa fonction émancipatrice en termes de consolidation des principes des Lumières du XVIIIe siècle sur lesquels se fonde le constitutionnalisme moderne, il ne faut pas perdre de vue que ce constitutionnalisme a fourni un arsenal institutionnel de gestion du pouvoir qui n’a su garder intactes ses propres caractéristiques démocratiques et libérales, car il n’a su mettre en place de façon viable le partenariat entre l’État de droit libéral et l’État de droit social, ni empêché

¹⁷¹ Voir C. Yannakopoulos, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n° 173 s.

les conflits entre États. Par ailleurs, de nos jours, compte tenu de la performativité toujours plus forte des centres de pouvoir privés et de la mutation anthropologique du sujet des droits constitutionnels provoquée par la mutation numérique de la société, les instruments de cet arsenal institutionnel, bien que pratiquement incontournables à court terme, semblent plutôt dépassés à long terme. Cela étant, même si quelques instruments emblématiques du constitutionnalisme moderne (théorie du pouvoir constituant, séparation des pouvoirs, constitution) valent la peine d'être défendus, il conviendrait sans doute de le faire en mettant en œuvre le dicton de Tancredi Falconeri dans « Le Guépard » de Tomasi di Lampedusa : « Si nous voulons que tout reste pareil, il faut que nous changions tout ». Et, avant tout, il conviendrait de rechercher à réinventer le constitutionnalisme à partir d'un nouveau mouvement de Lumières qui visera et proposera les moyens appropriés pour établir un humanisme contemporain, voire un humanisme numérique.