

Un Etat devant la faillite : entre droit et non-droit*

Constantin Yannakopoulos

Professeur (3e échelon) à la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes
Ancien référendaire à la Cour de justice des communautés européennes

PLAN

Introduction

I. LE RETRAIT DU DROIT

A. Le non-droit de la faillite souveraine

- a) L'amollissement normatif du droit
- b) La consolidation normative des notations financières

B. La faillite du droit

- a) L'instrumentalisation du droit
- b) L'insolvabilité de la fundamentalité du droit

II. LA MONTEE DU DROIT

A. Le droit de la faillite souveraine

- a) L'encadrement juridique de la crise souveraine
- b) L'encadrement juridique des notations financières

B. La transformation du droit

- a) Le flexible Etat de droit
- b) Le spectre du *darwinisme normatif*

Conclusions

* Intervention au colloque «La fin du droit ?» organisé par le Centre de recherche Versailles Saint-Quentin Institutions Politiques, le jeudi 5 et le vendredi 6 décembre 2013, à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Versailles Saint-Quentin. **Texte de travail.**

Introduction

D'après un dogme bien connu, l'Etat ne peut pas faire faillite. Or, l'histoire des prêts et des défaillances de différents Etats (p. ex. Russie 1917, 1998, Mexique 1827, 1982, Argentine 2001), offre une toute autre image¹. Un Etat devant la faillite fait face à une crise souveraine qui ne se résume pas seulement au constat avéré du non-paiement de sa dette. De nos jours, la logique spéculative qui prévaut dans les marchés des dettes souveraines crée une crise de confiance sur la solvabilité des Etats en difficulté, née du sentiment d'un éventuel risque de défaut de paiement. Et, comme il est apparu de façon paradigmatique dans le cas de la Grèce depuis 2010², une telle crise de confiance est susceptible d'engendrer des conséquences tout aussi redoutables qu'un défaut de paiement pur et simple. Ce sont des conséquences financières, politiques et sociales, qui peuvent déstabiliser non seulement l'Etat concerné, mais aussi le système bancaire et financier mondial.

Le cyclone de la crise de dette souveraine déstabilise également les différents ordres juridiques concernés³, ce qui a été confirmé dans le cadre de la crise actuelle qui secoue la zone euro. Au niveau des Etats débiteurs, les jugements sur l'inconstitutionnalité des mesures prises pour juguler la crise financière, prononcés plus souvent par la doctrine que par les juges compétents⁴, restent indolores, facilement contournés par la série de mesures équivalentes imposées par les créanciers. Au niveau mondial, personne ne conteste l'impuissance actuelle du droit international public de réglementer les marchés et de saisir les faillites souveraines. Quant au niveau de l'Union européenne, l'interprétation créative du droit primaire adoptée dans le fameux arrêt *Pringle*⁵ de la Cour de justice n'a pas su faire oublier la

¹ Voir M. Audit (sld), *Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, LGDJ 2011, J.-B. Auby, *La dette et le souverain*, *Droit Administratif* n° 1, Janvier 2011, repère 1, Ch. Goethals, *La faillite des États ?*, 23.9.2011, http://www.risp.be/crisp/wp-content/uploads/analyses/2011-09-23_CG- La_faillite_des_Etats.pdf, U. Panizza / F. Sturzenegger / J. Zettelmeyer, *The Economics and Law of Sovereign Debt and Default*, *Journal of Economic Literature* 2009, p. 651 s., Rosa Ehrenreich Brooks, *Failed States, or the State as Failure?*, 72 *U. Chi. L. Rev.* 1159-1196 (2005), H. S. Scott, *A Bankruptcy Procedure for Sovereign Debtors?*, *Harvard Law School Public Law, Research Paper* n° 53, 2003, p. 28 s., K. Rogoff / J. Zettelmeyer, *Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976-2011*, *IMF Staff papers*, Vol. 49, n° 3, 2002.

² Voir F. Martucci, *Le défaut souverain en droit de l'Union européenne – Les instruments de droit de l'Union européenne pour remédier à l'insolvabilité des Etats*, in M. Audit (sld), *Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, op. cit., p. 233 s., not. p. 248 s..

³ Voir X. Contiades (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Ed. Ashgate 2013.

⁴ Voir, à titre indicatif, les arrêts du 21.12.2009 (aff. 2009-43-01) de la Cour constitutionnelle de Lettonie, n° 223/2012 de la Cour constitutionnelle d'Italie, n° 559/2012 du Tribunal de paix d'Athènes, n° 1972/2012 et 3354/2013 du Conseil d'Etat de Grèce, n° 353/2012 et 187/2013 du Tribunal constitutionnel du Portugal et n° 116/2013 de la Cour de cassation d'Italie. A cet égard, voir aussi C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle de la constitutionnalité des lois (en grec)*, Ed. Sakkoula, Athènes – Thessalonique 2013, n° 442.

⁵ CEE, 27.11.2012, C-370/12. Voir D. Thym / M. Wendel, *Préserver le respect du droit dans la crise : la Cour de justice, le MES et le mythe du déclin de la communauté de droit*, *Cahiers de droit européen* 3-2012, p. 733 s., Th. Antoniou, *La crise de l'Union monétaire auprès de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Réflexions autour de l'arrêt Pringle du 27.11.2012 de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'arrêt de sursis de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 12.9.2012 (en grec)*, *Droit de l'Homme (revue juridique grecque)* n° 58/2013, p. 455 s..

conviction majoritaire, franchement exprimée par Ch. Lagarde en décembre 2010⁶ : pour sauver la zone euro «*nous avons enfreint toutes les règles*»⁷.

Est-ce qu'il faudrait finalement admettre que la crise de l'endettement souverain entraîne la fin du droit? Pour essayer d'y voir clair, il convient de rappeler certaines remarques pertinentes que Jean Carbonnier a faites dans son fameux article «L'hypothèse du non-droit»⁸. *Primo*, il faut admettre que la violation d'une règle juridique appartient au droit, pour ne pas dire qu'une règle ne s'affirme jamais mieux comme juridique que lorsqu'elle est violée⁹. *Secundo*, quand nous parlons de non-droit, il est loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la *pression juridique*¹⁰. *Tertio*, l'essentiel, dans l'hypothèse du non-droit, c'est le mouvement de passage du droit au non-droit, l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper. Les phénomènes de non-droit sont les mécanismes par lesquels le droit se retire¹¹.

Au vu de ces remarques, il paraît évident qu'en mettant en doute la souveraineté étatique la crise de dette souveraine abaisse considérablement la pression du droit émanant de l'Etat débiteur.

Or, ce retrait du droit national n'est pas une conséquence de la seule crise. Un retrait significatif dudit droit peut précéder et –dans une certaine mesure– reproduire la crise de dette souveraine. Il en va ainsi avec la crise touchant des Etats membres de la zone euro, car, avant son déclenchement, leurs droits nationaux s'étaient pliés devant la primauté du droit de l'Union européenne, qui est allé jusqu'à dissoudre le pouvoir monétaire des autorités nationales.

Par ailleurs, la crise de dette souveraine n'entraîne pas le retrait du seul droit national. Dans le cadre de la globalisation des marchés, le risque systémique d'une faillite souveraine peut entraîner un abaissement considérable de la pression tant du droit international que du droit de l'Union européenne. Tous les deux privés d'une identité constitutionnelle apte à combler la lacune créée par la déréglementation constitutionnelle des Etats –du moins, des Etats débiteurs–, ni l'un ni l'autre n'arrivent à «domestiquer la jungle» de la finance globalisée, qui se laisse plus facilement gouvernée par les agences de notation financière.

Il est néanmoins évident que le retrait du droit n'est pas irréversible et que le mouvement de passage du droit au non-droit est de principe suivi d'un mouvement inverse, qui va du non-droit au droit. De la sorte, la gestion principalement intergouvernementale de la crise au sein de la zone euro montre que, même dans l'ère post westphalienne, les Etats –du moins les Etats créanciers– restent auteurs

⁶ Wall Street Journal, 17.12.2010.

⁷ Cf. F. Martucci, Le défaut souverain en droit de l'Union européenne..., op.cit., p. 257, C. Yannakopoulos, Entre ordre juridique national et ordre juridique de l'Union européenne : le 'Mémorandum' en tant que reproduction de la crise de l'Etat de droit, www.constitutionalism.gr, 24.01.2011.

⁸ Voir J. Carbonnier, L'hypothèse du non-droit, in Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ 2001, p. 25 s..

⁹ Voir J. Carbonnier, L'hypothèse du non-droit, op.cit., pp. 31-32.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Voir J. Carbonnier, L'hypothèse du non-droit, op.cit., p. 37.

principaux du droit. D'ailleurs, le droit national est de retour même dans les Etats débiteurs, un flux de règles juridiques ayant mis en place les mesures prescrites par la conditionnalité politique des programmes de sauvetage financier. Qui plus est, tandis qu'en droit international public on attend toujours de nouveautés spectaculaires qui apporteraient de solutions, les différents mécanismes inventés ces dernières années pour défendre l'euro ont encore donné à l'ordre juridique de l'Union européenne les allures d'un laboratoire mondial en matière de fabrication des instruments juridiques afin de remédier à l'insolvabilité des Etats.

A cet égard, on pourrait dire que, dans le cadre de la crise de dette souveraine, on flirte avec la fin du droit mais on n'en finit pas avec lui. On oscille entre droit et non-droit. En tant qu'état d'exception, le cyclone de cette crise provoque, de manière brutale, aussi bien le retrait que la montée du droit, à savoir une sorte de marée juridique. Il s'agit d'une marée récurrente, dans la mesure où la crise de confiance sur la solvabilité d'un Etat peut durer longtemps, et vaste, dans la mesure où la même crise peut toucher un nombre important d'Etats ou même toute la communauté mondiale.

Dans le cadre de cette marée juridique, on ne peut pas passer outre les changements que le droit apporte lors de son retour, voire les transformations du droit lui-même qui sont consolidées par le biais de son mouvement alternatif. Ainsi, tant dans l'ordre juridique de l'Union européenne que dans les ordres juridiques de ses Etats membres en proie à une crise souveraine, on fait état d'une réduction dramatique des garanties aussi bien de l'Etat providence que de l'Etat de droit. Le régime politique ne semble pas non plus être à l'abri de ces évolutions. En Grèce, exemple paradigmatique autant qu'extrême, on évoque même la démocratie de Weimar après l'entrée à l'assemblée nationale du parti néonazi. En effet, il paraît que de l'hypothèse de la fin du droit on passe à l'hypothèse de son évolution.

L'objectif de mon intervention est de montrer que derrière la marée juridique provoquée par la crise de dette souveraine se profile le spectre d'un *darwinisme normatif* qui préconise non pas la fin du droit mais la fin de certaines règles ou institutions juridiques, considérées comme incapables de s'adapter à l'évolution de l'économie mondiale. Au fond, il s'agit de l'emprise des acceptations économiques dominantes sur une conception évolutive du droit naturel qui fait, dès nos jours, son apparition à travers l'idée du droit global.

J'ai choisi de structurer mon analyse en deux parties, qui correspondent aux deux phases du phénomène de la marée juridique. Dans la première partie, consacrée au retrait du droit, je vais présenter comment l'incapacité du droit de saisir la faillite souveraine débouche sur la faillite du droit lui-même. Dans la deuxième partie, qui concerne la montée du droit, je vais essayer de montrer que les efforts d'un encadrement juridique de la crise souveraine engendrent une mutation du droit, qui met en question les acquis les plus significatifs du constitutionnalisme moderne.

I. LE RETRAIT DU DROIT

Incapable de saisir la crise de dette souveraine, le droit se retire et cela n'est pas sans conséquence sur son propre statut. A cause de sa défaillance normative, le droit est

conurrencé, voire dépassé, par d'autres normes non juridiques. De la sorte, du non-droit de la faillite souveraine (A) on passe à la faillite du droit lui-même (B).

A. Le non-droit de la faillite souveraine

Comme le secteur financier en général¹², la faillite souveraine semble s'évoluer dans une zone de non-droit où l'amollissement normatif des règles du droit (a) est suivi par la consolidation normative des notations financières (b).

a) L'amollissement normatif du droit

Contrairement aux droits nationaux en matière de faillite d'entreprises ou de surendettement des particuliers, il n'existe pas de corpus juridique établi en matière d'insolvabilité des Etats¹³.

Au niveau national, nonobstant l'existence (p.ex. aux Etats Unis¹⁴) ou non des règles juridiques en la matière, il faut reconnaître le caractère essentiellement politique de la décision d'un Etat de faire défaut, de refuser sa dette ou de continuer de la servir. Cette décision est appréciée en termes plutôt de légitimité que de licéité¹⁵, car la souveraineté se heurte à la réalité financière et politique. Toute marge de réduction des dépenses, de sur-taxation, de confiscation des actifs des ménages et de monétisation des dettes n'est pas conditionnée que par la seule volonté du soi-disant souverain. Elle dépend de la tractation de celui-ci avec les citoyens-contribuables et surtout de l'environnement international dans lequel il agit. Un Etat qui, tout en ayant besoin de liquidité, n'honore pas ses dettes, trouvera les portes des marchés fermées.

Au niveau européen, l'Union économique et monétaire a été fondée sur la croyance que le risque d'insolvabilité pourrait être évité grâce au respect par chaque Etat membre des règles de discipline budgétaire. Selon ces règles, un Etat membre se présenterait sur les marchés aux seules conditions négociées avec les opérateurs de ces marchés, ni la Communauté ni les autres Etats membres n'étant garants de ses dettes (*no bail-out*). Or, après 2008, il est devenu évident, du moins pour les Etats membres de la zone euro, que ces règles de discipline budgétaire étaient loin d'être suffisantes¹⁶.

Au niveau international, tant que l'on reste à une échelle purement interétatique, c'est-à-dire lorsque la dette souveraine est contractée auprès d'un autre Etat, il y a des instruments qui présentent une certaine effectivité sans pour autant offrir toujours des réponses précises et définitives: l'interdiction en principe des actions unilatérales

¹² Voir S. Hamdouni, La crise financière et l'état du droit. Quelles évolutions au regard du dispositif des sommets du groupe des vingt pays industrialisés et émergents, le G20 ?, *Études internationales*, vol. 41, n° 2, 2010, p. 205 s., not. p. 207.

¹³ Voir M. Waibel, La faillite souveraine en droit – Un Etat peut-il faire faillite ?, in M. Audit (sld), *Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, op. cit., p. 41 s., not. p. 61.

¹⁴ Cf. M. C. Dorf / Neil H. Buchanan, How to Choose the Least Unconstitutional Option: Lessons for the President (and others) from the Debt Ceiling Standoff, Cornell Law School research paper No. 13-73, <http://ssrn.com/abstract=2239911>.

¹⁵ Voir M. Audit, La dette souveraine – La dette souveraine appelle-t-elle un statut juridique particulier ?, in M. Audit (sld), *Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, op. cit., p. 67 s., not. p. 81 s..

¹⁶ Voir F. Martucci, Le défaut souverain en droit de l'Union européenne..., op.cit., pp. 234 et 238 s..

contre ou par l'Etat endetté, les clauses et circonstances exonératoires, l'assistance monétaire et financière par le Fonds Monétaire International (FMI), la Banque Mondiale ou des banques régionales de développement, ainsi que le rééchelonnement de la dette par le Club de Paris¹⁷. Toutefois, le plus souvent la dette souveraine est contractuellement privatisée et atomisée à une myriade de contras et des créanciers arrimés à des ordres juridiques nationaux différents et ainsi soumis à des lois différentes, tant en raison de leurs nationalités diverses qu'à raison de la pluralité d'intervenants impliqués dans toute opération de crédit international¹⁸. C'est pour cette raison que le processus de gestion de la dette souveraine dépasse la sphère du droit international public et demeure fragmenté : l'obtention de résultats dépend en réalité essentiellement de négociations *ad hoc* engagées entre l'Etat débiteur et ses créanciers, de l'impact du FMI sur celles-ci ainsi que de la position des gouvernements dont sont ressortissants ces mêmes créanciers¹⁹.

Il en résulte que le droit et ses auteurs traditionnels ne peuvent pas accomplir leur mission d'encadrement de la dette souveraine dans un contexte globalisé. Comme dans le cadre plus général du secteur financier, leur échec est du à une série de raisons: à la dilution du droit dans une pluralité de modes d'encadrement, au glissement de la réglementation à la régulation et à l'imbroglie des institutions nationales, internationales et infranationales d'encadrement²⁰.

b) La consolidation normative des notations financières

Dans l'horreur du vide créé par le démantèlement du système juridique, les agences de notation financière ont accaparé la fonction de régulation de l'allocation globale du crédit²¹. Si ces agences ne jouissaient, à l'origine, d'aucun pouvoir formel de régulation à l'égard des marchés, elles exerçaient pourtant d'ores et déjà une influence réelle sur les emprunteurs, publics ou privés, qui ont besoin qu'elles leur délivrent une bonne *note* pour avoir une bonne réputation et pouvoir se financer de manière abordable sur les marchés. Le rôle de ces agences s'est trouvé graduellement amplifié par la désintermédiation bancaire, par le besoin constant des investisseurs d'un guide pour s'orienter dans la galaxie financière, par l'intégration des notations de crédit dans les réglementations prudentielles des Etats, ainsi que par le processus d'institutionnalisation desdites agences par le biais de leur responsabilisation et leur mise sous pression par des mesures de contrôle²².

Ceci étant, en dépit des critiques répétées de leurs *ratings*, les agences de notation financière sont devenues incontournables. Leurs notes ont dès lors changé de nature pour devenir non plus seulement un moyen d'évaluation de la solvabilité, mais

¹⁷ Voir M. Forteau, Le défaut souverain en droit international public – Les instruments de droit international pour remédier à l'insolvabilité des Etats, in M. Audit (sld), *Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, op. cit., p. 209 s., not. p. 216 s.

¹⁸ Voir M. Forteau, *Le défaut souverain en droit international public...*, op. cit. p. 214.

¹⁹ Voir M. Waibel, *La faillite souveraine en droit...*, op. cit., p. 61.

²⁰ Voir S. Hamdouni, *La crise financière et l'état du droit...*, op. cit..

²¹ Voir B. Frydman, Le pouvoir normatif des agences de notation, in *Les agences de notation financière. Entre marchés et Etats* (ouvrage collectif), Ed. Larcier, 2013, p. 185 s., not. p. 176.

²² Voir B. Frydman, Le pouvoir normatif des agences de notation, op. cit., p. 182, G. Lewkowicz, *Les agences de notation financière contre les Etats : une lutte globale pour le droit à l'issue incertaine*, in *Les agences de notation financière. Entre marchés et Etats* (ouvrage collectif), op. cit., p. 185 s., not. p. 186.

également la mesure du respect d'une norme globale de comportement influençant la conduite des entreprises, de l'industrie financière, mais également des Etats²³. En mesurant la capacité et la volonté des ces derniers d'assurer le service de leur dette, les agences de notation financière évaluent la qualité des activités, des institutions publiques et des systèmes juridiques des Etats, en leur attribuant un score politique²⁴. Par ailleurs, de la motivation de leurs notes résulte clairement que ces agences préconisent une certaine politique ultralibérale, visant à la réduction des déficits publics par la diminution du nombre des fonctionnaires et des dépenses de services publics, les privatisations massives et la modération salariale. Il s'agit d'une politique qui, présente aussi dans la conditionnalité des programmes de prêts établis par le FMI, revendique le statut d'un véritable standard global²⁵.

Cette montée en puissance des agences de notation financière se révèle ainsi être, en même temps, un processus de consolidation normative des déterminations de la notation²⁶. Comme l'amplification du rôle de ces déterminations ne découle pas d'un plan organisé, coordonné et décidé dans le cadre d'une hiérarchie prédéfinie, il convient mieux de parler de l'émergence de normes de formes différentes des règles juridiques classiques, notamment de type technique et managérial²⁷. Le pouvoir que ces normes exercent ne repose pas sur la force de la contrainte, mais sur l'autorité, au sens de la valeur que l'on reconnaît à leur contenu ou à leur auteur²⁸. *In fine*, tout semble émaner du credo que par le biais de ses interprétateurs privilégiés que constituent les agences de notation financière le marché décrète la vérité. Cette théologie du marché attribue à la réalité une force normative et met le droit en faillite.

B. La faillite du droit

A l'égard de la crise de dette souveraine, il serait illusoire d'essayer de dissimuler la faillite du droit, en optant pour une nouvelle définition de celui-ci englobant d'autres normes de comportement contraignant. Il y a en effet faillite du droit, qui consiste en l'instrumentalisation de celui-ci (a), dans le cadre de laquelle les deux objectifs qui lui sont traditionnellement assignés, la justice et la sécurité, sont délaissés et remplacés par les objectifs de l'idéologie économique dominante. Or, il s'agit plutôt d'une faillite sélective, qui touche principalement la fundamentalité du droit (b).

a) L'instrumentalisation du droit

On a déjà signalé la faillite du droit financier, en évoquant son instrumentalisation par les théories économiques dominantes, à savoir les théories de l'efficacité et de l'autorégulation des marchés, prônées par la doctrine néoclassique de l'école de Chicago²⁹.

²³ Voir G. Lewkowicz, Les agences de notation financière contre les Etats..., op. cit., p. 186.

²⁴ Voir G. Lewkowicz, Les agences de notation financière contre les Etats..., op. cit., pp. 196-197.

²⁵ Voir G. Lewkowicz, Les agences de notation financière contre les Etats..., op. cit., pp. 178-179.

²⁶ Voir G. Lewkowicz, Les agences de notation financière contre les Etats..., op. cit., p. 186.

²⁷ Voir B. Frydman, Le pouvoir normatif des agences de notation, op. cit., p. 174.

²⁸ Voir B. Frydman, Le pouvoir normatif des agences de notation, op. cit., p. 179.

²⁹ Voir E. Petit, Crise financière et faillite du droit, Université Paris II Panthéon-Assas, Master II Professionnel Juriste d'affaires – DJCE, http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/03/2010_05_20_Crise%20financi%C3%A8re%20et%20faillite%20du%20Droit_EPetit.pdf, not. p. 14 s..

Il en va *a fortiori* de même pour la faillite du droit à propos de la crise de dette souveraine, laquelle, en tant qu'état d'exception, multiplie la pression exercée sur les règles juridiques. Impuissantes à maîtriser le marché dans le but d'assurer la justice et la sécurité, ces règles se voient assigner une nouvelle fonction: contraindre l'Etat insolvable à produire la situation de fait économique exigée par la volonté des marchés³⁰, telle que cette volonté est traduite par les agences de notation financière et les programmes qui conditionnent les mécanismes de soutien financier de l'Etat. Dans cet esprit, on fait tout pour attirer de l'argent. A titre d'exemple, en Grèce, on a prévu la délivrance d'autorisation de résidence aux investisseurs étrangers³¹ et d'autorisations tacites en faveur des investisseurs stratégiques³². Qui plus est, la «troïka» a incité le législateur grec à continuer la politique d'augmentation des recettes publiques par le biais de la légalisation des constructions arbitraires³³, bien que le Conseil d'Etat de Grèce ait jugé cette politique incompatible avec les dispositions de la Constitution nationale garantissant la protection de l'environnement (art. 24), l'égalité devant la loi (art. 4) et la dignité humaine (art. 2)³⁴.

Dans le même esprit, le contenu même de la règle juridique échappe aux organes normalement compétents, qui sont appelés à simplement entériner les décisions prises lors des négociations faites entre les représentants de l'Etat débiteur, des ses créanciers et des multiples entités internationales et infranationales qui jouent le rôle de l'intermédiaire. Un exemple caractéristique de cette externalisation de l'édiction des règles régissant la crise de dette souveraine offrent les négociations qui se sont déroulées, en 2011-2012, entre des banques, des gouvernements nationaux, l'Union européenne, la Banque Centrale Européenne (BCE), l'Institut de la Finance Internationale et le FMI, pour la réduction de la valeur des créances de la Grèce (*PSI*).

b) L'insolvabilité de la fundamentalité du droit

La faillite du droit à propos de la crise de dette souveraine ne signifie pas que le droit disparaît. Au contraire, on essaie de juguler la crise par une abondante production de règles juridiques (fiscales, pénales etc.). La faillite consiste plutôt dans le fait que la situation économique surdétermine les règles juridiques fondamentales, en revendiquant la place de la Norme Fondamentale au sens kelsénien.

Plus précisément, au niveau des Etats débiteurs, la surdétermination de l'ordre juridique national par la nécessité de servir la dette souveraine selon les prescriptions des marchés provoque la déchéance des fonctions essentielles des règles constitutionnelles. Sur le plan formel, la déchéance se manifeste par des limitations imposées au pluralisme politique, conséquence d'un discours économique qui s'instaure comme l'unique voie possible. Ces limitations empêchent que la Constitution accomplisse sa fonction centrale, celle de canaliser les conflits sociaux et les politiques fondamentaux, en imposant des conditions objectives préalables au processus démocratique menant à leur tour à la négation du conflit. Sur le plan matériel, tout conduit à la restriction systématique des droits constitutionnels,

³⁰ Voir F. Martucci, Le défaut souverain en droit de l'Union européenne..., op.cit., p. 236.

³¹ Voir l'art. 6 de la loi n° 4146/2013.

³² Voir l'art. 22 de la loi n° 3894/2010 abrogé par l'art. 1 de la loi n° 4146/2013.

³³ Voir C. Yannakopoulos, La mutation du sujet des droits constitutionnels (en grec), Journal de droit administratif (revue juridique grecque) 2/2012, p. 146 s., not. p. 147.

³⁴ Voir l'arrêt 3500/2009 (Ass.).

notamment des droits sociaux³⁵. Ceci étant, il n'est pas surprenant que les analystes de *JP Morgan's Europe Economic Research* sont arrivés même à suggérer la révision des constitutions des pays de la périphérie européenne, lesquelles, d'après eux, sont trop socialistes pour pouvoir faire face à la crise³⁶.

De même, l'insolvabilité de la fondamentalité du droit concerne également et surtout le droit de l'Union européenne, étant donné que celui-ci prime sur les constitutions nationales des Etats membres³⁷ sans pour autant que les décisions du Conseil européen adoptées sur la base des articles 126, § 9, et 136 TFUE et mises en œuvre par les gouvernements des Etats membres débiteurs fassent systématiquement l'objet d'un contrôle en temps utile de leur compatibilité avec le droit primaire de l'Union. Tout contrôle de constitutionnalité des mesures législatives votées en vue du redressement économique et financier des Etats membres en difficulté reste ainsi superflu et, en tous cas, essentiellement borné dans les étroites marges laissées aux autorités nationales par les décisions susmentionnées du Conseil européen, qui semble être devenu «*un parangon d'autocratie post-démocratique*»³⁸. A cet égard, il convient de citer les cas du Conseil d'Etat grec³⁹ et du Tribunal constitutionnel du Portugal⁴⁰, qui, pour ne pas mettre en danger le mécanisme européen de sauvetage de l'économie nationale, n'ont pas posé à la Cour de justice des questions préjudicielles sur l'unionité des mesures d'austérité imposées dans le cadre de ce mécanisme. Or, aussi longtemps qu'à la suite du recul de la Constitution nationale à l'égard de la primauté du droit de l'Union le juge national passe outre son rôle de juge de droit commun dudit droit et se contente d'un contrôle indolore de constitutionnalité des mesures prises pour juguler la crise financière, n'est suffisamment garantie ni la rigidité de la Constitution nationale ni celle du droit primaire de l'Union. En revanche, se propage une déréglementation constitutionnelle qui touche non seulement l'ordre juridique national mais aussi l'ordre juridique de l'Union⁴¹.

En effet, cette déréglementation tient au fait que les règles et décisions adoptées par le pouvoir politique ne sont plus légitimées par le droit, qui normalement ne s'identifie pas aux règles posées par les organes étatiques mais comprend une valeur ajoutée dont la source se trouve dans la constitutionnalité de l'ordre juridique⁴². Lors de la crise de dette souveraine, qui évoque les conditions de la théologie politique de Carl

³⁵ Sur tous ces points, voir F. Balaguer Callejón, *Crise économique et crise constitutionnelle en Europe, Constitutions 2013*, p. 133 s.. Voir aussi K. Chryssogonos, *Le contournement de la Constitution à l'ère des Memoranda* (en grec), Ed. A. A. Livani, Athènes 2013.

³⁶ The Euro area adjustment: about halfway there, 28.3.2013, <http://fr.slideshare.net/zappullagaetano/jpm-theeuroareaadjustmentabout halfwaythere>. Voir aussi Ch. Anthopoulos, *Les recommandations constitutionnelles de JP Morgan* (en grec), *La Nation* (journal grecque), 7.8.2013.

³⁷ Sur les différentes nuances de cette primauté, voir C. Yannakopoulos, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrôle de la constitutionnalité des lois* (en grec), op. cit..

³⁸ Voir J. Habernas, *La constitution de l'Europe*, Gallimard, 2012, p. 14.

³⁹ Voir l'arrêt n° 668/2012 (Ass.).

⁴⁰ Voir les arrêts n° 353/2012 et 187/2013.

⁴¹ Voir C. Yannakopoulos, *Le juge national, le droit de l'Union européenne et la crise financière* (Symvoulia tis Epikrateias [Conseil d'Etat de Grèce], 4 novembre 2011, n° 3470/2011[Ass.] et 20 février 2012, n° 668/2012 [Ass.]), in E. Saulnier-Cassia (sld), *Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne*, RTDeur 1/2013, p. 147 s., not. p. 147 s..

⁴² Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 14.2.1973, BVerGE 34, 269, σ. 304.

Schmitt, l'activité du pouvoir politique est auto-légitimée⁴³. Dans le premier semestre de 2010, l'activité des organes de l'Union européenne et des représentants des Etats membres de la zone euro, qui visait à faire face à la crise grecque et sauver l'euro à tout prix, en est paradigmatique. Cette activité était auto-légitimée, en passant outre la clause de non-renflouement. Cette mise à l'écart du droit primaire de l'Union a duré jusqu'à ce que la Cour de justice ait procédé, dans son arrêt *Pringle* précité, à une interprétation créative du Traité conformément aux solutions politiques déjà adoptées, en offrant auxdites solutions une légitimité juridique *ex post* et signant ainsi le retour du droit⁴⁴.

II. LA MONTEE DU DROIT

Le droit est mort, vive le droit! Bien que devant le cyclone de la crise de dette souveraine le droit se retire, dans un deuxième temps le droit revient et essaie de saisir la faillite souveraine (A). Or, il paraît que ce n'est plus le même droit. C'est un droit sans doute transformé (B).

A. Le droit de la faillite souveraine

Devant sa faillite, le droit dépassé par les marchés contre-attaque. D'ailleurs, faute d'entité alternative capable de les remplacer, les Etats résistent; du moins les Etats créditeurs, qui tiennent à défendre leur souveraineté nationale relative⁴⁵. La déréglementation semble ne pas être fatale⁴⁶. Ainsi, les instances étatiques, européennes et internationales essaient d'encadrer juridiquement tant la crise souveraine (a) que les notations financières (b).

a) L'encadrement juridique de la crise souveraine

Tout en reconnaissant la difficulté excessive de contraindre un Etat souverain en recourant aux procédures de faillite prévues par les droits nationaux, on a toujours cherché à instituer sur le plan international un mécanisme de règlement de l'insolvabilité des Etats⁴⁷, laquelle jusqu'aujourd'hui est traitée par des solutions *ad hoc*, qui oscillent entre la logique du prêteur en dernier ressort ou du *bail-out* et la logique des mécanismes contractuels de restructuration de l'endettement de l'Etat concerné par la conclusion de nouveaux accords avec les créanciers, accompagnés souvent d'une décote de la créance (*haircut*). A cet égard, il convient de mentionner les échecs, en 1939 du projet de la Société des Nations sur la création d'un Tribunal

⁴³ Voir N. Markopoulos, *Economie, Politique et Droit au temps de la crise de dette européenne. Du temps perdu... au temps retrouvé (en grec)*, in Barreau d'Athènes – Etudes sur le Memorandum (en grec), Athènes 2013, p. 193 s., not. p. 220.

⁴⁴ Cf. Y. Z. Drossos, *Loves' Labour's Lost: fighting austerity and crisis with obiter dicta. A gloss on the expediency of constitutional justice in times of crisis*, www.constitutionalism.gr, 11.11.2013 (working text).

⁴⁵ Voir les arrêts du 7.9.2012 et du 12.9.2012 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne qui défend une souveraineté nationale ouverte à l'Europe (*Europarechtsfreundlichkeit*). Voir aussi M.A. Wolfgang Kahl, *Faire face à la crise financière européenne sous le prisme de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande – Est-ce que Karlsruhe empêche l'intégration européenne ? (en grec)*, *Journal de droit administratif (revue juridique grecque)* 2/2013, p. 162 s..

⁴⁶ Cf. N. K. Alivizatos, *Quelle démocratie pour la Grèce après la crise ? (en grec)*, Ed. Polis, 2013, p. 59 s..

⁴⁷ Cf. S. Hamdouni, *La crise financière et l'état du droit...*, op. cit., E. Petit, *Crise financière et faillite du droit*, op. cit., not. p. 54 s..

international des emprunts⁴⁸, en 2002 et 2003 des propositions du G10 et de l'Institut de la Finance Internationale de rendre obligatoire par le biais d'un traité l'insertion des clauses d'actions collectives⁴⁹, en 2003 du projet de A. O. Krueger, ancienne Première directrice générale adjointe du FMI, sur la mise en œuvre d'un *Mécanisme de restructuration de la dette souveraine* (MRDS), inspiré par le modèle du droit américain des faillites (possibilité de moratoire et de suspension de dettes)⁵⁰, et en 2011 de l'initiative du Palais Royal sur le renforcement de la surveillance du FMI sur les politiques budgétaires, monétaires et financières des Etats⁵¹.

L'esprit de ces projets a connu un renouveau avec l'intensification de la crise souveraine au cours de l'année 2010 dans la zone euro. Après s'être engagés en 2002 (Conseil Ecofin informel de Copenhague) à insérer les clauses d'actions collectives dans leurs propres émissions d'obligations souveraines et suite à la « boule de neige de la dette » grecque, les Etats membres de l'Union européenne se sont successivement dotés, parmi d'autres mesures financières spécifiques (p.ex. Six-pack 2011, Two-pack 2013), de nouveaux instruments généraux pour sauver l'euro et les banques européennes qui avaient prêté à la Grèce.

Comme le « concours mutuel », prévu par l'art. 143 TFUE et mis en œuvre en faveur de la Hongrie, de la Lettonie et de la Roumanie, ne concernait que les Etats membres qui n'avaient pas adopté l'euro, il fallait trouver un mécanisme en mesure de remédier à l'insolvabilité d'un Etat membre de la zone euro. Un tel mécanisme, qui était tributaire d'un programme de politique économique et comprenait l'implication d'autres Etats membres de la zone euro, de la BCE et du FMI, a été, tout d'abord, inventé pour le cas grec le 25 mars 2010 et mis en œuvre le 10 mai 2010. Ensuite, on a créé un double mécanisme comprenant, d'une part, le *Mécanisme européen de stabilité financière* (MESF), institué pour l'ensemble des Etats membres de l'Union par le règlement du Conseil n° 407/2010 et adopté sur la base de l'art. 122, par. 2, TFUE, et, d'autre part, un instrument spécial nommé le *Fonds européen de stabilité financière* (FESF), qui pourrait accorder un prêt aux Etats membres de la zone euro en difficulté sur la base d'un *Memorandum of Understanding* et des lignes directrices établies par une décision du Conseil adoptée en application de l'article 136 TFUE. Sur la base de ce mécanisme on a mis en place les plans de sauvetage de l'Irlande (novembre 2010), du Portugal (avril 2011) et de l'Espagne (juin 2012).

Les mécanismes susmentionnés étaient façonnés par un rapport de force entre la réalité économique et le pragmatisme politique, au détriment parfois de la rigueur juridique⁵². Ils ont finalement conduit au déclenchement, les 16 et 17 décembre 2010, de la procédure de révision simplifiée prévue à l'art. 48, par. 6, TUE aux fins d'ajouter un troisième paragraphe à l'art. 136 TFUE. Sur la base de ce nouveau paragraphe a été décidée, lors du Conseil européen des 24 et 25 mars 2011, la conclusion du traité établissant le *Mécanisme européen de stabilité* (MES), qui est

⁴⁸ Voir M. Forteau, Le défaut souverain en droit international public..., op. cit. p. 228.

⁴⁹ Voir M. Forteau, Le défaut souverain en droit international public..., op. cit. p. 209 s..

⁵⁰ Voir M. Forteau, Le défaut souverain en droit international public..., op. cit. p. 230.

⁵¹ Voir M. Audit, Introduction générale, in M. Audit (sld), Insolvabilité des Etats et dettes souveraines, op. cit., p. 1 s., not. p. 18 s..

⁵² Voir F. Martucci, Le défaut souverain en droit de l'Union européenne..., op.cit., p. 272 s.. Cf., sur le modèle de gestion d'une crise par des mesures extra-légales, O. Gross, Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?, The Yale Law Journal [Vol. 112: 1011 : 2003].

accompagnée du traité pour la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire. Sur ce Mécanisme, dont l'arrêt *Pringle* précité a certifié la compatibilité avec le Traité, a reposé le plan de sauvetage du Chypre (mars 2013).

b) L'encadrement juridique des notations financières

Les efforts d'encadrer juridiquement la dette souveraine ont été suivis d'efforts de réglementer les notations financières notamment en matière de place des notations dans les réglementations financières, de concurrence au sein de l'industrie de la notation, de conflits d'intérêts dus surtout au principe de « l'émetteur-payeur »⁵³, de contrôle des méthodologies et des processus de notation, ainsi que de responsabilité civile des agences de notation⁵⁴. Les Etats ont riposté au niveau tant international que national⁵⁵.

En 2004, l'*Organisation internationale des commissions de valeurs* a établi un *code de conduite* (amendé en 2008) qui devait aider les agences à renforcer l'objectivité et la qualité du processus de notation⁵⁶. En 2010, le *Conseil de stabilité financière*, créé lors de la réunion du G20 à Londres en avril 2009, a adopté des *Principes* pour réduire la dépendance réglementaire des notations de crédit, en suggérant aux régulateurs d'éviter toute référence réglementaire aux *ratings* et développer leur propre définition de solvabilité.

Aux Etats-Unis, en 2010, le *Wall Street Reform and Consumer Protection Act* a prévu le retrait des notations de certaines réglementations. Il a également prévu de nouvelles normes et créé l'institution de l'*Office of credit rating* au sein de la *Securities and Exchange Commission*, en vue de renforcer la supervision des agences ayant le statut de *Nationally Recognized Statistical Rating Organizations*, institué en 1975 par la *Securities and Exchange Commission*. De plus, le même *Act* a institué la responsabilité civile des agences du fait de leurs notations.

En Europe, le *règlement n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil* a imposé aux agences de notation de crédit de se conformer à un code de conduite pour atténuer le risque de conflits d'intérêts et de garantir un processus de notation de crédit de grande qualité et suffisamment transparent⁵⁷. Ce règlement a aussi prévu la responsabilité civile des agences selon le droit national applicable le cas échéant. Par la suite, les modifications introduites par le *règlement n° 513/2011 du Parlement européen et du Conseil* ont centralisé la supervision des agences et donné pouvoir à l'*Autorité européenne des marchés financiers* (AEMF), qui avait été instituée par le *règlement n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil*, d'enregistrer et de surveiller les agences de notation de crédit. Enfin, le récent *règlement n° 462/2013 du Parlement européen et du Conseil* a complété le cadre réglementaire, en traitant

⁵³ Voir A. Bernard, Le marché de la dette souveraine – La régulation de l'information sur le marché des dettes souveraines ou la religion de la valeur, in M. Audit (sld), *Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, op. cit., p. 177 s., not. p. 198.

⁵⁴ Voir N. Gaillard, Les agences de notation – Agences de notation : responsabilité, régulation ou laissez-faire?, in M. Audit (sld), *Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, op. cit., p. 165 s..

⁵⁵ Voir G. Lewkowicz, Les agences de notation financière contre les Etats..., op. cit., p. 201 s..

⁵⁶ Voir E. Weemaels, Les agences de notation en Europe : contrôle, responsabilité et légitimité, in *Les agences de notation financière. Entre marchés et Etats* (ouvrage collectif), op. cit., p. 63 s., not. p. 70.

⁵⁷ *Ibidem*.

certains des problèmes les plus importants, tels que les perspectives de notation, les conflits d'intérêts inhérents au modèle de «l'émetteur-payeur», l'information relative aux instruments financiers structurés, le processus de «détoxication» des marchés par la perspective de suppression progressive de toutes les références faites aux notations de crédit dans le droit de l'Union à des fins réglementaires⁵⁸ et la perspective de créer une fondation européenne de notation. Par ailleurs, l'actuelle crise des dettes souveraines a mis en évidence la nécessité de revoir les exigences en matière de transparence et de procédure, ainsi que le calendrier de publication, dans le cas particulier des notations souveraines.

Dans ce domaine spécifique, parmi d'autres mesures, il a été prévu que les notations souveraines ne seront publiées qu'après la fermeture des places boursières établies dans l'Union, et au moins une heure avant leur ouverture, et que les agences publient, à la fin du mois de décembre de chaque année, un calendrier pour les douze mois suivants indiquant les dates de publication de notations souveraines et, le cas échéant, celles des perspectives de notation correspondantes. Les dates fixées devraient tomber un vendredi. Uniquement pour les notations souveraines non sollicitées, le nombre des publications prévues dans le calendrier devrait se limiter à deux ou trois. Des dérogations resteront possibles dans des circonstances exceptionnelles et pour autant que des explications appropriées soient fournies. En outre, les perspectives de notation et les communiqués de presse qui les accompagnent devraient toujours se fonder sur des informations relevant de la sphère de l'entité notée, communiquées avec l'autorisation de ladite entité, à moins que ces informations ne soient disponibles à partir de sources généralement accessibles. Qui plus est, aux fins de la transparence, les agences de notation de crédit, lorsqu'elles publieront leurs notations souveraines, seront tenues d'expliquer dans leurs communiqués de presse ou leurs rapports les principaux facteurs sous-tendant ces notations de crédit. Toutefois, les agences de notation de crédit devraient s'abstenir de toute recommandation directe ou explicite au sujet des politiques des entités souveraines⁵⁹. Enfin, le nouveau règlement a institué un standard commun de responsabilité civile des agences, en précisant les conditions, la charge de la preuve et la possibilité de limitation de cette responsabilité.

Toutes les mesures susmentionnées visent à déconstruire, pièce par pièce, certains des principaux éléments ayant favorisé la montée en puissance des agences de notation financière et le phénomène de consolidation normative qui l'accompagne. Or, la victoire finale des Etats n'est guère assurée, non seulement parce que les agences entrent en résistance dans tous les niveaux, mais surtout parce que les Etats n'ont remis en cause ni le principe de la désintermédiation bancaire, ni l'existence d'un marché mondial des capitaux, qui sont pourtant à l'origine de l'appel d'air normatif dont les agences ont profité⁶⁰. Il paraît finalement que, pour survivre, les Etats ont essayé, au lieu de rétablir pleinement, du moins adapter le droit dans le contexte de la jungle financière globale. Or, cette adaptation engendre la transformation du droit.

B. La transformation du droit

⁵⁸ Cf., sur le principe général visant à contrer la dépendance excessive à l'égard des notations de crédit, la directive 2013/14/UE du Parlement européen et du Conseil.

⁵⁹ Voir E. Weemaels, *Les agences de notation en Europe : contrôle, responsabilité et légitimité*, op. cit., p. 90 s..

⁶⁰ Voir G. Lewkowicz, *Les agences de notation financière contre les Etats...*, op. cit., p. 209 s..

Les différents essais d'encadrement de la crise souveraine pourraient être traduits par l'image d'une réalité normative fragmentée, composée de systèmes autonomes poursuivant chacun sa propre logique⁶¹. D'ailleurs, la conception et la mise en œuvre de ces efforts dans les Etats débiteurs diffèrent sensiblement des mêmes opérations dans les Etats créditeurs. Toutefois, il paraît qu'en réalité derrière tous ces démarches se profile un dénominateur idéologique commun qui caractérise généralement le retour du droit en la matière.

La conditionnalité politique adoptée par les agences de notation financière⁶² et reproduite par la réglementation des aides financières imposée par le FMI, par les différents mécanismes de stabilité financière de l'Union européenne⁶³ et, finalement, par les gouvernements de la quasi-totalité des Etats, est imprégnée par la logique du marché et l'idéologie ultralibérale, qui sont adeptes de l'emprise de l'économie sur le droit. Cela favorise une conception flexible de l'Etat de droit (a) et fait planer le spectre d'un certain *darwinisme normatif* (b).

a) Le flexible Etat de droit

Dans le cadre du constitutionalisme moderne, la conception de l'Etat de droit est intimement liée avec le pluralisme et la normativité de la Constitution, parce que la démocratie pluraliste exige, et rend en même temps possible, que la Constitution porte la résolution des conflits fondamentaux de la société à travers le droit. Par ailleurs, dans la plupart des sociétés européennes de l'après-guerre, ces conflits se sont articulés sur le fondement d'un grand pacte social (l'Etat social de droit) qui fut simultanément un grand pacte démocratique (l'Etat constitutionnel de droit)⁶⁴. Il s'en suit qu'une crise de l'Etat social impliquerait aussi celle de l'Etat démocratique et, globalement, celle de l'Etat de droit⁶⁵.

C'est cette crise par ricochet qui semble survenir du fait de la crise de dette souveraine. Parce qu'il fallait donner un signal fort aux marchés et donc aux spéculateurs financiers, on n'a pas su défendre l'héritage susmentionné. On a opté pour un coup d'arrêt au constitutionnalisme «social», qui comprend, d'une part, la forte baisse des retraites et des salaires dans le domaine public, ainsi que la flexibilisation accrue et la réduction du coût du travail dans le domaine privé⁶⁶. Cette remise en cause de l'Etat social débouche sur une conception flexible de l'Etat démocratique et de l'Etat de droit⁶⁷.

Le pluralisme et le principe électif reculent, du moins dans les Etats débiteurs. Les élections législatives se retrouvent dénaturées et discréditées. Dans les États les plus

⁶¹ Voir H. Muir Watt, Conclusions générales, in M. Audit (sld), Insolvabilité des Etats et dettes souveraines, op. cit., p. 277 s., not. p. 281, qui se réfère à la théorie de G. Teubner.

⁶² Voir G. Lewkowicz, Les agences de notation financière contre les Etats..., op. cit., p. 186.

⁶³ Voir F. Martucci, Le défaut souverain en droit de l'Union européenne..., op.cit., pp. 260 s. et 274 s..

⁶⁴ Voir F. Balaguer Callejón, Crise économique et crise constitutionnelle en Europe, op. cit..

⁶⁵ Voir C. de Cabo Martín, La crisis del Estado social, PPU, Barcelona, 1986, pp. 10 et 57.

⁶⁶ Voir B. Palli, Le droit du travail confronté à la faillite de l'État : le cas de la Grèce, Droit social 2013, p. 4 s..

⁶⁷ Voir P. Pavlopoulos, Le Droit Public au temps de la crise économique. Le «Labyrinthe» économique, le «Minotaure» néolibéral et le «Thésée» institutionnel (en grec), Ed. A. A. Livani, Athènes 2013. Voir aussi G. Katrougalos, La crise et le moyen d'en sortir (en grec), Ed. A. A. Livani, Athènes 2013.

touchés par la crise, la démocratie s'évalue en tant que produit en termes économiques. Ils existent des programmes politiques disqualifiés, qui sont *a priori* considérés comme économiquement infaisables et, donc, politiquement à écarter à tout prix. En conséquence, les décisions sont souvent adoptées indépendamment du résultat des processus électoraux⁶⁸. On l'a bien constaté, en 2011 (cet *annus horribilis* pour le droit constitutionnel), à l'occasion de l'anéantissement du combat politique lors des élections législatives au Portugal du fait de la déclaration des leaders européens que «peu importe qui gouverne», de la révision de l'art. 135 de la constitution espagnole sans référendum, de la substitution du gouvernement de S. Berlusconi par un «gouvernement technique» dirigé par M. Monti, ainsi que de l'avortement du référendum grec sous la pression très forte des leaders européens.

En outre, dans les Etats débiteurs on met systématiquement à l'écart les procédures parlementaires normales, puisque les décisions prises par les créanciers et les organes de l'Union européenne restreignent dramatiquement l'autonomie du législateur national, en prédéterminant le contenu et le temps d'édiction de ses décisions⁶⁹. De la sorte, alors qu'en Allemagne la Cour constitutionnelle fédérale impose que le parlement national dispose d'une information écrite et du temps nécessaire pour réfléchir sur les mesures prises par les instances européennes pour juguler la crise de dette souveraine⁷⁰, s'agissant des mêmes questions, en Grèce, le parlement national est d'habitude appelé à statuer de toute urgence sur des projets de lois à annexes énormes, structurés sur un seul article. La revalorisation des tous les parlements nationaux proclamée dans le Traité de Lisbonne paraît donc pour le moins inégalitaire, sinon illusoire⁷¹.

Par ailleurs, dans les Etats débiteurs, les gouvernements des temps de crise font souvent recours aux décrets-lois⁷², en transformant la situation d'exception en situation normale⁷³. En même temps, aux niveaux européen et international, le vrai gouvernement de crise s'appuie sur une hétérogénéité de textes nationaux, européens ou internationaux, de droit dur ou de droit mou (*soft law*), occasionnant un vrai magma institutionnel, illisible dans son ensemble⁷⁴, ce qui déroge au principe de sécurité juridique. Il s'agit désormais d'une *fléxisécurité juridique*.

A tout ça, il convient d'ajouter la réduction considérable des garanties de protection juridictionnelle. Cette réduction émane non seulement des réserves des juges nationaux ou des réformes législatives nationales qui mettent en exergue le prétexte de la nécessité d'accélération de la justice⁷⁵, mais aussi de l'autolimitation des juridictions supranationales telles la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. La première semble vouloir éviter le contrôle de la

⁶⁸ Voir St. Pinon, Crise économique européenne et crise institutionnelle à tous les étages, Revue de l'Union européenne, n° 567, avril 2013, p. 218 s., not. p. 224 s..

⁶⁹ Cf. l'opinion dissidente de S. Rizos dans l'arrêt n° 668/2012 (Ass.) du Conseil d'Etat grec, point 33.

⁷⁰ Voir l'arrêt du 19.6.2012, BVerfGE 4, 11.

⁷¹ Voir St. Pinon, Crise économique européenne et crise institutionnelle à tous les étages, op. cit., p. 223.

⁷² Voir I. Kamtsidou, L'intérêt public aux temps de crise, www.constitutionalism.gr, 27.8.2013, p. 9 s..

⁷³ Voir St. Pinon, Crise économique européenne et crise institutionnelle à tous les étages, op. cit., p. 228.

⁷⁴ Voir St. Pinon, Crise économique européenne et crise institutionnelle à tous les étages, op. cit., p. 222.

⁷⁵ Voir p. ex. la loi grecque n° 3900/2010, notamment en matière de litiges fiscaux.

compatibilité avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de la conditionnalité politique des programmes d'octroi d'aide financière aux Etats débiteurs. La Cour de Strasbourg insiste à reconnaître une ample latitude aux Etats pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique⁷⁶, alors que dans l'objectif de justifier les mesures prises pour juguler la crise financière le juge national arrive souvent à passer outre la jurisprudence de cette Cour⁷⁷. Par ailleurs, il est arrivé que la Cour de Strasbourg ait jugé qu'il n'y avait pas de violation de la Convention⁷⁸, tandis que dans des affaires analogues le juge national a jugé qu'il y avait une violation de la Constitution nationale⁷⁹.

b) Le spectre du *darwinisme normatif*

Le phénomène de mondialisation a amené les Etats à rendre leur législation parfois plus attractive que stricte dans le but de faire venir les entreprises sur leur territoire⁸⁰. Cette tendance a été développée même au sein de l'Union européenne, la Cour de justice n'ayant pas exclu la compétition des règles de droit entre les Etats membres⁸¹. La même tendance caractérise *a fortiori* les Etats qui se trouvent au précipice de la faillite ou, du moins, en difficulté financière avérée. La surveillance établie par leurs créanciers et, en ce qui concerne l'Union européenne, par le moyen des instruments nouveaux (p.ex. le *pacte budgétaire européen*), pousse ces Etats débiteurs à rendre leur législation plus attractive aux investissements qui pourraient relancer leur économie. Ainsi, les investisseurs, qu'ils contrôlent ou pas une partie du marché de la dette souveraine de l'Etat concerné, deviennent, dans une certaine mesure, la source du droit qui les régit. Cela entraîne l'abandon par le droit de toute idée d'intérêt général au profit d'intérêts particuliers. Au bout du compte, un *law shopping* s'opère à l'échelle mondiale, qui conduit le droit à un alignement vers le bas, du fait de la concurrence accrue développée entre les Etats. Sur ce plan, la «survie» de plusieurs règles juridiques non compétitives, telles les règles concernant la protection des droits sociaux ou la protection juridictionnelle effective, est largement compromise.

Le nouveau constitutionalisme financier, sur la base duquel on essaie d'encadrer la crise de dette souveraine aux niveaux européen et international, confirme donc la constatation d'A. Supiot qu'un *darwinisme normatif* est à l'œuvre, dont sortiront gagnantes les règles les plus permissives et les moins respectueuses de la justice sociale. «*Le Droit [...] est considéré comme un produit en compétition à l'échelle du monde, où s'opèrerait la sélection naturelle des ordres juridiques les mieux adaptés à l'exigence de rendement financier*»⁸².

Le spectre de ce *darwinisme normatif*, qui caractérise également l'émergence du droit dit global et plane désormais sur les droits européen et national, constitue actuellement le plus grand défi existentiel du droit. Certes, dans le cadre du processus

⁷⁶ Voir les arrêts du 7.5.2013, Koufaki et Adedy c. Grèce, du 8.10.2013, Mateus c. Portugal, et du 15.10.2013, Savickas et autres c. Lithuania.

⁷⁷ Voir l'arrêt n° 25/2012 de la Cour spéciale suprême de Grèce.

⁷⁸ Voir les arrêts susmentionnés, supra, note n° 76.

⁷⁹ Voir l'arrêt susmentionné du 21.12.2009 de la Cour constitutionnelle de Lettonie et l'arrêt susmentionné n° 187/2013 du Tribunal constitutionnel du Portugal.

⁸⁰ Voir E. Petit, Crise financière et faillite du droit, op. cit., p. 48 s..

⁸¹ Voir l'arrêt du 9.3.1999, C-212/97, Centros, point 27.

⁸² Voir A. Supiot, L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, Paris, Seuil, 2010, p. 64.

de l'intégration européenne et de la mondialisation, la réduction du juridique à l'économique avait déjà accéléré la course au «moins-disant» social et avait mis en question le pacte sur lequel avaient reposé une grande partie des constitutions européennes de l'après-guerre reflétant l'imaginaire universel du constitutionnalisme moderne. Or, la réduction de l'économique au financier dans le cadre de la crise de dette souveraine dans la zone euro a déstabilisé même cet *acquis communautaire*, qui, bien que dépourvu d'une grande sensibilité sociale, résumait pourtant l'attachement traditionnel des pays de l'Europe aux principaux valeurs de l'Etat constitutionnel de droit. En devenant l'objectif fondamental de l'Union européenne, le monétarisme signe le passage de celle-ci de la phase de *constitutionnalisation* de l'Europe, qui constituait une sorte d'âge d'or pour les partisans du constitutionnalisme européen en tant que paradigme universel, à une phase de *déconstitutionnalisation*, derrière laquelle se profile l'autoritarisme émanant d'une Europe institutionnellement et historiquement affaiblie et dépassée⁸³, qui recherche désormais son identité dans les rapports des agences de notation financière et dans l'assistance technique provenant du FMI. Dans le cadre de cette *déconstitutionnalisation*, la solidarité semble être remplacée par la punition et la démocratie paraît être en danger. En Chypre, pour punir la présence présumée d'argent blanchi dans les dépôts bancaires, l'Union européenne n'a pas hésité de méconnaître non seulement le principe universel d'individualisation de sanctions, mais aussi son principe symbolique de libre circulation de capitaux. En Grèce, les mesures imposées notamment en matière de droit du travail ont été vécues par les citoyens comme des humiliations qui leurs auraient été infligées par leurs partenaires européens, compte tenu d'ailleurs du fait que rien ne prouve pour l'instant que leurs sacrifices auront un impact réel sur la baisse du chômage et la reprise de l'économie grecque⁸⁴. A cet égard, on pourrait bien objecter que tant les chypriotes que les grecs sont les premiers responsables pour la crise que leurs pays traversent. Or, une telle objection, qui serait d'abord simpliste et qui reproduit l'esprit punitif des Etats créditeurs à l'égard des Etats débiteurs au sein de l'Union, méconnaîtrait que de l'autre côté la conditionnalité politique des aides financières imposées aux Etats européens en difficulté n'est pas étrangère à l'apparition de phénomènes tels le mouvement néonazi en Grèce ou la rétrogradation de l'Etat de droit lors de la dernière révision de la constitution hongroise en 2011⁸⁵.

En effet, le *darwinisme normatif* prôné par le droit dit global met en cause le noyau des acquis du constitutionnalisme moderne, à savoir la démocratie pluraliste. Il ne suffit donc pas de rechercher, comme suggère H. Muir Watt⁸⁶, une re-constitutionnalisation de la réalité normative fragmentée à travers des principes neutres empruntés aux doctrines du «droit administratif global» tels la transparence (en cas de conflits d'intérêts des agences de notation financière et des établissements bancaires) ou l'internalisation des dommages (en cas de faute de notation). Comme le souligne A. Supiot, il faut ne pas accepter le *darwinisme normatif* et essayer de renverser la direction de l'évolution du droit global. «[L]e problème n'est pas de 'réguler' les marchés [mais] de les réglementer, ce qui oblige à revenir sur le terrain

⁸³ Cf. G. Gerapetritis, Europe's new deal: a new version of an expiring deal, <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10657-013-9422-z>.

⁸⁴ Voir B. Palli, Le droit du travail confronté à la faillite de l'Etat : le cas de la Grèce, op. cit..

⁸⁵ Voir X. Contiades / A. Fotiadou, How Constitutions Reacted to the Financial Crisis, in X. Contiades (ed.), Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis, op. cit., p. 9 s., not. p. 50 s..

⁸⁶ Voir H. Muir Watt, Conclusions générales, op. cit., p. 281.

politique et juridique afin d'y rétablir l'ordre des fins et des moyens entre les besoins des hommes et l'organisation économique et financière.»⁸⁷. Dans cet esprit, le droit et l'intérêt général qui lui est associé, retrouveraient toute leur place dans la société.

Conclusions

L'étude des crises de dette souveraine démontre que, si le droit se retire souvent, on a vraiment du mal à en finir avec lui. Le droit revient toujours. On vient constamment à sa recherche, car c'est la source incontestable de légitimation de tout choix politique ou économique. Aucun tel choix ne peut dominer ou prétendre dominer sans une légitimation juridique même rétroactive. C'est pour cette raison que, à l'instar de la technique bien connue lors de la création jurisprudentielle des principes généraux du droit, on se comporte finalement comme si le droit légitimant le choix dominant était toujours présent.

La question sur la fin du droit retombe, en dernière analyse, sur la question de la fin de certains acquis de la civilisation juridique, nationale, européenne ou même universelle. En l'occurrence, derrière la question de savoir si la crise de l'endettement souverain dans la zone euro entraîne la fin du droit se cache la question de savoir si cette crise entraîne la fin des acquis du constitutionnalisme moderne. Au bout du compte, une simple question préalable reste à être posée : qui est compétent en dernier ressort pour décider à partir de quand on doit condamner un pays à vivre dans la misère? Est-ce que ce sont les marchés sur la base des rapports des agences de notation financière ou les Etats démocratiques sur la base des droits fondamentaux individuels et sociaux?

⁸⁷ Voir A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, op.cit., p. 94.