

Le constitutionnalisme néo-féodal

Issu de Revue du droit public - n°4 - page 1045

Date de parution : 01/07/2023

Id : RDP2023-4-015

Réf : RDP juill. 2023, p. 1045

Auteur :

Par 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

SOMMAIRE

I. – LE DOGME DE LA SOUVERAINETÉ PARTAGÉE

A. – *La résurgence de la concurrence politique inconditionnelle*

B. – *La désorganisation des pouvoirs publics*

C. – *Les relations instables des centres de pouvoir multiniveaux*

II. – LA PRIVATISATION DES STANDARDS CONSTITUTIONNELS

A. – *L'affaiblissement de la performativité de la Constitution moderne*

B. – *La relativisation de la distinction entre État et société*

C. – *Le constitutionnalisme sociétal*

III. – LA LIQUIDATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

A. – *L'existence des principes constitutionnels communs*

B. – *La guerre des interprètes*

C. – *Le droit constitutionnel en négociation constante*

La frustration ou la colère idéologique conduisent fréquemment à qualifier les événements négatifs et les situations dystopiques de notre époque de « moyenâgeux ». Malgré la simplification et l'exagération souvent très peu fiables de cette qualification, il ne faut pas oublier que « [l]a réalité médiévale n'était pas si différente de la nôtre ». D'une part, d'importantes institutions modernes ont leurs origines dans le féodalisme médiéval. La base contractuelle du pouvoir féodal, la réciprocité des droits et obligations entre le seigneur et son vassal, a ouvert la voie à la théorie du contrat social ; de l'obligation féodale de conseiller le seigneur, qui pesait sur les vassaux, naquit l'institution des parlements représentatifs ;

dans la Magna Carta Libertatum de 1215 furent établies les premières garanties des droits privés contre le pouvoir public². De plus, certaines des caractéristiques dynamiques de la réalité moderne en Europe, telles que l'unification potentielle, la diversité fondamentale et l'intersection des populations, ainsi que les divisions et les contrastes entre le nord et le sud et l'est et l'ouest de l'Europe³, remontent au Moyen Âge. D'autre part, le féodalisme médiéval a développé des standards ou des motifs considérés comme négatifs dans les temps modernes, 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 multiniveaux. De nombreux auteurs signalent, dans plusieurs contextes, que la réalité économique, sociale et juridique actuelle – en Europe, mais pas seulement – s'oriente vers l'adoption de tels standards ou motifs à travers la mondialisation, le développement rapide de la technologie, les mutations et crises successives du capitalisme, l'altération des valeurs de l'État de droit et l'affaiblissement de la démocratie représentative. Cette perspective inquiétante est généralement résumée dans l'hypothèse du *néo-féodalisme*, apparue systématiquement dans la littérature au début des années 1960 et adoptée, ces dernières années, par de plus en plus de chercheurs⁴, quoique les analyses y afférentes se distinguent tant par la variété du contenu qu'ils attribuent à cette expression que par la diversité de leurs objectifs⁵.

S'agissant de la science juridique, de nombreuses réformes actuelles ont conduit certains auteurs – notamment des historiens du droit, mais pas seulement – 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 ». Le néo-féodalisme est perçu comme une hypothèse plausible d'évolution qui présente l'avantage de relier historiquement le droit à son avenir⁶. Cette hypothèse a été étudiée dans plusieurs domaines de la science juridique, comme, par exemple, la contractualisation de diverses branches du droit⁷, l'organisation et le fonctionnement des partis politiques⁸, les entités décentralisées qui fragmentent l'action de l'État⁹, les autorités administratives indépendantes¹⁰, la fiscalité¹¹, la régulation des activités sportives¹², la multiplication des modes alternatifs de règlement des litiges¹³ et le cadre réglementaire des nouvelles technologies¹⁴. Même s'agissant 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 2000¹⁵. Ainsi, plusieurs chercheurs trouvent dans le droit actuel certains indices qui témoignent, plus ou moins, d'un retour ou d'une persistance des réflexes féodaux. Ils soulignent que ce retour et cette persistance s'articulent principalement autour de la promotion de la variation des sources du droit et du recul progressif de la séparation des pouvoirs publics au profit de leur division¹⁶. Toutefois, une analyse plus systématique à un niveau fondamental – c'est-à-dire constitutionnel – semble toujours faire défaut. Une telle analyse est proposée dans la présente étude¹⁷, qui explore le cas du *constitutionnalisme néo-féodal* comme une évolution de la déréglementation constitutionnelle qui caractérise le constitutionnalisme, notamment en Europe, à l'ère actuelle de la post-modernité¹⁸.

Le terme *constitutionnalisme néo-féodal* n'indique pas un retour à une réalité constitutionnelle médiévale. Il évoque une métaphore fonctionnelle, parmi celles qui facilitent l'analyse dans les sciences juridiques et sociales¹⁹. En fait, s'agissant de l'époque médiévale, 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 Constitution. Si le terme *constitutionnalisme* est parfois utilisé

au sens large pour désigner l'exigence de limitations juridiques de la puissance publique de l'Antiquité jusqu'à nos jours, le constitutionnalisme au sens strict est un phénomène qui apparaît vers la fin du XVIII^e siècle. En d'autres termes, la Constitution est liée à l'État moderne. Avant le XVI^e siècle, un tel État n'existait pas et, comme le souligne D. Grimm, « [l]e monde médiéval avec ses droits de souveraineté éparpillés n'était pas simplement dépourvu de constitution. Il n'aurait pas pu en avoir »²⁰. Étant donné que, comme disait Voltaire, « [l]a féodalité n'est point un événement ; c'est une forme [...] »²¹, le terme « constitutionnalisme néo-féodal » signifie donc simplement l'émergence des standards ou des motifs de féodalisme médiéval qui sont associés à l'altération et à la marginalisation des valeurs du constitutionnalisme moderne.

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 un cours rétrograde en termes de valeurs. Le constitutionnalisme actuel apparaît « sans centre et sans souverain », « délocalisé et déformalisé »²². 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, ayant pour modèle le droit romain et le droit canonique, ont créé le droit coutumier (*ius commune*) qui a coexisté avec les règles de droit local et de droit féodal. Ce pluralisme juridique médiéval, tout en recherchant constamment une harmonisation, n'a pas évité le désordre²³.

La rétrogradation des valeurs du constitutionnalisme moderne n'est pas due qu'à des facteurs extérieurs. Elle découle aussi de ses propres imperfections et contradictions originaires. 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 souveraineté²⁴. Dans son ensemble, le constitutionnalisme moderne, qui, comme tout ce qui est nouveau dans la civilisation humaine, a été construit avec des matériaux anciens, regorge de souvenirs théologiques²⁵, 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 statalistico*), lié à l'acceptation que, 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-dessus²⁶. Il n'est pas sans importance que cette antinomie est actuellement reproduite par 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.

Il convient d'articuler l'analyse du constitutionnalisme néo-féodal autour de trois unités thématiques, dans lesquelles sont regroupés les standards ou motifs du féodalisme médiéval qui sont relancés dans le cadre de l'évolution du constitutionnalisme. La première unité concerne la prédominance du discours constitutionnel sur la souveraineté partagée,

qui favorise la résurgence d'une concurrence politique inconditionnelle, la désorganisation des pouvoirs publics et l'instabilité des relations entre des centres de pouvoir multiniveaux (I). La deuxième unité traite de l'escalade de la privatisation des standards constitutionnels, à travers l'affaiblissement de la performativité de la Constitution moderne, la relativisation de la distinction entre État et société, ainsi que la tentative d'établir des constitutions privées (II). La troisième unité aborde la liquidation du droit constitutionnel, en raison de la corrélation de celui-ci avec des principes censés être enracinés dans les traditions communes des États, et pour l'interprétation desquels se développe une guerre mettant le droit constitutionnel en négociation constante (III).

I. — LE DOGME DE LA SOUVERAINETÉ PARTAGÉE

Dans le féodalisme médiéval, la souveraineté était associée à la propriété foncière et était considérée comme divisible et transférable du monarque féodal à ses vassaux. Cette fusion de la souveraineté et de la propriété a conduit à la fragmentation de la première, partagée entre de nombreux seigneurs féodaux qui ont développé entre eux, mais aussi avec le monarque, des relations de confiance qui se sont progressivement transformées en relations instables et, souvent, conflictuelles. La logique de la souveraineté unique et indivisible est apparue progressivement avec la création de l'État moderne en Europe. C'est une structure de gouvernement qui a remplacé à la fois les pouvoirs locaux féodaux et celles parmi les structures de pouvoir du Moyen Âge qui prétendaient à la suprématie universelle, à savoir la structure impériale et la structure papale. Cette structure moderne s'est progressivement étendue à travers le monde avec la création d'États-nations indépendants²⁷.

À l'époque actuelle, la logique de la souveraineté partagée a été relancée principalement dans les études portant sur l'exercice de la souveraineté par deux ou plusieurs États sur le même territoire ou sur une partie du territoire (condominium, association d'États, protectorats) ou sur la reconnaissance constitutionnelle d'une partie ou d'un pourcentage de souveraineté dans une ou plusieurs des communautés ou régions appartenant à un État souverain, c'est-à-dire sur les relations entre pouvoirs centraux et pouvoirs locaux dans le cadre d'un pluralisme strictement ordonné (fédéralisme)²⁸. Cependant, le discours constitutionnel le plus actuel et le plus créatif qui invoque la même logique est celui qui tente d'expliquer et de légitimer tant les diverses fissures qu'a subies le concept moderne de souveraineté étatique unitaire et indivisible que les cas de pluralisme lâchement ordonné, comme celui qui se développe en Europe entre l'Union européenne imparfaitement constitutionnalisées et ses États membres. D'ailleurs, l'État membre de l'Union est l'exemple le plus typique d'une entité actuelle dotée d'une souveraineté partagée²⁹.

La résurgence, aujourd'hui, de la logique de la souveraineté partagée a ébranlé certains acquis précieux du constitutionnalisme moderne. Cette résurgence a ravivé la concurrence politique inconditionnelle que la modernité avait tenté de neutraliser à travers la construction de l'État de droit (A). Par ailleurs, la logique de la souveraineté partagée, altérant le principe fondamental de la séparation des pouvoirs, a favorisé la désorganisation des pouvoirs publics (B). En même temps, cette même logique a favorisé la formation d'une multitude de centres de pouvoir multiniveaux, publics ou privés, dont les relations présentent une géométrie instable (C). Cette géométrie favorise la multiplication des conflits, sans permettre leur résolution de manière claire et définitive, ce qui va à l'encontre à la fois de la démocratie et de l'aspiration moderne des citoyens à une vie pacifique, sûre et

libre.

A. — La résurgence de la concurrence politique inconditionnelle

Le dogme de la souveraineté étatique unique et indivisible, sur lequel reposait le constitutionnalisme moderne, se conjugait avec le double effort de politiser et de démystifier tout pouvoir. La politisation consistait à admettre que le pouvoir n'a pas d'origine divine ou naturelle, mais émane du peuple lui-même, organisé politiquement. La démystification de ce pouvoir politique consistait en sa neutralisation par l'État de droit constitutionnel, à travers son retrait après l'exercice du pouvoir constituant, c'est-à-dire par sa légalisation démocratique et sa transformation juridique en une compétence publique, impersonnelle et clairement définie. Cependant, ce double effort n'a jamais été pleinement couronné de succès, car la neutralisation de la concurrence politique a été minée dès le début par de nombreuses imperfections et contradictions de la modernité, parmi lesquelles se distingue la fragmentation du pouvoir en une multitude d'États souverains qui ne coexistent pas toujours pacifiquement³⁰.

Aujourd'hui, le retour de la logique de la souveraineté partagée a ravivé la concurrence politique inconditionnelle, avant tout parce qu'il a légitimé la délocalisation de la concurrence politique au-delà de l'État, dans tous les sens : vers le haut (à travers la participation aux organisations internationales et, en particulier, à l'Union européenne), vers le bas (à travers les différentes formes d'autonomie administrative), vers l'extérieur (à travers l'ouverture au marché libre de l'activité des pouvoirs publics et la privatisation de leur propriété) et vers l'intérieur (à travers la substitution de l'État par une société fluide)³¹. Cette délocalisation multidimensionnelle s'est retournée contre l'État en divisant et en diminuant sa souveraineté de manière dynamique et conflictuelle. C'est un phénomène néo-féodal dans la mesure où, dans tous les cas ci-dessus, l'État perd la possibilité d'exercice directe de sa souveraineté sur l'ensemble de ses sujets. Celle-ci se réduit à une simple *suzeraineté* rappelant le pouvoir limité que le seigneur féodal (*suzerain*) n'avait directement que sur ses propres vassaux et non sur les vassaux de ses vassaux³². 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.

Une certaine analogie avec le rapport de suzeraineté ci-dessus semble pouvoir être faite, à l'époque actuelle, au détriment de la souveraineté étatique, dans les relations de l'État avec certaines entités qui font la médiation entre lui et les citoyens, telles que les administrations déconcentrées ou décentralisées et les concessionnaires privés des services publics. C'est la conséquence de la transformation de l'organisation et du fonctionnement de l'administration publique (*new public management*) et de l'adoption d'une gouvernance multiniveaux (*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 les différents domaines d'action administrative (*agencification*)³³.

La résurgence d'une concurrence politique inconditionnelle qui diminue la souveraineté étatique, en raison des tensions provoquées par la transformation des rapports de souveraineté en rapport de suzeraineté, est également privilégiée par le pluralisme

constitutionnel qui s'est développé dans l'Union européenne. 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 de hiérarchisation 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. Comme le relèvent, de manière indicative mais caractéristique, l'institution et le fonctionnement du Système européen de banques centrales (SEBC), la souveraineté monétaire des États membres est dévolue en simple suzeraineté. Dès lors, les rapports entre les institutions nationales et européennes en la matière – comme dans tout autre domaine – sont souvent devenus conflictuels. En l'absence de critères formels fixes et d'un organe unique auquel reviendrait le dernier mot pour la résolution de ces conflits, 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, dans une large mesure, susceptibles d'être efficacement encadrés par les pouvoirs publics, nationaux ou européens, qui sont de plus en plus désorganisés tant que s'applique le dogme de la souveraineté partagée³⁴.

B. – La désorganisation des pouvoirs publics

Le constitutionnalisme moderne était inextricablement lié au principe de la séparation des pouvoirs étatiques, qui était inconnu au Moyen Âge, et fonctionnait dès l'origine sur la base de la reconnaissance de la primauté du pouvoir législatif en donnant un rôle secondaire à l'exécutif et au judiciaire³⁵. De nos jours, les pouvoirs publics 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 partagée³⁶. Parmi ces facteurs, l'un des plus importants a été l'eupéanisation du droit national découlant de l'adhésion à l'Union européenne.

Cette adhésion a ébranlé la cohésion de chaque État membre, favorisant le réalignement et la confusion de ses pouvoirs publics³⁷. Tout d'abord, le droit de l'Union et, surtout, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont privilégié le rôle institutionnel du juge national, en faisant passer le législateur national au second plan. Ainsi, le juge a été 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'Union. Parallèlement, en reconnaissant que les juridictions ordinaires nationales ne sont pas liées par l'interprétation des règles et principes européens éventuellement adoptés par une cour constitutionnelle ou suprême d'un État membre³⁸, la jurisprudence de la CJUE a favorisé l'émancipation des juges ordinaires vis-à-vis de ces juridictions suprêmes ou constitutionnelles. Cela entraîne un renversement de la hiérarchie des juridictions nationales et, par conséquent, la fragmentation de la justice nationale, ce qui n'est pas sans rappeler la fragmentation de la justice dans le féodalisme médiéval. De plus, le droit de l'Union a contribué à la confusion des pouvoirs étatiques, ce qui reproduit encore un motif féodal. D'une part, la jurisprudence de la CJUE a 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 opposée³⁹. D'autre part, des institutions telles que les autorités de régulation indépendantes, dont la mise en place au niveau national a été promue par l'Union, ont supplanté les trois fonctions étatiques classiques, d'une manière qui a modifié les déterminations traditionnelles de leur séparation. Il convient de noter que, surtout après 2010, la succession et l'accumulation de différentes crises (financière,

migratoire, sanitaire, crises provoquées par le terrorisme et la guerre en Ukraine) ont non seulement aggravé la désorganisation des pouvoirs publics au sein des États membres, mais elles ont également perturbé tout équilibre atteint entre les pouvoirs au sein de l'Union. Et les dérives intergouvernementales successives de celle-ci ont créé une confusion supplémentaire dans les rapports des pouvoirs nationaux, les pouvoirs de l'Union et les pouvoirs intergouvernementaux⁴⁰.

C. – Les relations instables des centres de pouvoir multiniveaux

Dans le cadre du pluralisme désordonné promu, notamment en Europe, par le dogme de la souveraineté partagée, différents centres de pouvoir (publics ou privés) peuvent, selon les circonstances, alterner dans des positions de parité ou de suprématie vis-à-vis d'autres centres de ce type. Chacun de ces échanges perturbe l'équilibre du système de manière éventuellement incontrôlable, mais pas forcément fatale. Cette instabilité de la mécanique des contrepoids institutionnels, inhérente à la logique de la souveraineté partagée, favorise le développement d'un système concurrentiel de pouvoirs multiniveaux d'une complexité accrue, qui va bien au-delà des relations traditionnelles entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Dans ce système concurrentiel, qui manque de règles de conflit strictes, 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, qui à leur tour peuvent céder leur place à de centres de pouvoir et de contrepoids plus récents ou même à de plus anciens qui renaissent. La perpétuation de cet équilibre institutionnel incertain condamne tous les « créateurs du système » à la tâche de Sisyphe de rechercher sans cesse de nouveaux compromis politiques, qui, non seulement sont souvent difficiles à atteindre, mais restent, en principe, conjoncturels.

Dans l'Union européenne, l'émergence constante de nouveaux centres de pouvoir et de contrepoids est principalement due au fait que, dans le cadre de leurs conflits, les autorités nationales et les autorités de l'Union ne connaissent pas de frontières strictes, comme celles qui découlent au sein d'un État du principe de la séparation et de la structure hiérarchique des pouvoirs étatiques. Il n'est donc pas rare, lorsque les contraintes que l'Union impose à ses États membres sont parfois très poussées, que les États membres – et pas seulement les plus faibles – réagissent de manière très forte mais aussi très originale, voire inattendue. Un exemple de l'effort désespéré de la majorité gouvernementale d'un État membre à faire face à l'extrême pression venant de la part du SEBC et des créanciers internationaux est donné par l'organisation en Grèce du référendum du 5 juillet 2015 et l'invocation futile de son résultat contre les autorités de l'Union. Tout aussi défensif et convulsif pourrait être considéré la justification inédite du refus de la Cour constitutionnelle allemande de se conformer à la décision de la CJUE dans l'affaire *Weiss et al.* Les juges constitutionnels allemands ont réagi contre la tentative de la Banque centrale européenne d'usurper, selon eux, des éléments essentiels de la souveraineté nationale de l'Allemagne⁴¹.

Comme rien n'est prévu pour un processus de résolution définitive de tels conflits, ceux-ci se reproduisent et la recherche de nouveaux compromis précaires se perpétue. Dans ce contexte, il est caractéristique que, dans l'affaire *Weiss et al.* précitée, la Banque centrale européenne, après s'être déclarée liée par les jugements de la CJUE, se soit finalement alignée sur les indications des juges constitutionnels allemands. La tension semblait se désamorcer avec le rejet pour irrecevabilité, le 29 avril 2021, par le Bundesverfassungsgericht,

de deux ordonnances d'exécution de sa décision précitée dans l'affaire *Weiss et al.* Cependant, la désescalade était temporaire. Malgré ses réticences initiales, la Commission européenne a engagé, contre l'Allemagne, une procédure au titre de l'article 258 du TFUE, pour violation des principes fondamentaux du droit de l'Union, car la Cour constitutionnelle allemande n'a manifesté aucune volonté de modifier la « jurisprudence *ultra vires* » lorsqu'il a été appelé à statuer sur la constitutionnalité des mesures que l'Union a adoptées ultérieurement pour faire face à la crise provoquée par la pandémie (*EU Recovery Package*). On peut légitimement s'interroger si la décision susmentionnée de la Commission n'était principalement due à sa tentative d'éviter la contradiction de critiquer la position des juges constitutionnels polonais sur des questions institutionnelles tout aussi importantes sans avoir réagi à la jurisprudence précitée du Bundesverfassungsgericht. En tout état de cause, c'est probablement pour éviter l'aggravation de la rivalité avec un pays comme l'Allemagne que la Commission a finalement abandonné la procédure susmentionnée contre cet État membre⁴².

L'analyse qui précède montre que le modèle du pluralisme constitutionnel qui prévaut en Europe ne semble pas satisfaire le besoin de sécurité à long terme, pas plus qu'il n'affiche de manière convaincante une suprématie de valeurs susceptible de durablement fidéliser les États et les peuples concernés. L'État-nation ne semble, en tout état de cause, pas voué à disparaître en raison de la réémergence du dogme de la souveraineté partagée. L'État-nation et les mécanismes supra-étatiques qu'il a créés sont encore les mécanismes anti-entropiques les plus durables – pour l'instant – après la disparition de mécanismes antérieurs tels que les cités-États, les empires romain et carolingien ou le féodalisme médiéval, qui se sont effondrés dans le contexte du jeu de réarrangement de la souveraineté. Or, aujourd'hui, ce jeu s'est tellement ouvert que l'État et les autres pouvoirs publics (transnationaux, régionaux ou internationaux) nés dans le cadre de l'évolution du constitutionnalisme moderne et de la réalité internationale post-westphalienne sont désormais confrontés, dans le cadre de la privatisation croissante des standards constitutionnels, à la concurrence la plus rude de centres de pouvoir privés surpuissants.

II. — LA PRIVATISATION DES STANDARDS CONSTITUTIONNELS

Du point de vue de la création du droit, la modernité se caractérise par un changement de paradigme dans le rapport entre public et privé. Dans le contexte médiéval de souveraineté partagée, les autorités publiques, tel le monarque féodal, bien qu'elles puissent être qualifiées de souveraines, n'étaient pas légalement autorisées à empiéter sur les droits et privilèges acquis de leurs vassaux. Elles ne pouvaient pas créer du droit nouveau, parce que le droit était donné par Dieu, éternel et immuable. La tâche du monarque souverain était exclusivement de protéger – par le biais de ses pouvoirs exécutif et judiciaire – la validité de ce droit, c'est-à-dire les privilèges et droits féodaux acquis correspondants. Dans les Temps modernes, le centre de gravité s'est déplacé de la préservation du droit à sa création, c'est-à-dire de l'activité de l'exécutif et du judiciaire à l'activité législative et, en fait, à un mouvement de changement de la société par la législation. Le droit a cessé d'être considéré comme un don de Dieu, immuable, et est apparu comme le produit exclusif d'une volonté générale souveraine, qui résulte de processus politiques publics qui fondent même la règle fondamentale de l'État, la Constitution⁴³.

Aujourd'hui, le motif pré-moderne d'hybridation du droit public et du droit privé semble renaître⁴⁴. Il y a une tendance constante des centres de pouvoir privés à occuper des parts toujours plus importantes de la création du droit détenues par les différents pouvoirs publics (étatiques, interétatiques, régionaux ou internationaux) issus de l'évolution du constitutionnalisme moderne. Il s'agit d'un processus multidimensionnel de privatisation des standards constitutionnels qui s'échelonne, en tant que processus d'un nouveau changement de paradigme, à trois niveaux. À un premier niveau, ce processus est lié 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 découlant de la nature des choses. Il s'agit de l'affaiblissement de la performativité de la Constitution moderne (A). À un deuxième niveau, c'est la relativisation de la distinction entre État et société (B) 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 publics constitués. 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* (C), qui, de nos jours, est promu de manière impressionnante principalement par les plateformes en ligne privées d'envergure mondiale.

A. – L'affaiblissement de la performativité de la Constitution moderne

Dès le départ, la capacité de la Constitution moderne à créer du droit nouveau était imparfaite. La Constitution moderne a créé l'État constitutionnel et ses organes. Or, un certain nombre de libertés individuelles directement liées aux intérêts de la classe bourgeoise dirigeante (liberté et sécurité individuelles, liberté d'expression, liberté religieuse, droit de propriété, etc.) ont été simplement reconnues par la Constitution. Elles n'ont pas été créées par elle, puisqu'elles avaient été déclarées préexistantes et inaltérables, enracinées dans un droit universel de protection des droits de l'homme. Cette performativité incomplète de la Constitution s'est progressivement élargie, seulement lorsque le pouvoir constituant a cherché à renforcer les droits politiques et à garantir les droits sociaux, dont la protection semblait supposer l'intervention du législateur⁴⁵.

Il en résulte que le constitutionnalisme moderne n'a été qu'un dépassement partiel du régime antérieur, dont l'issue dépendait de l'interprétation constitutionnelle qui finirait par prévaloir. Et peu à peu a prévalu une interprétation constitutionnelle ultralibérale, qui a ébranlé la souveraineté populaire au profit de la souveraineté de l'individu, a réduit le droit aux droits subjectifs en diminuant les devoirs fondamentaux et en affaiblissant les droits sociaux, a promu le concept d'une démocratie sans peuple et a substitué l'État par les marchés et le citoyen par l'individu. Cette évolution du libéralisme traditionnel vers le néolibéralisme et, parfois, vers l'autoritarisme a conduit, entre autres, à la perte de la normativité des règles constitutionnelles, qui ont été instrumentalisées au service d'objectifs exogènes⁴⁶.

À cet égard, ces dernières années, la théologie des marchés n'a pas seulement nié la suprématie du politique sur l'économique. Il a en outre mis en faillite les règles constitutionnelles elles-mêmes⁴⁷. Selon l'interprétation constitutionnelle dominante, ces règles reflètent nécessairement le dogme des marchés, ce qui rappelle la primauté des faits

naturels et économiques sur les faits juridiques au début du Moyen Âge⁴⁸.

Dans le contexte de l'état d'urgence permanent qui s'est installé, 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 également à tous, de sorte que les gens n'ont d'autre issue que de 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 dépendance⁴⁹.

B. — La relativisation de la distinction entre État et société

Dans la société médiévale, toute opposition entre l'État et la société était exclue, car un pouvoir séparé du pouvoir existant dans la société ne pouvait être perçu⁵⁰. Le constitutionnalisme libéral a recherché la séparation de l'État et de la société. Cette distinction était étroitement liée au principe de l'État de droit et à la perception différente de la légalité dans les sphères publique et privée⁵¹. L'État était considéré comme le garant de la libre action des individus dans la société⁵².

La poursuite de ces distinctions a été ralentie mais pas annulée lorsque, par le biais de l'interventionnisme étatique, un effort a été fait pour compléter l'État de droit libéral par l'État de droit social. Or, sous la pression des intérêts privés, qui réagissaient aux limitations que leur imposait l'exercice de la politique sociale par l'État, une privatisation plus large de toutes les fonctions étatiques a été encouragée.

Primo, la privatisation du pouvoir législatif a été liée à l'organisation du système représentatif. Celui-ci 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 politiques⁵³. La privatisation de la législation consiste également dans la contractualisation progressive du droit⁵⁴. Il s'agit du remplacement généralisé des relations statutaires par des relations contractuelles, qui a lieu de nos jours, en particulier, dans le domaine du droit du travail, avec les politiques de « flexibilité » des marchés du travail⁵⁵, mais aussi dans d'autres domaines, tels que les relations familiales⁵⁶, l'éducation⁵⁷, la sécurité sociale⁵⁸, la gestion des sites et la protection de l'environnement⁵⁹, la fiscalité⁶⁰ ou les poursuites pénales⁶¹. *Secundo*, la privatisation de la fonction administrative a été liée à la participation diversifiée des particuliers à son exercice, favorisée, entre autres, par le droit de l'Union européenne qui a imposé le passage de la réglementation des services publics à la régulation des services d'intérêt économique général dans un environnement de marché libre⁶². *Tertio*, la privatisation de la justice a été favorisée par le développement de formes alternatives de règlement des litiges qui contournent les tribunaux étatiques⁶³, invoquant notamment la nécessité d'accélérer l'administration de la justice comme paramètre essentiel de l'efficacité économique⁶⁴.

Cette escalade de la privatisation des pouvoirs publics constitués semble avoir été la principale raison pour laquelle la relativisation néo-féodale de la distinction entre État et société se renforce et se généralise aujourd'hui. Cependant, un examen plus attentif conduit à la conclusion que cette relativisation puise ses origines dans les défauts inhérents à la

propre tentative du constitutionnalisme moderne de dépersonnaliser les pouvoirs publics.

Jusqu'à présent, les sociétés politiques ne sont pas allées jusqu'à instituer des organes publics qui prennent la forme de machines possédant une intelligence artificielle. Ainsi, le constitutionnalisme moderne, afin de s'assurer que les personnes physiques qui, inévitablement, agissent au nom de ces organes le feront dans le respect de leurs devoirs, a aussi adopté des institutions, telles que le serment, qui reproduisent des concepts et des pratiques religieux ne distinguant, elles, pas entre les sphères publique et privée. Cependant, ces institutions qui rappellent les rituels féodaux n'ont pas toujours été particulièrement efficaces. Les conflits d'intérêts, la corruption et l'incompétence dans l'exercice des pouvoirs publics résultent, dans une large mesure, de l'identification pratique de l'organe public à la personne physique qui en est chargée. Cette dernière, reproduisant un standard féodal caractéristique, perçoit souvent la compétence de l'organe public comme un droit acquis propre à elle et, même, comme un droit de propriété⁶⁵.

Sur la base de cette dépersonnalisation incomplète des pouvoirs publics, une dynamique considérable s'est développée pour que des secteurs entiers du droit public, de la propriété publique, de la justice et des droits des citoyens reviennent à un régime de contrôle par des entreprises privées. Ce n'est pas un hasard si cette dynamique s'est avant tout appuyée sur la propagation des institutions et des concepts du droit anglo-américain qui s'est développé à travers un dépassement plus doux du féodalisme et un rétrécissement du rôle de l'État⁶⁶.

C. – *Le constitutionnalisme sociétal*

Certains centres de gouvernement collectifs privés ayant une envergure internationale, après avoir réussi à exercer des fonctions publiques, revendiquent une forme de constitutionnalisation autonome (communautés commerciales, entreprises multinationales, associations sportives, universités internationales, etc.). C'est le phénomène du *constitutionnalisme sociétal*⁶⁷, qui introduit une conception réductrice de la Constitution⁶⁸ et constitue la dernière étape de l'escalade de la privatisation des standards constitutionnels. Cette tentative de privatisation du pouvoir constituant – voire de la souveraineté elle-même – repose sur les idées, assez répandues de nos jours, que l'État n'est pas la forme « naturelle » de l'organisation politique des sociétés⁶⁹ et que l'objet de la Constitution n'est pas l'État, mais la société⁷⁰. Par ailleurs, cette tentative 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'entre 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 à la fois imite et érode les standards constitutionnels modernes⁷¹.

L'exemple du conseil de surveillance (*oversight board*) de l'entreprise Facebook (Meta), dont l'institution en 2021 a été l'événement le plus spectaculaire en matière de constitutionnalisme sociétal⁷², en est éloquent. Grâce à sa conception cosmopolite, à son organisation de qualité et à son recours aux acquis du droit international, la réputation de ce Conseil de surveillance, qui est le fruit d'un effort d'autorégulation d'un opérateur mondial de médias sociaux, se présente déjà comme rivalisant avec le prestige des cours constitutionnelles nationales et des juridictions supranationales qui garantissent traditionnellement la liberté d'expression. En même temps, l'entreprise Facebook (Meta), en créant cette cour suprême virtuelle, donne l'impression qu'elle s'apprête à devenir un véritable « État numérique » capable de rivaliser avec les États politiques traditionnels. Or,

bien qu'il semble promouvoir une sorte de constitutionnalisation du *lex Facebook*⁷³ et puisse en accroître la transparence en rendant l'entreprise Facebook (Meta) plus responsable de ses choix, son Conseil de surveillance reste une institution privée dont la légitimité et les ressources dépendent de son fondateur, tout aussi privé. Cette institution promeut une forme d'administration privée de la justice qui marginalise et hybride les valeurs constitutionnelles et les garanties démocratiques⁷⁴. La logique dudit Conseil de surveillance, tout en semblant fondée sur le droit international des droits de l'homme, continue d'être inévitablement influencée par les standards privés énoncés dans les directives de l'entreprise Facebook (Meta). En contournant toute autonomie juridique de l'État par rapport à la société, sur laquelle repose le concept moderne d'État de droit, cet exemple de constitutionnalisme sociétal est susceptible de mettre en péril la protection des droits des faibles à l'égard des membres les plus forts de la collectivité concernée, car il n'est pas évident que toutes les garanties offertes par le constitutionnalisme étatique classique puissent être identifiées dans la constitution sectorielle privée qu'aspire devenir *lex Facebook*⁷⁵.

À l'égard de ces dangers émanant de l'activisme dynamique des plateformes en ligne privée, 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 dans l'Union. Toutefois, le recours au droit de la concurrence traditionnel semble l'empiéter sur la perspective beaucoup plus prometteuse de mettre en place des règles apparentant à celles qui régissaient, autrefois, les seuls services publics. En effet, la soumission des plateformes numériques à un régime de responsabilité civile objective, excède de loin les ambitions du droit de l'Union. À juger de la toute nouvelle réglementation des plateformes numériques (Digital Services Act et Digital Markets Act), le législateur de l'Union européenne ne semble guère avoir l'intention d'harmoniser le régime de responsabilité civile des médias traditionnels de radiotélévision avec le régime des plateformes gérant les médias sociaux⁷⁶.

En tout état de cause, encadrer efficacement l'activité des plateformes en ligne privées ressemble généralement plutôt à un vœu. Dans les circonstances actuelles, même si les instances et les procédures les plus appropriées se voient dotées des règles de fond les plus poussées, aucune réglementation publique ne semble capable de suivre le rythme et l'ampleur de la performativité du secteur privé en matière de numérique. Le temps que les pouvoirs publics parviennent à leur imposer des obligations constitutionnelles suffisantes, les pouvoirs privés auront sans doute mis en place le *metaverse*, c'est-à-dire un espace commun virtuel collectif, un avatar universel de la société, où les gens peuvent jouer, travailler et communiquer, en utilisant des dispositifs de réception en réalité virtuelle et/ou augmentée⁷⁷. Ainsi, grâce à l'avance constante de ses stupéfiantes performances, le pouvoir et le constitutionnalisme privés semblent gagner toujours du terrain dans leur confrontation avec le pouvoir et le constitutionnalisme publics déréglementés. Et l'évolution continue de la technologie permet aux centres de pouvoirs privés d'espérer que, si le handicap de leur réglementation publique n'est pas rattrapé, la foi en leur souveraineté sera peu à peu

consolidée dans l'imaginaire collectif. Pour le moment, certes, le jeu de la réorganisation de la souveraineté reste ouvert. Or, tant que ce jeu, qui évolue cycliquement dans le long temps historique, ne sera pas provisoirement clos avec la prévalence relative d'un nouveau mécanisme anti-entropique de concentration du pouvoir qui succédera à l'État-nation, on observera sans cesse la tendance à la fragmentation du pouvoir et, avec elle, la liquidation du droit constitutionnel.

III. — LA LIQUIDATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Dans la société médiévale privée, malgré la recherche constante d'un ordre, prévalait une « anarchie féodale », qui, en dernière analyse, menait à une certaine liquidation du droit. Le caractère éternel et immuable de celui-ci ne lui conférait pas un pouvoir contraignant absolu, puisque chacun pouvait l'invoquer à sa guise et selon ses besoins⁷⁸. La modernité a voulu mettre fin à cette « anarchie féodale » et garantir la sécurité juridique et la régularité institutionnelle. Sur ce plan, l'interprétation du droit de la part de son créateur, désormais le législateur, a en principe primé son interprétation de la part du juge. L'interprétation du droit est, d'ailleurs, restée attachée à cet objectif de garantir la sécurité juridique et la régularité institutionnelle, même lorsqu'elle a cessé d'être la prérogative exclusive du législateur et a été confiée au juge⁷⁹.

Toutefois, de nos jours, notamment dans le contexte du constitutionnalisme européen, il y a eu un tournant vers une conception du droit ressemblant à celle de la société médiévale privée. Les normes fondamentales, nationales et européennes, ont été fragilisées, mises en réseau, rendues souples, négociables et susceptibles d'harmonisation sur la base de l'existence de principes constitutionnels communs (A). Ces principes ne sont pas créés par des institutions nationales ou européennes, mais sont censés être enracinés dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne, qu'un « clergé » technocratique néo-féodal cherche à faire dépendre des perceptions de l'idéologie dominante. Ces principes font l'objet d'invocations divergentes par leurs différents interprètes, juges ou autres, qui se disputent (B) leurs privilèges. Cependant, parce qu'aucun des interprètes ci-dessus ne semble avoir le dernier mot, une anarchie néo-féodale se forme qui liquide le droit constitutionnel, en le mettant en négociation constante (C).

A. — *L'existence des principes constitutionnels communs*

Le droit de l'Union, s'il trouve appui dans les traités, 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 CJUE 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*)⁸⁰. 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 nécessairement fondée ni 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, en le tournant à sa guise et selon ses besoins⁸¹. 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 croyance en des principes constitutionnels communs qui se manifeste symboliquement, lors de l'interprétation et de l'application de nouvelles règles de droit (positif) il y a des invocations desdits principes qui s'écartent sensiblement les unes des autres.

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 symbole 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 le pluralisme des sources du droit, qui inclut tant des règles de droit nationales, européennes et internationales que de diverses versions de *soft law*⁸². Ce pluralisme déformalise et liquide le droit⁸³, car, en abandonnant la rigueur de la normativité comme ordonnancement, il adopte la plasticité de la régulation qui renvoie à la morale et aux bonnes pratiques (*best practices*). Ainsi, les droits fondamentaux deviennent l'objet d'invocations déviantes, notamment parce que la glorification de l'existence des traditions constitutionnelles communes ne peut pas couvrir l'hétérogénéité et les antagonismes des institutions et des traditions.

Comme le démontre l'invocation généralisée du critère fonctionnel de la *protection équivalente* des droits fondamentaux, il n'est pas rare que, malgré les apparences, la perception par chaque État membre d'un droit fondamental ne soit, 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 membres⁸⁴. De plus, il n'est pas non plus rare qu'en matière de protection d'un droit fondamental, les juridictions nationales interprètent paradoxalement le droit de l'Union conformément au droit national⁸⁵, en refusant parfois même explicitement de se conformer aux décisions des deux juridictions européennes⁸⁶. 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'Union⁸⁷. D'ailleurs, alors que dans les ordres juridiques nationaux les droits fondamentaux sont une fin en soi et non un moyen, le fonctionnalisme économique de l'Union transforme les droits fondamentaux en un moyen de poursuivre des objectifs économiques supérieurs (par exemple la création d'un marché unique européen ou la préservation de la discipline budgétaire)⁸⁸.

En fin de compte, nonobstant la réponse à la question de savoir s'il existe effectivement des principes constitutionnels communs, le seul recours à ces principes n'est pas de nature à assurer l'achèvement de la constitutionnalisation du droit européen en absence de règles de conflit strictes et d'une procédure unique de résolution définitive des litiges. La perpétuation des conflits a multiplié la complexité du constitutionnalisme européen, en reproduisant son imperfection et son manque de cohérence. Dans le même temps, elle a conduit à la

mutation de la fonction primaire de tous les soi-disant principes et valeurs communs. Comme l'indique le mécanisme de sanctions prévu, en vertu du traité d'Amsterdam, à l'article 7 du Traité sur l'Union européenne et le régime de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union établi par le règlement 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil, ces principes et valeurs ont évolué des sources d'une perspective propice d'intégration plus poussée en bases d'une surveillance institutionnelle et économique des États membres. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant qu'en Europe comme ailleurs le droit constitutionnel soit à la merci de la guerre qui se livre entre ses interprètes.

B. — La guerre des interprètes

Dans la modernité, l'État de droit constitutionnel a tenté de transformer l'interprétation du droit en compétence, donnant même la primauté – formelle et non matérielle – à l'interprétation adoptée par les interprètes authentiques⁸⁹, c'est-à-dire les organes étatiques qui appliquent la loi et, en dernier ressort, les juges. D'ailleurs, comme l'a décrit A. Schiavone, le droit a été inventé à Rome, comme un objet qui s'est peu à peu séparé et autonomisé de la religion, de la politique et de la morale, grâce aux juristes et, enfin, aux juges. Succédant aux pontifes, véritables prêtres du droit, les conseillers juridiques, devenus les magistrats de la cité, sont parvenus à former un groupe autonome, capable de résister aux forces politiques et de penser les problèmes de la société en termes juridiques et non plus en termes moraux, religieux ou politiques⁹⁰. Depuis lors, il semble que l'émancipation du droit ait été liée à la garantie de l'indépendance et de l'efficacité du travail des juges en tant qu'interprètes authentiques du droit les plus cruciaux.

Or, de nos jours, la hiérarchie formelle des interprètes du droit constitutionnel est ébranlée. L'interprétation constitutionnelle – même celle émanant des juridictions nationales et européennes – est devenue trop pragmatique et imprévisible. Dans ce contexte, notamment après la crise économique qui a éclaté en 2010 dans la zone euro, les autres interprètes du droit cherchent à délégitimer les interprétations juridictionnelles des normes constitutionnelles et l'autorité des tribunaux qui les délivrent. Bref, une guerre semble faire rage pour la revendication à la fois du titre d'interprète fonctionnellement authentique du droit constitutionnel et du dernier mot dans l'interprétation de ce droit⁹¹.

Dans cette guerre, la plupart des batailles semblent être gagnées par un « clergé » néo-féodal, qui 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'opinion 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 choses⁹². Cependant, ni ce « clergé » ni personne d'autre n'a réussi à s'imposer comme un authentique interprète du droit par excellence. Ainsi, alors que l'incertitude interprétative se perpétue, le droit constitutionnel reste en négociation constante.

C. — Le droit constitutionnel en négociation constante

La guerre des interprètes a abouti à l'abandon presque total du *légalisme*, qui était l'outil de base pour dépasser la réalité juridique pré-moderne⁹³. L'interprétation grammaticale et originaliste, qui garantissait la souveraineté populaire, le libéralisme politique et la sécurité

juridique, est passée au second plan. Un certain nombre d'autres théories, méthodes et techniques d'interprétation constitutionnelle dynamique ont été avancées pour servir la conception pré-moderne 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 immuables⁹⁴. Outre la protection des droits fondamentaux et la doctrine des marchés évoquées plus haut, comme telles vérités ont également apparu l'invocation technocratique de la science et la protection de l'intérêt national. 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 négociation constante et provoqué une insécurité juridique accrue, car il a établi la croyance que toute interprétation constitutionnelle est soutenable. L'insécurité en question s'est intensifiée ces dernières années en raison de l'état d'urgence permanent instauré à l'occasion des différentes crises successives.

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 est fondamentalement une interprétation de l'ancien. Comme le montre l'arrêt emblématique *Pringle*⁹⁵, cette idée a été adoptée par la CJUE 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, l'exemple type 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 à l'invocation du déficit de protection des intérêts nationaux fondamentaux dont l'Union ne garantit pas encore de protection équivalente⁹⁶. D'autre part, tant au niveau national qu'au niveau européen, la gestion de la pandémie de la Covid-19 a été un champ privilégié pour abhorrer davantage le légalisme et adopter le credo pré-moderne 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 qui surdétermine l'interprétation des normes constitutionnelles.

*
**

La fin du constitutionnalisme moderne est-elle proche ? Le moment s'approche-t-il 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 ?

On pourrait sans doute facilement répondre par la négative à la deuxième 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 dissoute⁹⁷. 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 par le 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, avec les 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.

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. Cette dernière est, en général, déréglementée et en déclin. Cependant, sa fin n'advient définitivement que lorsqu'une foi collective sera formée en ce sens au sein de la société. La résilience de l'État-nation et de ses dérivés supra-étatiques ainsi que l'effort évolutif pour une réglementation publique efficace des plateformes en ligne étayent le constat que le jeu de la réorganisation de la souveraineté reste toujours ouvert, c'est-à-dire que la croyance collective ci-dessus n'a pas encore été définitivement formée. Mais la concurrence féroce qui fait rage entre les pouvoirs publics, désorganisés mais toujours résilients, et la performativité toujours croissante des centres de pouvoir privés confirme que la fin définitive du 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.

Cette inquiétude s'est accrue après l'invasion par la Russie de l'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. Le constat ci-dessus est principalement basé sur le fait que la guerre en Ukraine confronte, de manière dramatique, l'Union européenne avec les limites et les contradictions de sa déréglementation constitutionnelle, en mettant en exergue avec énergie presque tous les standards ou motifs du féodalisme médiéval qui sont 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 indécise 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 pré-moderne de « guerre juste »⁹⁸.

Sans sous-estimer sa fonction émancipatrice en termes de consolidation des principes des Lumières du XVIII^e siècle sur lesquels se fonde le constitutionnalisme moderne, il ne faut pas perdre de vue que ledit constitutionnalisme a également instauré une fiction institutionnelle de la gestion de pouvoir. Dans la mesure où elle n'a pas mis en œuvre le partenariat correctif de l'État de droit libéral avec l'État de droit social, ni empêché les conflits entre États, il n'est pas étonnant que cette fiction ait sapé ses propres caractéristiques démocratiques et libérales.

Dans ce contexte, aussi nécessaire qu'il puisse paraître, l'effort pour épuiser toutes les marges possibles de promotion, notamment au niveau européen, 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 piégé dans la fiction institutionnelle du constitutionnalisme moderne. À l'égard, notamment, de l'efficacité 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 matériaux de la fiction ci-dessus semblent plutôt dépassés. Il faut réinventer le constitutionnalisme à partir d'un nouveau siècle des Lumières qui visera et proposera les moyens appropriés pour établir un humanisme contemporain, un humanisme numérique, dans le cadre duquel chacun fonctionnera de manière autonome aux différents niveaux de son existence et contribuera constamment à ce qu'il en soit effectivement de même pour tous les autres.

Alors que le constitutionnalisme moderne semble céder sa place au constitutionnalisme néo-féodal et que l'ombre d'un nouveau Moyen Âge se répand dans le monde et, en particulier, en Europe, une vigilance constante et plus de patience s'imposent. *The night is still young.*

1 - (1) Cf. www.cyannakopoulos.gr.

2 - (2) V. Amato G., « Passato, presente e futuro del costituzionalismo », Nomos 2-2018, www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/05/Amato.pdf.

3 - (3) V. Leca A., *La généalogie du désordre juridique*, 2009, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, p. 173 et s.

4 - (4) V. Le Goff J., *L'Europe est-elle née au Moyen Âge?*, 2003, Seuil.

5 - (5) V. à titre indicatif : Reisman G., *The Revolt Against Affluence: Galbraith's Neo-Feudalism*, 1961, The Objectivist ; Habermas J., *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, 1988, Payot ; Wallerstein I., *Historical Capitalism with Capitalist Civilization*, 1996, Londres-New York, Verso, not. p. 162 ; *id.*, *The Modern World-System I: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, 2011, Berkeley, University of California Press ; Ziegler J., *L'empire de la honte*, 2007, Fayard ; Zafirovski M., « "Neo-Feudalism" in America? Conservatism in Relation to European Feudalism », *International Review of Sociology* 2007, vol. 17, n° 3, p. 393 et s. ; Neckel S., « Refeudalisierung der Ökonomie: Zum Strukturwandel kapitalistischer Wirtschaft », MPIfG Working Paper 10/6, Cologne, Max Planck Institute for the Study of Societies, juill. 2010, https://pure.mpg.de/rest/items/item_1232114_1/component/file_1232112/content ; *id.*, « Retour vers le futur : la reféodalisation du capitalisme moderne », *Revue suisse de sociologie* 2017, vol. 43, n° 1, p. 183 et s. ; Pederson D., « America: Home of the Bewildered Serf and Land of the Feudal Lords », *HuffPost* 5 avr. 2012, mise à jour 4 juill. 2012, The Blog, www.huffpost.com/entry/america-home-of-the-bewil_b_1476594 ; Kyrchanov M., « The neo-feudalism concept in the context of contemporary economic neo-Marxism », *Economic Annals* 2015, vol. 21, n° 5-6, p. 4 et s. ; Benczes I., Kollai I., Mach Z. et Vigvári G., « Conceptualisation of neo-traditionalism and neo-feudalism », in Kubik J. et Mole R. (dir.), *POPREBEL, Populist rebellion against modernity in 21st-century Eastern Europe: Neo-traditionalism and neo-feudalism*, 2020, Commission européenne, Working Paper n° 2, p. 9 et s., <https://populism-europe.com/wp-content/uploads/2021/09/Working-Paper-2.pdf> ; Durand C., *Techno-féodalisme. Critique de l'économie numérique*, 2020, La Découverte, Zones ; Kotkin J., *The Coming of Neo-Feudalism: A Warning to the Global Middle Class*, 2020, Encounter Books ; Dean J., « Neofeudalism: The End of Capitalism? », *Los Angeles Review of Books* 12 mai 2020, <https://lareviewofbooks.org/article/neofeudalism-the-end-of-capitalism/>.

6 - (6) V. Kollai I., « The many meanings of neo-feudalism: Analysis of academic and public discourse alluding premodern social structures », *Köz-Gazdaság* 1/2020, p. 122 et s.

7 - (7) V. Lefebvre J. (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, 2006, PUF. V. aussi Kuttner R. et Stone K. V., « The Rise of Neo-Feudalism », *The American Prospect* 8 avr. 2020, <https://prospect.org/economy/rise-of-neo-feudalism/>.

- 8 – (8) V. Supiot A., « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in Chassagnard-Pinet S. et Hiez D. (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, 2007, LGDJ, p. 19 et s.; Hennebel L. et Lewkowicz G., « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in Lewkowicz G. (dir.), *Repenser le contrat*, 2009, Dalloz, p. 221 et s., not. p. 243 et s.
- 9 – (9) V. Chryssogonos K., « La démocratie privée. Des dynasties politiques à la kleptocratie » (en grec), *Études politiques grecques*, 2009, Thessalonique, Éd. Epikentro, not. p. 218 et s.
- 10 – (10) V. Legendre P., « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, 1997, LGDJ, p. 201 et s.
- 11 – (11) V. Decoopman N., « Les autorités administratives indépendantes et l'hypothèse du néo-féodalisme : de l'émiettement de l'État au néo-corporatisme ? », in Lefebvre J. (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, op. cit., p. 137 et s.
- 12 – (12) V. Huhnholz S., « Refeudalisierung des Steuerstaates? Vorüberlegungen zu einer politischen Theorie der Steuerdemokratie », in Boysen S. et al. (dir.), *Verfassung und Verteilung. Beiträge zu einer Grundfrage des Verfassungsverständnisses*, 2015, Tubingue, Mohr Siebeck, p. 175 et s.
- 13 – (13) V. Papanikolaou D., « L'introduction du droit étatique dans le système sportif », in Lefebvre J. (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme...*, op. cit., p. 41 et s.
- 14 – (14) V. Viaut L., « Les mutations du droit sont-elles le vecteur d'un néo-féodalisme ? », LPA 18 mai 2020, n° 153s0, p. 15.
- 15 – (15) V., sur la chaîne d'inscriptions en ligne (*blockchain*), Laurent-Bonne N., « La re-féodalisation du droit par la *blockchain* », Dalloz IP/IT 2019, p. 416 et s.
- 16 – (16) V. Cassese S., « Che tipo di potere pubblico è l'Unione Europea? », Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 2002, n° 31, p. 141 et s., not. p. 167.
- 17 – (17) V. Lefebvre J., « L'hypothèse du néo-féodalisme. Présentation », in Lefebvre J. (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme...*, op. cit., p. 23 et 24.
- 18 – (18) Pour une analyse plus détaillée, v. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal* (en grec), 2022, Athènes-Salonique, Éd. Sakkoulas.
- 19 – (19) V. Yannakopoulos C., *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, 2019, Athènes-Salonique, Éd. Sakkoulas.
- 20 – (20) V. aussi Venanzoni A., « Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati », MediaLaws 24 déc. 2020, n° 3, p. 178 et s., not. p. 180 et s.; *id.*, *Ipotesi neofeudale. Libertà, proprietà e comunità nell'eclissi globale degli Stati nazionali*, 2020, Florence, Passaggio al Bosco Ed.
- 21 – (21) V. Grimm D., « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », Trivium 18 déc. 2019, n° 30, <http://journals.openedition.org/trivium/6956>.
- 22 – (22) Voltaire, « Fragments sur quelques révolutions sur l'Inde et sur le général de Lally » (juin-déc. 1773), in *Œuvres complètes de Voltaire*, t. XXIX, 1879, Garnier, p. 85 et s., not. p. 91.
- 23 – (23) V. Schiavone A., « Les juristes et l'histoire. Pour une nouvelle archéologie du droit », Clío@Thémis 2018, n° 14, n°^{os} 5 et 10, <https://journals.openedition.org/cliiothemis/688>.
- 24 – (24) V. Grossi P., *L'Europa del diritto*, Laterza, 7^e éd., 2011, p. 11 et s.
- 25 – (25) V. Derrida J., *Inconditionnalité ou souveraineté. L'Université aux frontières de l'Europe* (en grec), 2002, Éd. Pataki, trad. Molfessi L., Bitsioris V. et Keramida A., p. 59 et s., not. p. 61.
- 26 – (26) V. Schmitt C., *Théologie politique. Quatre chapitres autour de l'enseignement de la souveraineté* (en grec), trad., notes et épilégomènes de Kondylis P., 2016, Éd. Koukkida, p. 65 et s. et 68.
- 27 – (27) V. Grossi P., *L'Europa del diritto*, op. cit., p. 110.

- 28 – (28) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n° 19.
- 29 – (29) V. Lemaire F., « Propos sur la notion de “souveraineté partagée” ou sur l’apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFD const.* 2012/4, n° 92, p. 821 et s., not. p. 824 et s.
- 30 – (30) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n° 20.
- 31 – (31) *Ibid.*, n°s 23 et s.
- 32 – (32) Cf. Rhodes R. A. W., « The hollowing out of the state: The changing nature of the public service in Britain », *The Political Quarterly* 1994, vol. 65, n° 2, p. 138 et s.
- 33 – (33) V. Supiot A., « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », art. préc., p. 16.
- 34 – (34) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n°s 40 et s.
- 35 – (35) V. Yannakopoulos C., *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, *op. cit.*, *passim*.
- 36 – (36) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n°s 44 et s.
- 37 – (37) *Ibid.*, n°s 45 et s.
- 38 – (38) V. Yannakopoulos C., *L’influence du droit de l’Union européenne sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois* (en grec), 2013, Athènes-Salonique, Éd. Sakkoulas.
- 39 – (39) V., à titre indicatif, CJUE, 15 janv. 2013, n° C-416/10, Križan e. a.
- 40 – (40) V., à titre indicatif, CJUE, 1^{er} avr. 2008, n° C-212/06, Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand.
- 41 – (41) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n°s 47 et s.
- 42 – (42) V. Yannakopoulos C., « Les mutations du constitutionnalisme européen déréglementé. Réflexions à propos de l’arrêt *PSPP* de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020 », *RDP* 2020, n° 4, p. 1041 et s.
- 43 – (43) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n° 65.
- 44 – (44) V. Grossi P., « Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale », in Zorzi A. (dir.), *La civiltà comunale italiana nella storiografia internazionale: atti del convegno internazionale di studi (Pistoia, 9-10 aprile 2005)*, 2008, Florence, Firenze University Press, p. 1 et s., not. p. 5 ; Kondylis P., épilégomènes in Schmitt C., *Théologie politique. Quatre chapitres autour l’enseignement de la souveraineté*, *op. cit.*, p. 171 et s.
- 45 – (45) V. Supiot A., « The public-private relation in the context of today’s refeudalization », *International Journal of Constitutional Law* 7 janv. 2013, vol. 11, n° 1, p. 129 et s., <https://doi.org/10.1093/icon/mos050>.
- 46 – (46) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n°s 72 et s.
- 47 – (47) *Ibid.*, n°s 75 et s. V. aussi Yannakopoulos C., *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, *op. cit.*, n° 66.
- 48 – (48) V. Yannakopoulos C., « Un État devant la faillite : entre droit et non-droit », in Zaradny A., Wolff N. et Fleury Graff T., *La fin du droit ? Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013*, Université de Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines, 2015, Mare & Martin, p. 175 et s.
- 49 – (49) V. Grossi P., *L’Europa del diritto*, *op. cit.*, p. 110.
- 50 – (50) V. Supiot A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, 2015, Fayard, Poids et mesures du monde.
- 51 – (51) V. Kondylis P., *Conservatisme. Contenu historique et déclin* (en grec), 2015, Héraklion, Éd. universitaires de Crète (traduction grecque par L. Anagnostou de la première édition allemande, *Konservativismus: Geschichtlicher Gehalt und Untergang*, 1986, Stuttgart, Klett-Cotta), p. 192 et s.
- 52 – (52) V., à titre indicatif, Carpano É., *État de droit et droits européens*, 2005, L’Harmattan.
- 53 – (53) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, *op. cit.*, n°s 80 et s.
- 54 – (54) V. Le Bart C. et Rangeon F., « Le néo-féodalisme politique. L’éternel retour des fiefs

politiques ? », in Lefebvre J. (dir.), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, op. cit., p. 115 et s.

55 - (55) V. Supiot A., *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale*, op. cit.

56 - (56) V. Romagnoli U., « La déréglementation et les sources du droit du travail », RID comp. 1990, vol. 42, n° 1, p. 9 et s. ; Hirsch J., « From the Fordist to Post-Fordist State », in Jessop B., Kastendiek H., Nielsen K. et Pedersen O. K. (dir.), *The Politics of Flexibility: Restructuring State and Industry in Britain, Germany and Scandinavia*, 1991, Aldershot-Brookfield, Edward Elgar, p. 67 et s. ; Pereira B., « Libéralisation du marché du travail : vers une flexisécurité à la française », Management & Avenir 2010, vol. 34, n° 4, p. 81 et s. ; Adams-Prassl J., *L'ubérisation du travail. Promesses et risques du travail dans l'économie des petits boulots*, 2021, Dalloz.

57 - (57) V. Viaut L., La contractualisation du droit de la famille, Actu-Juridique.fr 9 août 2021, www.actu-juridique.fr/civil/personnes-famille/la-contractualisation-du-droit-de-la-famille/ ;

Gatti L., « La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne », 2015, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Thèses.

58 - (58) V. Supiot A., *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale*, op. cit., p. 15 et s.

59 - (59) V. Auvergnon P. (dir.), *La contractualisation du droit social. Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, 2003, Bordeaux, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale ; Aleksandrova A., « Le droit social dans une société post-industrielle », Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2018, n° 1, p. 90 et s.

60 - (60) V. Monteillet V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, 2017, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses.

61 - (61) V. Chevallier J., *L'État post-moderne*, 5^e éd., 2017, LGDJ, p. 179.

62 - (62) *Ibid.*, p. 178 et s.

63 - (63) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, op. cit., n° 90.

64 - (64) V. Viaut L., *Les mutations du droit sont-elles le vecteur d'un néo-féodalisme ?*, op. cit.

65 - (65) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, op. cit., n° 91.

66 - (66) *Ibid.*, n^{os} 81 et s.

67 - (67) *Ibid.*, n° 87.

68 - (68) V. Sciulli D., « Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », The British Journal of Sociology 1988, n° 39, p. 377 et s. ; *id.*, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, 1991, Cambridge, Cambridge University Press ; *id.*, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, 2001, New York, New York University Press ; Teubner G., *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, 2016, Classiques Garnier, trad. et prologue Aubert I. ; *id.*, « Constitutionnalisme sociétal : neuf variations sur un thème de David Sciulli », trad. Aubert I., in « Constitutionnalisme global », Jus Politicum 19 janv. 2018, p. 71 et s. ; *id.*, « La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel », RDP 2017, p. 1603 et s. ; De Munck J., « Le défi du constitutionnalisme sociétal », in Argent (d') P., Verdussen M. et Renders D. (dir.), *Les visages de l'État. Liber Amicorum Yves Lejeune*, 2017, Bruxelles, Bruylant, p. 293 et s.

69 - (69) V. Grimm D., *L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé*, op. cit., n^{os} 60 et s.

70 - (70) V. Cassese S., *Oltre lo Stato*, 2006, Laterza.

71 - (71) V. Rousseau D., « La Constitution a-t-elle un avenir ? », Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno « Passato, presente, futuro del

- costituzionalismo e dell'Europa », che si terrà a Roma l'11-12 maggio 2018, www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/05/Rousseau-Passato-Presente-Futuro.pdf.
- 72 - (72) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, op. cit., n^{os} 97 et s.
- 73 - (73) V. Klonick K., « Inside the Making of Facebook's Supreme Court », *The New Yorker* 12 févr. 2021, www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/inside-the-making-of-facebooks-supreme-court.
- 74 - (74) V. Gradoni L., « Constitutional Review via Facebook's Oversight Board: How platform governance had its Marbury v Madison », *Verfassungsblog* 10 févr. 2021, <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>.
- 75 - (75) V. Pollicino O. et De Gregorio G., « Shedding Light on the Darkness of Content Moderation: The First Decisions of the Facebook Oversight Board », *Verfassungsblog* 5 févr. 2021, <https://verfassungsblog.de/fob-constitutionalism/>.
- 76 - (76) V. Yannakopoulos C., « Le charme discret du constitutionnalisme numérique privé. Réflexions à propos de l'institution et du fonctionnement de la "Cour suprême" de Facebook » (en grec), *Journal de droit administratif (revue grecque)* 1/2021, p. 27 et s.
- 77 - (77) V. Yannakopoulos C., *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 mars 2022, <https://cyannakopoulos.gr/fr/conference-de-specialite-a-luniversite-jean-moulin-lyon-3-sur-le-sujet-les-plateformes-en-ligne-privées-et-le-droit-de-lunion-europeenne-deux-constitutionnalismes-non-etatiques/>; *id.*, *Constitution, libertés et numérique. Les droits et libertés fondamentaux à l'heure numérique : évolution ou révolution ?*, Rapport national (Grèce) à la XXXVII^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, 10-11 sept. 2021, *Annuaire international de justice constitutionnelle 2022*, vol. XXXVII-2021, p. 331 et s.
- 78 - (78) V. Smart J. M., Cascio J. et Paffendorf J., « Metaverse Roadmap. Pathways to the 3D Web: A Cross-Industry Public Foresight Project », www.w3.org/2008/WebVideo/Annotations/wiki/images/1/19/MetaverseRoadmapOverview.pdf
- 79 - (79) V. Kondylis P., *Conservatisme. Contenu historique et déclin*, op. cit., p. 65 et s. et 75 et s.
- 80 - (80) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, op. cit., n° 111.
- 81 - (81) V. Kondylis P., *Conservatisme. Contenu historique et déclin*, op. cit., p. 248.
- 82 - (82) V. Yannakopoulos C., *Le constitutionnalisme néo-féodal*, op. cit., n^{os} 113 et s.
- 83 - (83) V. aussi Yannakopoulos C., *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., p. 30.
- 84 - (84) Cf., sur la liquidation du droit, Messina G., *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, 2012, Milan, Franco Angeli; *id.*, « Dentro la modernità : diritto liquido, potere solido », *Sociologia del diritto* 3/2015, p. 81 et s.; Nicolas E., *Penser les flux normatifs. Essai sur le droit fluide*, 2018, Mare & Martin, Libre Droit, p. 109.
- 85 - (85) V. Yannakopoulos C., *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n^{os} 155 et 168.
- 86 - (86) *Ibid.*, n° 164.
- 87 - (87) *Ibid.*, n° 63. V. aussi Yannakopoulos C., « Les mutations du constitutionnalisme européen déréglementé... », art. préc.
- 88 - (88) V., sur le principe de proportionnalité, Yannakopoulos C., *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, op. cit., n^{os} 141 et s.
- 89 - (89) *Ibid.*, n^{os} 89 et s.
- 90 - (90) Sur la notion d'interprète authentique, v. Yannakopoulos C., « L'apport de la notion de fait administratif institutionnel à la théorie du droit administratif », *Revue*

interdisciplinaire d'études juridiques 1997, n° 38, p. 17 et s., www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-1997-1-page-17.htm, n^{os} 15, 25, 27 et 29 et s.

91 - (91) V. Schiavone A., *Ius. L'invention du droit en Occident*, 2009, Belin, L'Antiquité au présent, trad. Bouffartigue J. et Bouffartigue G.

92 - (92) Cf. Supiot A., « La guerre du dernier mot », in *Droit social international et européen en mouvement. Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, 2019, LGDJ, p. 489 et s.

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

94 - (94) Sur le rôle du *légalisme* dans la modernité, v. Grossi P., *L'Europa del diritto*, *op. cit.*, p. 113.

95 - (95) Goldsworthy J., concl. in Goldsworthy J. (dir.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, 2006, Oxford, Oxford University Press, p. 321 et s. V. aussi Yannakopoulos C., *Juge constitutionnel et interprétation des normes*, Rapport national (Grèce) à la XXXIII^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, 8-9 sept. 2017, *Annuaire international de justice constitutionnelle 2018*, vol. XXXIII-2017, p. 307 et s., n° 125.

96 - (96) V. CJUE, 27 nov. 2012, n° C-370/12.

97 - (97) V. CE, ass., 21 avr. 2021, n° 393099, French data network et autres.

98 - (98) 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" ? » ; v. Ost F. et Van de Kerchove M., « Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », in Boy L., Racine J.-B. et Sueur J.-J. (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, 2011, Bruxelles, Larcier, p. 13 et s.

99 - (99) V. Geslin A., « Du *justum bellum* au *jus ad bellum* : glissements conceptuels ou simples variations sémantiques ? », *Revue de métaphysique et de morale* 2009/4, p. 459 et s. ; v. Canto-Sperber M., *L'idée de guerre juste*, 2010, Presses universitaires de France ; Brunstetter D. et Holeindre J., « La guerre juste au prisme de la théorie politique », *Raisons politiques* 2012, n° 45, p. 5 et s.