



Christodoulidis, E. (2016) Crise et jugement: Le Conseil d'État grec face à l'austérité. Semaine Sociale Lemy supplement, 1746, pp. 15-22.

There may be differences between this version and the published version. You are advised to consult the publisher's version if you wish to cite from it.

<http://eprints.gla.ac.uk/131150/>

Deposited on: 20 December 2016

Enlighten – Research publications by members of the University of Glasgow
<http://eprints.gla.ac.uk>

Crise et jugement
Le Conseil d'État grec face à l'austérité

Emilios CHRISTODOUIDIS
Université de Glasgow

Cet article a été écrit et présenté publiquement à un moment qui fut politiquement important pour la Grèce : c'est-à-dire les six mois qui se sont écoulés entre la formation du premier gouvernement de Syriza en janvier 2015 et le référendum du mois de juin de la même année, lorsqu'une très grande majorité de Grecs ont rejeté les termes de l'offre faite par l'Union Européenne pour parvenir au « salut fiscal » du pays. L'histoire consécutive de la défaite du gouvernement grec à l'issue des âpres négociations de juillet 2015, est bien connue¹. La pertinence sur le long terme, s'il en est, des expérimentations politiques de gauche réalisées à Athènes lors du « bref été »², justifierait que s'en inspirent les nouvelles tentatives, menées dans les pays en grande difficulté dans le sud de l'Europe pour résister à l'austérité. C'est, en tous cas, dans cet état d'esprit que cette intervention doit être lue. Nous pensons qu'il ne faut pas perdre de vue l'importance stratégique des espoirs qu'une société politique place dans le pouvoir judiciaire pour protéger sa Constitution, laquelle prend une importance accrue en période d'instabilité politique, de manière générale, et plus particulièrement lorsque cette Constitution est considérée comme la seule ligne de défense contre des revendications imposées de l'extérieur.

I

La notion de crise

Si l'on retourne à la racine grecque du terme « crise », on est amené à emprunter une trajectoire qui fut décisive. Le mot est un substantif tiré du verbe grec κριωω (*krisis*), qui avec une certaine constance tout au long du millénaire qui nous sépare de son ancien usage, continue de désigner le fait de rendre un *jugement*. Comme nous le rappelle

¹ Voir Stathis KOUVELAKIS, « Syriza's rise and fall », *New Left Review*, No. 97 (2016), sur la signature du troisième mémorandum, la critique du « repositionnement » de Syriza et les reproches amères formulés par des membres influents de la « plateforme des gauches ».

² Référence approximative au grand œuvre de Hans Magnus ENZENBERGER, *Le bref été de l'anarchie. La vie et la mort de Buenaventura Durruti*, Paris : Gallimard, coll. « Du Monde entier », 1975.

Giorgio Agamben³, le jugement peut être employé dans un certain nombre de registres, théologique, judiciaire, médical. Dans ce dernier cas, le mot désigne la décision adoptée, en dernier ressort, sur le point de savoir si le patient vivra ou mourra. Mais il est possible de pousser un peu plus loin la métaphore. Nous voyons dès lors comment la « crise » est ainsi liée à ce risque fondamental qui peut conduire à la ruine. Ce qui est *affecté* par la κρισις — κρισιμος (*krisis* – *krisimos*) serait l'adjectif le plus approprié — autorise un glissement de sens, allant de ce qui relève du jugement à ce qui s'observe dans la condition que nous appelons (encore aujourd'hui) « critique ». κρισιμος (*krisimos*) — renvoyant aussi bien à ce qui est « objet de jugement » qu'à ce qui est « dans un état critique » — comporte l'idée d'une anticipation, vis-à-vis de laquelle la vérité du jugement, sa mise à exécution, est pendante. La dimension temporelle, l'anticipation, prend alors une place importante dans la signification du mot « crise ». En d'autres termes, l'idée même que le risque puisse être funeste prend une part intégrante dans la crise que vivent ceux dont le sort est abandonné au jugement.

Nous avons hérité des Grecs cette jonction sémiotique entre le jugement et la « crise », telle que nous la concevons aujourd'hui, laquelle connote le risque et le déséquilibre et exige une intervention. Mais au fil de cette trajectoire historique, nous observons un *glissement* hésitant, initialement mesuré, qui par la suite est devenu colossal. Associé habituellement aux Physiocrates, avant d'être plus tard généralisé, l'accent mis sur l'exercice du jugement glisse de la *prévention* au *management*. Avec ce déplacement de sens, la crise devient le point de référence constant pour tout jugement, dont la rationalité est alors réorientée en direction de la réussite du « management de crise ». Là où la crise marquait un moment exceptionnel, une profonde banalité est maintenant à l'œuvre. Nous savons avec Marx que le capitalisme est de manière constitutive lié à des cycles de crises. Dans la situation actuelle d'une totale soumission des sociétés aux mouvements du capital à l'échelle de tout le globe, la crise se présente partout comme *modus vivendi*. L'acte de juger perd ainsi ce qu'on pourrait appeler sa signification *politique*, et devient par-là surdéterminé par la *situation* de crise, en amont de laquelle il ne peut plus désormais être positionné et sur laquelle il n'exerce plus aucun pouvoir. A la place, le jugement ne se distingue plus du management de crise, ne servant dès lors

³ Voir Giorgio AGAMBEN, « For a theory of destituent power », *XPONOΣ magazine*, 2014, en ligne : [URL] <http://www.chronosmag.eu/>

plus qu'à renvoyer à une condition qui est désormais considérée comme un donné. Le fait que la dette soit aujourd'hui devenue la catégorie structurante de la pensée macro-économique, n'apparaît comme quelque chose d'incongru qu'aux yeux d'un petit nombre de personnes. Ce qui est désormais inhérent à la logique gouvernementale en Europe, c'est le fait que la dette doive être administrée ou, dans le langage de l'Union Européenne, doive être « stabilisée »⁴.

Je ne m'attarderai pas plus longtemps sur la notion ou la réalité de la crise, bien que dans un certain sens elle délimite et sous-tende la discussion qui va suivre. J'insisterai simplement, encore une fois, sur le fait que la signification et la nouveauté de la crise fait l'objet à notre époque, non seulement, d'une normalisation, mais plus encore d'une forme d'occultation et d'habillage. Comme c'est toujours le cas dans la mise en œuvre d'une catégorie générale, la notion de *crise collective* est à la fois trop et pas assez inclusive. Les crises ont eu des effets distincts sur les sociétés. Nous avons la grande catégorie de ceux qui sont en colère — en référence aux travaux qui se rapportent à la notion durkheimienne de « colère publique » — mais dont la participation dans la reproduction matérielle de la société a été réduite plutôt qu'étouffée. Nous avons aussi ceux qui sont restés largement épargnés ou qui ont même pu profiter de ces crises. Puis, il y a ceux qui ont largement dépassé « le point de bascule » et pour lesquels il est déjà trop tard. Je fais référence ici à la génération sacrifiée de mon propre pays, et à celles des autres pays d'Europe du sud : ces générations qui savent qu'avec le chômage des jeunes atteignant presque 60% — sans tenir compte du sous-emploi, des contrats zéro heure et de la grande variété des formes par lesquelles l'exploitation est organisée — plus de la moitié d'entre elles ne travaillera pas. A ceux qui sont de la sorte sacrifiés par l'Europe de l'austérité, et auxquels on va jusqu'à nier la *reconnaissance* même de ce sacrifice qui leur est infligé, un *différend* que pratiquent avec indifférence et une particulière brutalité les Commissaires européens du marché commun.

L'objectif de ce court article est d'assigner une place au rôle joué par les tribunaux (constitutionnels) dans une telle situation. Le fait de définir la crise en termes de jugement est, bien évidemment, on ne peut plus pertinent au regard de la fonction

⁴ Voir Maurizio LAZZARATO, *Gouverner par la dette*, Paris : Les Prairies ordinaires, 2014, et W. STREECK, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London: Verso, 2014.

judiciaire. Dans la prochaine section, nous examinerons certaines décisions essentielles rendues par le Conseil d'État grec en réponse à l'imposition de l'austérité dans le pays. La troisième section sera l'occasion d'un pas en arrière pour rendre possible une réflexion sur le penchant en faveur du fonctionnalisme à l'œuvre dans la pensée juridique actuelle. La dernière section rassemblera quelques idées relatives à la distinction à faire entre urgence et nécessité.

II

La jurisprudence du Conseil d'État grec

La plus haute cour administrative du pays, le Conseil d'État grec (Συμβολιο της Επικρατειας, *Symvoulío tis epikrateias*), a pu examiner dans un certain nombre d'affaires clés, et à chaque fois en session plénière, les législations qui ont favorisé l'instauration de l'austérité en Grèce. Les plus importantes d'entre elles sont les suivantes :

- La décision n° 668/2012 par laquelle il statua sur la question de la constitutionnalité de la loi qui avait pour objectif de mettre en œuvre le premier Mémoire d'entente notamment sur les questions relatives aux exigences constitutionnelles en faveur des majorités accrues (art. 28.1) et de la protection de la dignité (art. 28.3) ;
- La décision n° 1972/2012⁵ par laquelle il s'est prononcé sur la constitutionnalité de la taxe foncière hâtivement adoptée et dans laquelle il examina entre autres la mesure liant la perception de la taxe foncière au paiement des factures d'électricité ;
- La décision n° 1906/2014 par laquelle il statua sur la question de la constitutionnalité de la privatisation de la compagnie grecque des eaux et des égouts ;

⁵ Par cette décision, le Conseil d'État a proclamé la constitutionnalité et la conventionalité de la loi n° 4021/2011, qui avait mis en place la taxe spéciale et temporaire sur la propriété immobilière des particuliers (EETIDE). Cette loi a radicalement modifié le procédé par lequel l'assiette de l'impôt sur les biens immobiliers était jusqu'alors calculée.

- La décision n° 2192/2014 dans laquelle il déclara inconstitutionnelles les réductions de salaires versés aux employés des forces armées (et à d'autres catégories professionnelles déterminées) ;
- La décision n° 2307/2014 dans laquelle il statua sur la constitutionnalité du second Mémoire d'entente en se référant spécifiquement à la force contraignante des accords collectifs et à certains aspects de la liberté syndicale.

Nous ne pouvons ici faire l'analyse détaillée de ces décisions. Il s'agit de décisions complexes et qui présentent de curieuses incohérences et contradictions. Dans la décision de 2012 (n° 668/2012) que nous aborderons plus en longueur par la suite, le Conseil jugea que la loi nationale ayant introduit en droit interne les conditions imposées de l'extérieur était constitutionnelle et qu'elle ne mettait pas en cause la souveraineté budgétaire⁶. (Certains observateurs bienveillants sont même allés jusqu'à comprendre cette décision comme si elle plaçait l'intérêt national sur le même plan que l'intérêt européen, et qu'en ce sens elle n'imposait pas de sacrifice de souveraineté.) La réduction des salaires et des pensions fut jugée constitutionnelle (n° 668/2012) exceptée lorsqu'il en allait de certaines catégories privilégiées d'employés, alors que ça n'était pas le cas. (n° 2194/2014) La privatisation à grande échelle de l'industrie fut jugée conforme à la Constitution tant qu'elle ne comportait pas des mesures concernant l'eau (n° 1906/2014). Les réformes structurelles étendues du marché du travail introduites par le second mémoire ont été jugées conformes sauf lorsqu'elles portaient largement atteintes à la liberté syndicale, et elles ont été jugées clairement inconstitutionnelles là où elles revenaient sur le pouvoir unilatéral de renvoi à l'arbitrage (n° 2307/2014). Les coupures d'approvisionnement en électricité pour non-paiement des impôts ne sont pas seulement des formes d'intrusion dans les relations contractuelles, elles sont également des mesures violant les dispositions constitutionnelles qui interdisent la privation des biens d'importance vitale en vue de garantir une vie digne (n° 1972/2012). Etc.

Que faire, donc, de ces oppositions marginales et sporadiques, si ce n'est mouvantes, que le Conseil d'État grec a pu formuler à l'encontre de l'austérité ? Voit-on apparaître là une

⁶ [note vide dans le texte originale]

intéressante ligne de convergence ou de conduite ? Commençons par souligner deux choses :

Premièrement, toutes ces décisions partagent un dénominateur commun qui touche à la proportionnalité des limites placées à l'exercice des droits constitutionnellement protégés, en particulier des droits de propriété, que le Conseil mesure à l'aune de « l'exceptionnelle (υπερ-μετση *uper-metron*) nécessité de la discipline fiscale et la réduction de la dette nationale ». Remarquez comment la notion de proportionnalité vient de manière croissante servir de médium au discours de l'exceptionnalité et de la nécessité, et avec elle un nouvel équilibre — une nouvelle « mesure » si nous prenons au sérieux la référence du Conseil au terme « μετση » (*metron*), ainsi qu'une nouvelle normalisation.

Deuxièmement, toute la jurisprudence rendue par le Conseil d'État grec se caractérise par l'allégation fréquemment faite à « l'auto-contrainte », semblable à celle d'autres cours constitutionnelles, et en opposition flagrante avec la position de la Cour de Justice de l'Union Européenne (cf. son arrêt *Pringle*, ci-dessous). Cette auto-contrainte est contredite par des décisions sporadiques fondées sur des motifs d'inconstitutionnalité fragmentaires et isolés. Bien qu'elles soient plutôt rares, elles constituent néanmoins des formes d'instanciation, momentanées et non-systématiques, de perspectives constitutionnelles différentes qui renferment une conception plus robuste du bien public. Ce serait une recherche différente, critique, que nous pourrions sans doute reporter pour une autre occasion, que d'esquisser pour l'avenir une perspective constitutionnelle cohérente à partir de ces fragments — stratégiquement utile, sans doute, mais qui d'un point de vue descriptif ne rendrait pas compte de la manière actuelle de penser au sein du Conseil d'État grec.

Dans le reste de cette section, nous examinerons plus en détail deux des plus importantes décisions du Conseil. Nous renverserons la séquence temporelle dans laquelle ces décisions ont été prises, en analysant la dernière d'entre elles en premier : l'opposition la plus radicale (et à notre connaissance la moins discutée) qu'a formulée le Conseil envers l'austérité dans le cadre de sa décision sur la privatisation de l'eau. Nous reviendrons ensuite à la première décision — qualifiée « d'historique » —

(n° 668/2012) sur la constitutionnalité de l'austérité afin de la rattacher à la question plus vaste concernant le raisonnement juridique de type fonctionnaliste.

(i) L'inconstitutionnalité de la privatisation de l'eau : la décision n° 1906/2014

En juillet 2011, la loi n° 3986/2011 créa le « Fond de développement des biens de la République grecque » (ΤΑΙΠΕΔ *Taiped*) dans le cadre de la stratégie fiscale à moyen terme. Les objectifs de la loi envisageaient l'instauration sur une grande échelle de la privatisation des biens publics : création envisagée explicitement dans « le but de restreindre l'intervention du gouvernement dans le processus de privatisation, et de le développer ultérieurement dans un contexte entièrement professionnel ». Le Fonds est une société publique à responsabilité limitée, une *société anonyme*, dont la gestion relève du droit privé. Le Fonds se voit doté, sans compensation, de toute sorte de droits de propriété détenus par l'État par une simple décision du comité ministériel compétent. Les biens transférés au Fonds par l'État ne font pas partis de son capital social. L'unique but de la nouvelle société est de liquider les biens afin que l'État paie ses dettes. Il n'est fait référence à aucun autre but que celui de satisfaire, de la manière la plus efficace, les intérêts des créanciers de la Grèce.

A l'occasion de l'examen de la requête formulée contre la décision (n° 206 du 25 avril 2012) du « Comité interministériel pour la restructuration et la dénationalisation » (Δ.Ε.Α.Α. Δ.Ε.Α.Α.) qui ordonna le transfert de 34% des parts du ΕΥΔΑΠ plc (*Eydap plc*) au Fonds (ΤΑΙΠΕΔ) en vue de leur futur transfert au profit d'investisseurs privés, le Conseil d'État déclara que l'acte administratif violait les articles 5.5⁷ et 21.3⁸ de la Constitution grecque. Nous nous permettons de citer de longs passages de cette remarquable décision (tous tirés du considérant 22) :

« 22. [...] La fourniture des services d'utilité publique ne constitue pas une activité faisant partie intégrante du noyau du pouvoir de l'Etat. Il en est de même à propos des services d'eau et d'assainissement, lesquels peuvent être fournis par une entreprise publique, revêtue du statut juridique d'une société anonyme.

⁷ « Toute personne a droit à la protection de sa santé et de son identité génétique. »

⁸ « L'État doit veiller à la santé des citoyens et doit prendre des mesures particulières de protection de la jeunesse, des personnes âgées et d'assistance aux nécessiteux. »

[...] Cependant, le caractère d'une entreprise comme [entreprise] publique est levé lorsque l'Etat se prive du contrôle de la société anonyme, en ayant transféré à des investisseurs privés des parts de la société qu'il détient supérieures à celles qui lui permettrait d'être le propriétaire de l'entreprise et de faire élire par l'assemblée des actionnaires la majorité de membres du Conseil d'administration de l'entreprise, lequel détermine les priorités stratégiques de l'entreprise et contrôle son budget. Dans ce cas, l'entreprise publique est privatisée en substance, parce qu'il est ainsi donné à des investisseurs privés l'opportunité d'acquérir la propriété de l'entreprise et d'être représentés au conseil d'administration de l'entreprise par une majorité des membres du conseil d'administration.

[...] La conversion, en substance, de l'entreprise publique en entreprise privée, laquelle est guidée dans ses opérations par la réalisation de profits, rend incertaine la poursuite de la fourniture des services d'utilité publique, de haute qualité, accessible par tous [les citoyens], parce que le monitoring par l'Etat ne sera pas pleinement garanti. L'incertitude [qui prédomine] dans la permanence de la fourniture des services d'utilité publique de telle importance, ne peut se permettre ni en vertu de l'article 5§5 de la Constitution, qui garantit le droit à la protection de la santé, ni en vertu de l'article 21§3, qui dispose que l'Etat prend soin de la santé des citoyens.

Par conséquent, la perte par l'Etat de la majorité des parts de l'EYDAP, dont le maintien — sous le régime juridique en vigueur — est nécessaire afin que l'entreprise publique ne se convertisse pas en entreprise privée, constitue une violation des articles 5§5 et 21§3 de la Constitution et pour cette raison, qui est valablement introduite devant notre Cour, la requête doit être déclarée partiellement recevable et la décision attaquée devant la DEAA doit être déclarée nulle et non avenue, dans sa partie qui ordonne le transfert au TAIPED des dernières parts de la société [anonyme] dont la propriété appartient à l'Etat. »

Il ne fait pas de doute que le coup d'arrêt à la privatisation de l'eau prononcé par le Conseil exprime cette sensibilité particulière qui fait de l'eau un bien dont la marchandisation irrite en règle générale, et à propos duquel un discours tenu sur les choses communes a timidement fait son apparition ces derniers temps (voyez également le référendum sur la question en Italie). La décision fut reçue avec consternation par la coalition gouvernementale menée par le parti conservateur « Nouvelle démocratie » en 2014. La plupart des commentaires juridiques sur la décision sont, eux aussi, trop anecdotiques pour mériter une discussion plus poussée, et, comme nous l'avions noté plus tôt, la décision n'a en générale suscité que très peu de commentaires, en raison sans doute de la rapidité et de l'intensité des évolutions politiques environnantes. Relevons

toutefois dans cette décision l'affirmation claire de l'autonomie et de la dignité de la réflexion judiciaire telle qu'elle s'exprime dans un jugement qui ne succombe pas à l'esprit de nécessité économique lorsqu'il s'agit de fixer certains seuils. Et saluons dans cette décision la formulation d'une conception du bien public qui demeure irréductible à la logique du prix. A propos de ces seuils, de cette attention portée à ce qui n'est pas négociable, et de cette défense de l'incommensurable, nous pouvons, à la suite d'Alain Supiot, les considérer comme les ressources dogmatiques du pouvoir judiciaire⁹.

(ii) La constitutionnalité de l'austérité : la décision n° 668/2012

Les dispositions du premier mémorandum qui renferment les « conditions » blessantes, ont été introduites en droit grec par la loi n° 3845/2010 votée par le Parlement grec en 2010¹⁰. Le Conseil a pu statuer sur la constitutionnalité de ce premier Mémorandum d'entente à l'occasion de son jugement dans sa décision n° 668/2012. L'affaire a été portée devant le Conseil par le Barreau d'Athènes en liaison, entre autres, avec le syndicat des fonctionnaires publics. Les requérants ont demandé que la décision du gouvernement de couper dans les salaires et les pensions, en conformité avec les revendications de la Troïka, soit censurée pour violation de certaines dispositions importantes de la Constitution grecque¹¹. Les dispositions constitutionnelles en cause sont celles prévues à l'article 28 de la Constitution qui concerne les relations entre le droit national et le droit supra-national. En fait, les demandeurs soutenaient que le mémorandum, en raison de la manière dont il fut intégré dans la législation nationale, menaçait la souveraineté budgétaire dans la mesure où il transférait des compétences nationales à des instances internationales. Selon l'interprétation dominante (et jusqu'à présent restée incontestée) de l'article 28, qui avait été adoptée pour permettre l'intégration de la Grèce dans la Communauté économique européenne, les trois paragraphes de l'article doivent être interprétés conjointement : le premier paragraphe posant qu'un traité international ratifié par le Parlement est juridiquement supérieur à

⁹ Alain SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Seuil, coll. « La Couleur des idées », 2005.

¹⁰ Loi n° 3845/2010, intitulée « Mesures pour la mise en œuvre du mécanisme de soutien de l'économie grecque par les États membre de l'eurozone et le Fonds monétaire international ».

¹¹ Leur demande tendait techniquement à ce que le Conseil annule les actes administratifs qui réalisaient les coupes budgétaires et adoptaient d'autres mesures d'austérité prévues dans le Mémorandum signé entre la Grèce et les représentants de la Troïka.

la loi nationale que si deux conditions supplémentaires sont satisfaites : (i) la ratification doit avoir été votée à la majorité des trois cinquième qui est prévue au paragraphe second ; et (ii) les conditions fixées au troisième paragraphe doivent être satisfaites ; à savoir, le texte intégré au droit interne doit « promouvoir l'intérêt public » et ne pas violer (notamment) les droits de l'homme. L'article 28 pose ainsi deux séries de conditions : un impératif procédural positif — l'obligation d'atteindre les trois cinquième du nombre total des votes au Parlement —, et une condition substantielle négative — le respect des droits de l'homme, de la démocratie, de l'égalité et de réciprocité. Les demandeurs soutenaient que le programme d'austérité faisait porter sur les fonctionnaires et les bénéficiaires des pensions une charge disproportionnée, et violait le principe constitutionnel de respect de la dignité humaine, compris comme comportant la garantie d'un niveau minimum de subsistance.

La demande fut rejetée par le Conseil d'État grec. La décision en la matière (n° 668/2012), rendue par l'assemblée plénière le 20 février 2012, écarta l'objection d'inconstitutionnalité soulevée par les demandeurs. Le Conseil jugea que le mémorandum ne constituait pas un traité international transférant des pouvoirs exercés par des organes de l'État vers une organisation internationale et, à ce titre, devant être approuvé par la majorité des trois cinquième des membres du Parlement : les actes administratifs en cause n'impliquaient pas, en effet, le transfert de souveraineté vers des organisations internationales. Par conséquent, indépendamment du fait que le mémorandum annexé au droit interne soit le produit d'une coopération entre la Grèce et un organisme international (rassemblant la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international), *il s'agissait en fait du programme adoptée par le gouvernement national* pour faire face à la crise financière et le risque d'une banqueroute de l'État. Selon le Conseil, le fait que le mémorandum soit annexé à la loi n'était juste qu'une façon de « faire connaître officiellement et publiquement son contenu et l'agenda de sa mise en œuvre ». Par conséquent, le mémorandum, non seulement, ne donne aucun pouvoir à des organes d'instances internationales, mais n'a pas non plus d'effet direct : les instances nationales conservent le pouvoir de mettre en œuvre les mesures adoptées.

La décision fait valoir que « l'intérêt public » réclamait l'accord de prêt et que, par conséquent, la mise en œuvre des conditions imposées n'étaient pas « disproportionnées », et qu'il ne « pouvait être soutenu que [ces conditions] n'étaient pas nécessaires ». De manière significative, le Conseil d'État grec statua que :

« 13. [...] La réduction de salaires, d'allocations et des pensions de retraite des fonctionnaires de l'Etat, instaurée en vertu des lois n° 3833/2010 et n° 3845/2010, fait partie d'un programme plus vaste d'ajustement budgétaire et de réforme structurelle de l'économie grecque, lequel, [s'il est] intégralement appliqué, vise à affronter, selon l'appréciation du législateur, l'exigence immédiate de satisfaire les besoins économiques du pays et à entraîner l'amélioration de sa situation budgétaire et économique dans l'avenir, c'est-à-dire à servir des objectifs qui représentent de raisons importantes d'intérêt public et qui sont, en même temps, des objectifs d'intérêt commun des Etats membres de l'eurozone, compte tenu de l'obligation, établie en vertu de la législation de l'Union européenne, de discipline budgétaire et de sauvegarde de la stabilité de la zone euro dans son ensemble. Ces mesures, dès par leur nature, contribuent directement à la réduction des dépenses publiques. Compte tenu (...) des conditions qui persistaient, selon l'appréciation du législateur, au moment de l'adoption des mesures litigieuses, celles-ci ne sont pas manifestement inappropriées pour la réalisation des objectifs poursuivis (...) il ne peut non plus être considéré qu'elles ne soient pas nécessaires, compte tenu, d'ailleurs, que l'appréciation du législateur en ce qui concerne l'affrontement de la situation budgétaire critique du pays, telle qu'il l'avait lui-même constatée, est soumise uniquement à un contrôle judiciaire restreint. »

III

Le nouveau fonctionnalisme

Peut-on faire l'éloge d'une décision judiciaire qui est bien loin d'être une forme de rejet du programme d'austérité ? Dans la mesure où pour les critiques qui se sont exprimées en Grèce contre la décision, aussi bien l'acte de ratification des mesures d'austérité voté par le corps législatif que le contrôle judiciaire de ces mêmes mesures ont vidé la souveraineté budgétaire, laquelle est protégée constitutionnellement par l'article 82 de la Constitution grecque, de tout contenu pour n'en garder que sa dimension strictement formelle, et qui en pratique ont décidé l'approbation inconditionnelle des conditionnalités qui étaient imposées. Pour ces critiques, la Constitution "matérielle" présente désormais une double face en proclamant dans le même temps le principe

d'auto-détermination et son évidente capitulation face aux conditionnalités¹². Nous ne contestons pas ces analyses. Pourtant, nous souhaiterions montrer que la décision ne constitue pas une approbation sans réserve de la constitutionnalité du mémorandum, tel que cela a été dit de manière significative. Ce qui nous intéresse ici, et ce nous voudrions retenir de cette analyse, c'est l'écart qu'il y a entre une argumentation formaliste et une argumentation de type fonctionnaliste. Les mémorandums de la troïka ont été incorporés au droit national en tant qu'*annexes* des actes législatifs. S'appuyant sur une interprétation *formaliste*, le Conseil considéra que leur intégration dans le droit interne n'avait aucun effet direct. Il se réserva le droit d'examiner les dispositions de n'importe quel de ces mémorandums si, et uniquement si, ils étaient promulgués comme source valide du droit grec ; mais en tant que dispositifs interprétatifs, en tant qu'ils sont en pratique des programmes politiques, ils ne sont pas justiciables — une absence de pertinence juridique pour autant que le Conseil eut été concerné. Les attentes entrevues et les buts poursuivis impliquent l'existence de motifs politiques ; un tribunal ne pourrait examiner leur constitutionnalité, définie par le caractère légitime ou non de l'intervention de l'État dans l'économie, qu'au moment où et seulement s'ils sont adoptés dans des lois.

En quoi cela a-t-il de l'importance ? Etant donné que le mémorandum s'apparentait à « une créature inconnue de la taxonomie juridique traditionnelle et inclassable »¹³ parmi les sources formelles du droit, le rejet d'examiner le mémorandum en tant que tel — renforcé par l'argumentation du Conseil, selon lequel l'affaire pendante n'avait rien à voir avec l'article 28.1 relatif aux majorités qualifiées, aux transferts de souveraineté et toute autre considération — signifiait que le Conseil ne considérait pas la loi du Parlement grec comme un acte de souveraineté et non pas comme un acte ayant été édicté par un organisme extérieur. Le Conseil a bien décidé de manière controversée que l'acte pendant ne violait pas des droits et la dignité constitutionnellement protégés, au regard et en considération de la situation exceptionnelle. Mais il est important de

¹² Pour les défenseurs de la décision, d'un autre côté, la souveraineté budgétaire n'est pas mise en cause dans la mesure où son exercice ne peut être pensé indépendamment du consensualisme présidant la création des normes dans l'euro zone par lequel la prise de décision se fait entre partenaires égaux (pour un tel argument voir Manitakis) et, par extension, concoure à la convergence des intérêts des créanciers et des débiteurs.

¹³ Xenophon CONTIADES et Ioannis TASSOPOULOS., « The Impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution », in Xenophon CONTIADES (ed.), *Constitution in the Global Financial Crisis*, Farnham: Ashgate, 2013, p. 202.

noter qu'à aucun moment le Conseil n'imagina que cela autorisait une diminution de la souveraineté budgétaire au profit des créanciers du pays. C'est à cette aune que la lecture formaliste peut être vue comme l'affirmation de l'autonomie constitutionnelle de la nation, ou de la primauté des juridictions. Le Conseil d'État grec se déclara compétent et examina la constitutionnalité de la loi nationale au regard des dispositions de la Constitution grecque, c'est-à-dire des garanties constitutionnelles et fondamentales des droits nationaux. Si, à l'inverse, la loi avait été considérée comme une mise en application du mémorandum, décidée par les créanciers et non pas par le Parlement grec souverain, elle aurait logiquement¹⁴ pu faire l'objet d'un examen sur le fondement de diverses dispositions de droit de l'Union Européenne, y compris la Charte Européenne des droits fondamentaux, et elle aurait clairement été hors du ressort de la juridiction grecque ; son rôle aurait alors été ramener à ne pouvoir former qu'un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Une nouvelle fonctionnalité imprègne le droit de l'Union Européenne et justifie ce qui en réalité de ne peut être conçu comme un affaiblissement de la légalité, voire même sa dépréciation. Prenez le déluge de lois ersatz des dernières années, le « six-pack » et le « two-pack » (du Pacte de stabilité et de croissance), la proposition Monti avortée et ses suites, le EFSM et le EFSF, la totalité des mesures que les politiques d'assistance aux prêts de dettes souveraines ont adoptées en opposition aux dispositions de l'article 125 du TFEU qui avaient clairement interdit aux Etats membres et à l'Union européenne de venir en aide à un Etat défaillant, l'interdiction absolue du financement de la dette entre Etats. Tel n'est pas le cas de Paul Craig, l'une des voix les plus influentes du monde universitaire, pour qui « la réalité économique rend la séparation nette entre les objectifs et l'interprétation de l'article 125 bien plus précaire encore ». « Le mélange de textes, d'objectif posé en amont et de perspective téléologique qui forment l'essence même du raisonnement juridique », est, pour lui, ce que l'arrêt *Pringle* pose de manière

¹⁴ Il existe des opinions divergentes à ce sujet. Voir Claire Kilpatrick, « On the Rule of Law and Economic Emergency : The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts », *Oxford JLS*, 2015, pp. 1-29. Au sujet de cette controverse, Kilpatrick se réfère plus spécialement à : R Cisotta et D Gallo, « Il tribunal costituzionale portoghese: risvolti sociali delle misure di austerita' ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei » (2013) 7 *Diritti umani e diritto internazionale* 465; K. Armstrong, « Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominion Law », in M Adams, F Fabbrini and P Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart: 2014, p. 65; S Peers, « Towards a New Form of EU Law? The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework », (2013) 9 *ECL Rev* 37; Claire Kilpatrick, « Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge because they are not EU Law? », (2014) 10 *ECL Rev* 393.

manifeste. D'autres chercheurs ont donné du poids à cet argument de telle sorte que la position dominante, défendue avec beaucoup de perspicacité par Michelle Everson dans un article récent, en viennent à louer les efforts de la CJEEU pour maintenir la stabilité monétaire. L'affaire *Pringle* est emblématique à cet égard, dans la mesure où la Cour soutient que les conditionnalités posées au cœur du ESM fixent clairement comme finalité première la stabilité des prix au sein de l'EMU en veillant à ce que les états membres endettés se soumettent à la discipline des marchés par le maintien d'une politique budgétaire saine. L'intérêt commun de l'Europe, dont l'approbation est désormais un prérequis aux mesures d'assistance, est lié au principe d'une bonne politique fiscale, mesurée à l'aune de la stabilité, de la discipline et de l'austérité. La lecture fonctionnaliste de cette décision veillant à garantir l'euro, rattache l'imaginaire constitutionnel européen au leitmotiv de la conditionnalité à l'encontre des alternatives politiques de nature démocratique, actuelles et futures. « Une pensée juridique tristement amoindrie », selon les termes d'Everson, abandonne l'imaginaire constitutionnel aux faits accomplis de la science économique. Voici ses remarques à ce sujet :

« L'arrêt *Pringle* échoue sur tous les plans. Dans une Europe de protestations et de révoltes contre les régimes d'austérité, ainsi que de fébrilité des contreparties fiscales, ou de réticence populaire à se soumettre au destin commun de la communauté européenne, le jugement du fait accompli, formulé sans référence au contexte social et se déployant uniquement dans le cadre des arguties techniques d'une pensée juridique tristement amoindrie rejette toute éventualité pour que se développe vraiment une tradition constitutionnelle européenne qui réponde aux attentes sociales. Dans le même temps, au regard de tous ses hésitations ridicules entre le formalisme, le littéralisme, les références téléologiques et la reformulation à dessein de ces références, la décision est de la même manière incapable de se rattacher à une quelconque tradition constitutionnelle et juridique précise, s'exposant de la sorte à l'accusation d'une manipulation juridique à des fins politiques mises au service d'un sauvetage balourd de l'euro d'inspiration fonctionnaliste. »

Ce dont nous sommes les témoins aujourd'hui, c'est l'apparition d'une discipline de contrôle, de formes de pensées juridiques de type managérial qui sont promulguées précipitamment pour soutenir la stabilité dans les modalités de réponses ad hoc et sous le signe de l'urgence ou de la nécessité en tant qu'états interchangeable (je reviendrai plus tard sur cette distinction). Quoi qu'il en soit, nous ne devrions pas faire un usage des termes tel que *telos*, chichement. *Telos* et fonction sont des termes distincts et cela de manière déterminante ; ils ne peuvent et ne doivent pas être utilisés de manière interchangeable ou être confondus l'un l'autre. Pour tous ceux qui restent sceptiques face à la recherche à perte d'haleine de la discipline de marché, il peut y avoir quelque réconfort à trouver dans un formalisme qui résiste à de tels *telos*.

IV

L'urgence comme impératif et comme nécessité

Sous le signe de « l'exceptionnalité », un équivoque se fait jour entre, d'une part, l'impératif et, d'autre part, la nécessité. Il s'agit de notions bien différentes et leur amalgame sert des politiques opportunistes. L'impératif renvoie au besoin de prendre des décisions en dehors de la temporalité normale et des impératifs procéduraux qui garantissent une prise de décision satisfaisante. La nécessité, d'un autre côté, renvoie à l'absence d'alternatives : ce qui est nécessaire s'impose à nous avec la force d'une catastrophe naturelle. Bâtir des alternatives, envisager d'autres options, c'est cela la tâche toute particulière qui définit la rationalité politique. En fait, il ne s'agirait pas d'une exagération si l'on affirmait que la réflexivité politique coïnciderait avec le refus des fausses alternatives. Là je fais référence à l'austérité.

Qu'arrive-t-il lorsque l'impératif et la nécessité ne se distinguent plus l'un l'autre dans la notion d'exceptionnalité ? Tout d'abord, l'horizon de la prise de décision politique s'éloigne. Le besoin d'agir sur le champ afin d'éviter une calamité (l'impératif) rencontre l'amointrissement ou l'élimination des options (la nécessité) ; la limitation de la délibération démocratique devient l'outil pour administrer l'urgence. La délibération démocratique implique des processus d'apprentissage et requiert la présence de différences, la négociation de ces différences, l'ajustement mutuel des attentes, elle

nécessite du *temps*. Le temps est ce que l'impératif ne peut se permettre ; la nécessité se substitue alors à la démocratie.

Voyez comment les discours de l'économie, du politique et du judiciaire entre en concurrence à travers et au sujet de l'organisation du temps, et comment, en pratique, la *rapidité* de la prise de décision finit par occuper le cœur de la bataille idéologique, supposant que c'est cela même qui est perçu comme une bataille. La demande politique en faveur d'une organisation démocratique de l'économie est mise en concurrence avec l'accélération sans fin et la rapidité des libres marchés de telle sorte qu'elle est toujours présentée comme vieillotte, dépassée par une temporalité différente qui n'a pas le temps pour des processus d'apprentissage mutuel et qui à l'inverse s'est placée au-delà d'un point critique de désynchronisation. De la sorte, l'intérêt public, politique ou commun ne peut être conceptualisé que sous la forme du salut fiscal, et c'est précisément ce qui donne naissance au discours apocalyptique du salut dans le discours des tribunaux. La stabilité doit être assurée face à l'accélération, la promiscuité et l'imprédictibilité des marchés. Le couplage constitutionnel entre le politique et le juridique a succombé face à une nouvelle constellation dans laquelle chacun est assujéti aux effets non-négociables de la véridiction du marché.

Personne d'autre que Halmut Rosa n'a mieux écrit, et de manière si perspicace, sur la *distanctiation* de la démocratie par l'économie¹⁵. La charge de sa critique des conceptions dialogiques de la démocratie porte sur le fait qu'elles négligent les impératifs temporels de la démocratie et que, par conséquent, elles échouent à saisir la crise actuelle de l'auto-détermination démocratique dans le contexte de la mondialisation. L'argument principal de Rosa tient à ce que, si « l'accélération » de la société a dans un premier temps permis la démocratisation, passée un certain palier critique, la vitesse du développement socio-économique — un « speed-frame » du changement social, selon ses termes — menace le fonctionnement même de la démocratie. Il soutient que la vitesse du changement, ou la dynamique de la société, doit être abaissée suffisamment pour que soient réellement effectifs les processus politiques, démocratiques et délibératifs, de la formation de la volonté générale et de la prise de décision, ou pour que

¹⁵ Halmut ROSA, « The Speed of Global Flows and the Pace of Democratic Politics », *New Political Science*, Volume 27, Number 4, December 2005.

la politique puisse réellement contrôler (ou piloter) le développement social et en fixer l'allure. Il soutient également qu'au-delà d'un certain palier temporel, les forces dynamiques de la société sont trop fortes pour que soient mises en œuvre de manière sensée en démocratie l'auto-détermination politique, la formation de la volonté générale, la délibération et l'action collectives. L'*auto-propulsion* de la société vers l'avant a ainsi lieu en dépit de toute forme de pilotage voire même d'une représentation adéquate « d'elle-même », qui aurait nécessité du temps, un certain ancrage historique, un déploiement de la réflexion à différents niveaux.

Si tels sont les impératifs temporels de la démocratie, alors nous pouvons voir comment la soumission des processus sociaux aux processus économiques impliquent une perte constitutive de contrôle politique. Ce qui est perdu c'est la possibilité de penser l'économie politiquement et l'Europe comme une société politique dont nous sommes les bâtisseurs. Le problème, comme c'est trop souvent le cas lorsque les batailles sont gagnées par défaut, réside dans la difficulté qu'il y a de cerner et fixer les lignes de bataille. La perte du langage devient évidente dans la constitutionnalisation de l'austérité. A chaque décision est renouvelé le choix par les juges de la référence standard de la stabilité des prix et dans le même temps la négation de la dimension politiquement intégrative du projet européen. Les données de l'intégration économique empêche toutes évolutions des politiques européennes, médiatisées politiquement, qui ne soient ni adaptées ni adaptables aux exigences de pilotage variables du cœur et de la périphérie de l'eurozone. Si l'idée même de constitutionnalisme implique dans sa conception et son développement une coévolution du politique et de l'économique autour des concepts structurant le judiciaire, un discours constitutionnel européen tristement diminué sous le signe de l'urgence forclos alors la possibilité d'une réponse constitutionnelle. Et avec cela, nous retournons là où nous avons débuté : l'urgence en vient à prendre la place du cadre temporel dans lequel la société doit être renouvelée et la nécessité se présente alors comme l'autre face de la pièce, puisque toute forme de résistance à cette nécessité a périclité sous l'effet de la dimension temporelle et du rythme des préférences de marché. Alors, exiger à nouveau du temps contre le message apocalyptique de l'urgence, devient une condition préalable à la pensée politique et au sens démocratique.