

## Repositório ISCTE-IUL

---

**Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:**

2023-11-28

**Deposited version:**

Accepted Version

**Peer-review status of attached file:**

Peer-reviewed

**Citation for published item:**

Guibentif, P. & Kirat, T. (2020). Le droit et les crises: Après la crise financière un chantier à ouvrir. Présentation du dossier. *Droit et société*. 104, 23-34

**Further information on publisher's website:**

10.3917/drs1.104.0021

**Publisher's copyright statement:**

This is the peer reviewed version of the following article: Guibentif, P. & Kirat, T. (2020). Le droit et les crises: Après la crise financière un chantier à ouvrir. Présentation du dossier. *Droit et société*. 104, 23-34, which has been published in final form at <https://dx.doi.org/10.3917/drs1.104.0021>. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

---

### Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

---

## **Le droit et les crises** **– Un chantier à ouvrir,** **après la crise financière**

### **Présentation du dossier<sup>1</sup>**

**Pierre Guibentif et Thierry Kirat**

Un imposant essai d’histoire contemporaine récemment publié s’intitule *Crashed – Comment une décennie de crises financières a changé le monde*<sup>2</sup>. La thèse résumée dans ce titre n’est guère précisée dans le corps du livre, très fouillé cependant sur l’histoire du monde financier et ses liens avec les évolutions géopolitiques et les événements politiques dans plusieurs des États concernés. Elle n’en rejoint pas moins une appréciation partagée par de nombreux observateurs<sup>3</sup> et chercheurs en sciences sociales<sup>4</sup>. Les convergences entre ces différentes analyses justifient que, dans tous les domaines des sciences humaines et sociales, et non seulement dans les disciplines plus spécifiquement consacrées aux questions économiques et financières, un effort de recherche spécifique soit consacré à l’étude de l’enchaînement d’événements qui suit la crise des *subprimes* de février 2007 et la crise des marchés financiers de septembre 2008<sup>5</sup>.

L’enjeu est de contribuer au déchiffrement de processus sociaux complexes, en nous donnant les moyens, tout d’abord, d’établir des liens qu’il n’est pas facile de nouer dans le débat public, du fait notamment de la séparation entre la discussion des

---

<sup>1</sup> Le projet de ce dossier est issu de l’atelier « Le droit dans les mouvements de l’économie » organisé par le Comité de recherche « Études socio-juridiques – Sociologie du droit » de l’Association internationale des sociologues de langue française (AISLF) dans le cadre du 20<sup>ème</sup> congrès de cette association « Sociétés en mouvement, sociologie en changement » (Montréal, 4-8 juillet 2016). Au nom des auteurs participant au présent dossier, nous tenons ici à remercier Frédéric Audren et François Ost pour leur lecture critique très stimulante qui a beaucoup profité à la version finale de l’ensemble des contributions.

<sup>2</sup> Adam TOOZE, *Crashed – Comment une décennie de crise financière a changé le monde*, Paris : Les Belles Lettres, 2018 (publ. orig. : *Crashed – How a Decade of Financial Crises Changed the World*, Penguin Random House, 2018).

<sup>3</sup> Voir les nombreux éditoriaux, dossiers et bilans rétrospectifs publiés dans la presse d’information générale à l’occasion du dixième anniversaire de la faillite de Lehman Brothers. Particulièrement explicite : Yves WEGELIN, « Zehn Jahre Finanzkrise : Das hässliche Gesicht der Konterrevolution », *WOZ – Die Wochenzeitung* (Zurich), 13 septembre 2018, p. 12-13 (titre de la une : « Die Zeitenwende »).

<sup>4</sup> Voir notamment Poul F. KJAER & Niklas OLSEN (dirs), *Critical Theories of Crisis in Europe*, Londres & New York : Rowman & Littlefield, 2016, ou encore les références à la crise de 2007-2008 dans les contributions à l’ouvrage collectif dirigé par Heinrich GEISELBERGER, *L’âge de la régression*, Paris : Premier Parallèle, 2017 (publication simultanée en allemand, anglais et français).

<sup>5</sup> Ce travail est déjà engagé. Pour rappeler une contribution très remarquée : David GRAEBER, *Debt. The first 5000 years*, Brooklyn & Londres : Melville House, 2011.

questions économiques et financières, d’un côté, et celle des questions politiques et de société, de l’autre. Mais peut-être plus encore de développer nos outils d’observation et de compréhension des dynamiques sociales. Pour reprendre une « juxtaposition » mise en exergue en conclusion de l’essai cité en ouverture, les sciences humaines et sociales ont longtemps mieux développé leur approche des « grandes organisations, structures et processus » que celle de cet autre aspect de la réalité qu’évoquent les notions de « décision, débat, argumentation et action »<sup>6</sup>. Au plus tard l’expérience des crises récentes devrait nous engager à accorder plus d’attention à ce second aspect. Un travail particulièrement urgent à l’heure de la crise climatique, quand se révèle la force des dynamiques sociétales qui affectent notre environnement naturel, et l’urgence d’autres dynamiques, susceptibles de les contrer.

Les « crises » se prêtent particulièrement bien à ce travail à la fois conceptuel et d’observation. Le sens plus technique qu’il est permis de donner à ce terme, au-delà d’utilisations plus métaphoriques, pourrait s’énoncer comme suit<sup>7</sup> : moment où se révèle qu’une activité humaine peut endommager gravement, voire d’anéantir les conditions de sa propre continuation. L’expérience de crise présuppose donc (i) une expérience antérieure de régularité, ce qui, à son tour, exige la différenciation d’un domaine d’expérience spécifique, créant les conditions matérielles d’une telle régularité, et les conditions cognitives de sa perception<sup>8</sup> ; (ii) l’expérience d’effets actuels de cette activité, affectant ses propres conditions ; (iii) la notion qu’une action s’impose, pour éviter ces effets ; en modifiant, ou éventuellement en transformant radicalement l’activité en question. Trois types de dynamiques sociales se rencontrent donc au cœur de l’expérience de crise : des dynamiques de fonctionnement régulier ; des versions modifiées de ces dynamiques, qui altèrent les conditions de ce fonctionnement ; des dynamiques de réaction face à cette altération. Mais celles-ci ne correspondent qu’à une partie du processus de crise. En effet, un domaine d’activité différencié n’est par définition qu’un domaine parmi d’autres de la réalité sociale, avec lesquels il pourra entretenir des rapports d’interdépendance. Ce qui se produit dans d’autres domaines peut avoir favorisé les évolutions conduisant à la crise du domaine concerné. Ou encore, inversement, d’autres domaines pourront être à leur tour affectés par les accidents et mutations de fonctionnement du domaine en crise. On pourra donc observer des dynamiques de réaction à la crise d’un domaine, au sein

---

<sup>6</sup> Adam TOOZE, *Crashed ...*, *op. cit.*, p. 679.

<sup>7</sup> Cette définition prend appui notamment sur Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité*, Paris : Payot, 1978 (publ. orig. 1973), p. 11 s., « Un concept de crise dans les sciences sociales » ; Reinhart KOSELLECK, « Einige Fragen an die Begriffsgeschichte von ‘Krise’ », in ID., *Begriffsgeschichten*, Francfort : Suhrkamp, 2006, p. 203 s. (publ. orig. 1986), Janet ROITMAN, « The Stakes of Crisis », in KJAER & OLSEN, *Critical Theories ...*, *op. cit.*, p. 17-34, ainsi que Rodrigo CORDERO, Aldo MASCAREÑO & Daniel CHERNILO, « On the reflexivity of crises : Lessons from critical theory and systems theory », *European Journal of Social Theory* 20, 2017, p. 511-530. Des écarts entre les concepts de crise mobilisée dans les différentes contributions du présent dossier mériteraient sans doute débat. Un débat que les contraintes de volume ne nous permettent pas de développer ici.

<sup>8</sup> Plusieurs des contributions au présent dossier s’inspirent de la théorie des systèmes, en particulier dans la version développée par Gunther Teubner, qui a d’ailleurs consacré un travail précisément à la crise financière : Gunther TEUBNER, « A Constitutional Moment? The Logics of ‘Hitting the Bottom’ », in Poul F. KJAER, Gunther TEUBNER & Alberto FEBBRAJO (dirs.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford : Hart Publishing, 2011. Si l’on évite ici de recourir trop fréquemment au terme de système, c’est pour signaler que cette inspiration n’est pas exclusive.

d'autres domaines, ou encore des dynamiques traversant ces différents domaines. Ce sont bien ces différents types de dynamiques qui se laissent identifier à la suite des crises successivement financières puis des dettes souveraines auxquelles on a assisté depuis 2007. Cet enchaînement de crises constitue donc un terrain qu'il est interdit de négliger, dans une recherche plus générale sur les conditions actuelles des transformations sociales.

Cette recherche doit aussi être attentive à des dynamiques antérieures qui pourraient avoir favorisé les dynamiques de crise financière. Ainsi, par exemple, comme l'a montré Greta Krippner<sup>9</sup>, la financiarisation de l'économie américaine est le résultat non recherché en tant que tel d'arbitrages politiques et de législations pris pour résoudre le problème de la conjonction d'une inflation faible, d'entrée massive de capitaux et d'une demande effrénée de consommation. La solution politique qui a consisté à promouvoir la financiarisation et l'endettement privé s'est avérée *in fine* être une source majeure de la crise des *subprimes*<sup>10</sup>. Et cette recherche doit également porter sur les dynamiques plus récentes, d'origine très différentes, qui viennent soit se conjuguer avec les dynamiques financières, tel en particulier le développement récent des technologies de communication et de traitement de l'information<sup>11</sup>, soit se superposer à celles-ci, telles les crises migratoire ou climatique.

La recherche sur le droit doit s'impliquer dans cette recherche, en développant en particulier trois lignes de travail.

(A) Premièrement, les régularités évoquées sont souvent garanties par des institutions juridiques. Les réactions visant à les rétablir pour l'avenir, à les réformer, ou encore à instaurer de nouvelles régularités, passent donc par des mesures elles aussi juridiques. Bien comprendre des processus de crise dans des domaines fortement juridicisés comme c'est le cas de la finance<sup>12</sup> exige donc la contribution de la recherche sur le droit. En effet, si la finance est le produit d'un « codage » par le droit d'actifs intangibles, elle ne peut exister en dehors de la sphère du droit<sup>13</sup>. La crise financière, qui s'est déployée sur plusieurs échelles – du défaut de remboursement des prêts hypothécaires des ménages aux crises de dettes souveraines –, montre aussi combien il est important de saisir les liens qui relient les normes juridiques à la crise financière..

(B) Deuxièmement, le droit constitue, dans nos sociétés modernes, un domaine propre qui s'est différencié aussi bien d'autres domaines faisant partie de ce que François Ost appelle le « grand tout culturel »<sup>14</sup>, que de l'économie et de la politique, des domaines avec lesquels il entretient cependant des liens étroits. À ce titre, il est exposé à se

---

<sup>9</sup> Greta KRIPPNER, *Capitalizing on Crisis: the Political Origins of the Rise of Finance*, Harvard University Press, 2012

<sup>10</sup> Sur les rapports entre domaines financier et politique, voir aussi Benjamin LEMOINE, *L'ordre de la dette. Enquête sur les infortunes de l'Etat et la prospérité du marché*, Paris : La Découverte, 2016.

<sup>11</sup> Voir, dans ce dossier, la contribution de Frédéric Marty, Thierry Kirat, Hugues Bouthinon-Dumas et Amir Rezaee.

<sup>12</sup> Katharina PISTOR, « Toward a Legal Theory of Finance », *Journal of Comparative Economics* 41, 2013, p. 315-330.

<sup>13</sup> C'est la thèse défendue par Katharina PISTOR, dans *The Code of Capital. How the law creates wealth and inequality*, Princeton and Oxford : Princeton University Press, 2019.

<sup>14</sup> François OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles : Bruylant, 2016, not. p. 6 et 114s.

trouver lui-même affecté par des crises concernant les autres domaines, notamment les crises économiques et financières. Ainsi, une recherche approfondie sur les récentes crises financières doit bien évidemment s’étendre aux répercussions de ces crises dans le monde du droit.

(C) Troisièmement, il s’agit aussi de tenir compte de cette caractéristique du droit : aussi bien le droit contentieux que le travail juridique universitaire – en rapport avec des activités propres à d’autres domaines culturels, et au contact des expériences juridiques des non-juristes – ouvrent un espace de mise en débat des alternatives au mode actuel de fonctionnement des différents domaines sociaux. Un espace où devraient pouvoir se formuler, non seulement des stratégies de dépassement de crises systémiques spécifiques, mais des ébauches de projets de société transcendant les frontières des différents domaines sociétaux. Ce qui justifie une troisième ligne de travail pour la recherche sur le droit. Celle-ci se doit d’être attentive à de telles ébauches de projets de société, et pourra contribuer à ce qu’elles soient débattues, et traduites en actes, y compris au-delà du domaine juridique<sup>15</sup>.

Ces trois tâches de la recherche sur le droit correspondent à un chantier immense. Nous n’avons pas la prétention, par le présent dossier, de l’avoir déjà inauguré. Composé d’articles qui tous, à des degrés divers, rendent compte de démarches exploratoires, son objectif est de montrer l’urgence, mais aussi la viabilité des travaux nécessaires.

Ce dossier commence par l’un des grands domaines juridiques touchés par la crise, le travail, et par un texte qui adopte une perspective historique et discute le possible apport d’auteurs classiques à nos débats actuels. La crise monétaire majeure qui marqua la République de Weimar et ses conséquences sociales désastreuses ont suscité des analyses de juristes et de penseurs en sciences sociales qu’il est utile de prendre comme point de départ du présent dossier. Michel Coutu entend montrer l’actualité des pensées de Hugo Sinzheimer, Otto Kahn-Freund et Thilo Ramm à propos du droit social, pour saisir les enjeux contemporains d’un droit social confronté aux nécessités de la gestion politique de la crise monétaire. Il articule son argumentation sur un texte majeur de 1933 que Sinzheimer a consacré à la crise du droit du travail, dans le contexte d’une crise majeure. La perspective d’une gestion de la crise de l’emploi par le retour au modèle du code civil et à ses concepts d’individu et de contrat, est au cœur de la critique de Sinzheimer. Selon lui, le droit du travail reflète l’état de l’ordre économique, mais la relation entre les deux n’est pas sans être intermédiée par le politique. De plus, c’est un droit qui est avant tout pratique, et ne peut être réduit à un domaine spécial relevant de la science juridique formelle. Kahn-Freund et Ramm approfondissent cette analyse critique de l’évolution du droit du travail et aboutissent à ce que Ramm appelle les trois « constitutions » du travail qui se succèdent au cours de la république de Weimar, c’est-à-dire trois états des forces sociales, résultant chaque fois de crises économiques, qui fondent, successivement, une constitution collectiviste, une constitution individualiste, et une constitution étatiste. Reprenant ces catégories Michel Coutu caractérise la crise contemporaine du droit du travail au Québec. Dans ce contexte, une version modérée de la constitution collectiviste, que Michel Coutu appelle la constitution sociale, pourrait s’effacer

---

<sup>15</sup> Dans le présent dossier, cette potentialité du droit est expressément rappelée par Antoine Bailleur. Pour un concept de crise et une politique de science sociale allant dans le sens de cette troisième justification du rôle de la recherche sur le droit, voir Rodrigo CORDERO, *et al.*, « On the reflexivity of crises », *op. cit.*

devant une nouvelle version de la constitution individualiste, une évolution accélérée par les suites de la crise financière de 2007-2008.

Nous passons ensuite au domaine au sein duquel la crise de 2007-08 a éclaté, la banque et la finance, en commençant par un texte discutant la réglementation bancaire, les principales entités participant à la construction et au développement des activités financières (Bégasse de Dhaem), pour aborder ensuite la réglementation qui prétend discipliner des marchés financiers, par un texte qui étudie la pratique des sanctions prévues par cette réglementation et ses limites (Marty et al.).

La contribution de Pauline Bégasse de Dhaem aborde la très importante question de la régulation bancaire, d'autant plus importante que la stabilité bancaire est devenue un enjeu national et international majeur depuis la crise des *subprimes*. Prenant en compte une perspective historique pour aborder ensuite les enjeux contemporains, l'auteure revient sur l'ordre monétaire international mis en place lors des accords de Bretton Woods. Elle met clairement en évidence, d'une part, que la stabilité bancaire ne fut pas intégrée dans les missions des institutions multilatérales issues de ces accords (FMI et Banque mondiale) et, d'autre part, que le lien intime que les Etats entretiennent avec leur secteur bancaire a persisté et persiste encore, en dépit du développement de la globalisation bancaire et financière. Le décalage durable, entre des secteurs bancaires nationaux et une régulation nationale, d'une part, et la globalisation, d'autre part, n'a pas laissé d'autres solutions de régulation internationale, y compris, européenne (du moins au début), que d'emprunter la voie de la *soft law* telles les normes prudentielles élaborée par le Comité de Bâle, qui est, selon l'auteure, « un forum informel sans personnalité juridique ». Toutefois, et c'est là un des points majeurs de la contribution de Pauline Bégasse de Dhaem, il faut se garder d'approcher ces normes de droit souple selon une grille de lecture basée sur la notion de hiérarchie des normes. Si, formellement, ces standards n'ont pas la qualité de « vraies normes juridiques », il n'en reste pas moins que les institutions de régulation exigent des banques et des Etats le respect de tel ou tel standard prudentiel, et qu'elles définissent souvent les conditions d'application d'un régime légal. La frontière entre droit souple et droit dur n'est donc pas étanche. Toutefois, ce système de régulation bancaire internationale à base de standards a ses limites, que l'auteure analyse en détail : ces normes n'aplanissent pas les différences entre réglementations nationales, et leur complexité génère un système peu clair pour les banques et les institutions.

Quant au texte de Frédéric Marty, Thierry Kirat, Hugues Bouthinon-Dumas et Amir Rezaee, il est en quelque sorte le pendant du précédent : nous passons donc de la réglementation et de la supervision bancaires à celles de la finance. Le texte aborde la question contemporaine du rapport entre le droit et la crise sous l'angle de la régulation financière. Les auteurs prennent acte du fait qu'un fonctionnement non altéré des marchés financiers, ainsi que la protection des investisseurs et des épargnants, supposent la mise en œuvre d'une régulation qui devrait viser la sanction des pratiques illicites, telles les abus de marché comme la manipulation de cours, l'exploitation de données privilégiées (habituellement qualifiée de délit d'initié), ou encore la diffusion d'informations financières non sincères. Au-delà de la sanction, la régulation financière vise la dissuasion. L'action du régulateur, dans ce domaine, est mise à l'épreuve par le processus de complexification croissante dans lequel est engagé le monde financier. Les auteurs explorent les voies ouvertes au régulateur financier pour répondre à cette complexification : le recours à des procédures négociées, dites « transactionnelles » plutôt que contentieuses, la mise en place de

stratégies de régulation procédurale, et le recours à des dispositifs de régulation algorithmique.

Le dossier explore alors deux approches plus générales, qui donnent des perspectives à la réflexion sur le sujet de ce dossier : d’abord une approche d’ensemble du droit dans la crise, par un texte le considérant comme un discours parmi d’autres participant à la construction de nos collectivités, et plus spécifiquement leur construction comme communautés démocratiques, avec la contribution de Pierre Guibentif ; puis une réflexion ambitieuse, quasi-programmatique, qui défend que le droit porte une nouvelle voie de prospérité sans croissance, proposée par Antoine Bailleux sur la base d’un examen critique de la démarche consistant à confiner le droit aux politiques de « gestion » de crises majeures.

La contribution de Pierre Guibentif propose une étude de la situation du Portugal dans le contexte de la crise des *subprimes* et de celle de la dette souveraine qui en a découlé pour le pays. Mais il faut souligner l’originalité du point de vue développé par l’auteur, qui s’inscrit dans la thématique du changement social. Celui-ci suppose d’abord que la collectivité est consciente que des changements importants opèrent ; ensuite que ces changements sont liés à des activités accomplies dans cette collectivité. Cette conscience, selon Pierre Guibentif, implique que soient reconnues, dans cette collectivité, des théories du changement social, lesquelles se formulent en particulier par le droit. L’une de celles-ci sous-tend le *Memorandum of Understanding* signé par le gouvernement portugais avec la « troïka » en mai 2011. En effet, outre les mesures d’assainissement et de réforme imposées au Portugal, au fondement juridique et constitutionnel chancelant, celui-ci contient implicitement une théorie individualisante du changement social. Ce seraient les individus qui, par leurs dépenses excessives, auraient provoqué l’endettement excessif du pays. Mais l’auteur rend aussi compte à la fois d’expériences de participations effectives, et d’expériences d’impuissance des individus dans les changements en cours, lesquelles sont liées, *last but not least*, à la « suspension » de la démocratie libérale induite par les mesures de politique économique et budgétaire imposées par la « troïka », des expériences pouvant elles aussi être rattachées à cette même théorie individualisante. Le texte se termine en suggérant que la crise révèle l’importance croissante d’une autre théorie du changement social, qui parie sur l’action des grandes organisations.

Enfin, avec la contribution d’Antoine Bailleux, nous nous interrogeons sur les potentialités du droit dans la construction d’un nouveau projet sociétal, en discutant le rôle du droit et des juristes dans les débats publics qui prennent pour thème les crises dont nous faisons successivement l’expérience ces dernières années.

En effet, l’auteur donne les clés d’une compréhension originale des rapports entre le droit et la crise. Partant d’une insatisfaction vis-à-vis de la conception « traditionnelle », selon laquelle un droit trop laxiste aurait permis l’occurrence d’une crise financière appelant en retour un droit plus sévère, il reformule les rapports qu’entretiennent le droit et la crise. Il interroge d’abord une distinction, indispensable à ses yeux, entre l’évènement et la crise. Le premier, « brisure dans le quotidien », relève du singulier, du discontinu, qui perturbe l’ordre établi mais ne le déstabilise pas, ce qui serait au contraire l’apanage de la crise, laquelle dessine une situation de totale incertitude, de rupture de l’ordre établi, dont pourrait surgir une « nouvelle forme de rationalité ». Ainsi, la faillite de Lehman Brothers, même avec son caractère systémique que peu de gens avaient anticipé, n’a pas bouleversé l’ordre établi. Les mesures drastiques de politique économique et monétaire qui suivent la crise des

*subprimes* auront même estompé progressivement son statut d'évènement. Antoine Bailleux aborde par la suite la question des droits sociaux et celle, subséquente, des « procès de l'austérité » devant les cours constitutionnelles nationales et les juridictions européennes. En s'appuyant sur la théorie des sous-systèmes sociaux de Teubner, il soutient que les droits sociaux et les droits fondamentaux ne sont pas constitutifs d'un sous-système autonome mais sont intégrés dans l'économie, notamment sous l'effet des décisions des juridictions européennes dans les « procès de l'austérité ». L'auteur explore enfin les voies d'un nouveau paradigme de la prospérité, sans croissance, susceptible d'être traduit en justice et fondé sur le projet d'un droit de chaque être vivant à une vie digne d'être vécue.

De ces cinq contributions, il est possible d'extraire quelques réflexions transversales, qui peuvent être organisées selon les trois lignes de travail présentées ci-dessus.

(A) Les travaux ici réunis permettent d'identifier quelques-unes des réponses juridiques apportées plus particulièrement aux crises financières qui se sont succédé depuis 2007. Il vaudrait la peine de mieux en reconstituer la production et les effets, notamment par un inventaire systématique des travaux déjà réalisés, tant officiels qu'académiques, évaluant leurs conséquences. On peut distinguer ici quatre catégories de réponses juridiques :

(i) Les réformes de la législation concernant l'activité bancaire et les marchés financiers : par exemple la loi française du 22 octobre 2010 (Marty *et al.*), le Règlement européen N° 1093/2010 du 24 novembre 2010, ou encore la Directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 (Bégasse de Dhaem)<sup>16</sup>.

(ii) Les textes définissant les conditions d'octroi d'une assistance financière aux États qui ne sont plus en mesure de répondre à leurs engagements financiers, tel par exemple le *Memorandum of Understanding* signé entre le gouvernement portugais et la troïka le 17 mai 2012 (Guibentif), ou encore, en vue de la prévention de telles mesures d'assistance budgétaire, les textes précisant les obligations budgétaires des États, tel le Traité intergouvernemental sur la stabilité, la coordination et la gouvernance en Europe du 2 mars 2012.

(iii) Les textes mettant en œuvre les politiques d'ajustement structurels requises en contrepartie de l'assistance financière (Guibentif).

(iv) Dans l'ordre non plus législatif, mais cette fois-ci judiciaire : la jurisprudence répondant à des actions intentées contre les textes qui viennent d'être évoqués (en particulier dans le cadre de ce qu'on a pu appeler les « procès de l'austérité » : Bailleux).

(B) Par ailleurs, nous avons pu réunir un ensemble d'observations concernant les effets qu'ont eus les mesures prises en réponses aux récentes crises financières plus particulièrement sur le droit (B.1) et sur ses rapports avec d'autres domaines sociétaux (B.2).

(B.1) En ce qui concerne le domaine juridique en lui-même, on pourrait regrouper les effets décelés en six catégories :

---

<sup>16</sup> En cette matière, la comparaison internationale s'impose. Un texte légal de première importance, ici non considéré, est la loi dite Dodd-Frank, promulguée aux États-Unis le 21 juillet 2010. Quelques éléments à son sujet dans Adam TOOZE, *Crashed ...*, *op. cit.*, p. 349 s.



(i) On assiste à une aggravation des contraintes s’exerçant sur les moyens alloués à la justice (Guibentif) ou aux autres autorités chargées d’appliquer le droit (Marty *et al.*).

(ii) La tendance à recourir au *soft law* et aux procédures alternatives au traitement judiciaire des cas d’infraction à la loi se renforce (Bégasse de Dhaem ; Marty *et al.*) ; les normes de droit souple, pouvant être, à l’usage, transformées en normes contraignantes d’un type nouveau par des médiations que la contribution de Bégasse de Dhaem analyse précisément.

(iii) On assiste à l’adoption de formules juridiques qui impliquent que l’accès au droit est de plus en plus exclusivement réservé aux seuls spécialistes (Bégasse de Dhaem ; Guibentif) ;

(iv) La portée de droits subjectifs consacrés pas les Constitutions nationales peut se trouver temporairement réduite (Guibentif). Parmi les enjeux de la coopération entre l’économie, la finance, la sociologie et le droit, il faut ici mentionner en effet à la fois la mise à l’écart de normes juridiques, notamment constitutionnelles, par les « gestionnaires » de la crise, et la promotion de formes de régulation juridique pensées comme non contraignantes. Ainsi, on a pu relever la fragilité des bases juridiques de la participation de la BCE à la Troïka, laquelle a conduit à faire prédominer les intérêts monétaires et financiers des créanciers sur le bien-être des personnes, sur les droits humains, et sur le respect des normes constitutionnelles dans des pays comme la Grèce et le Portugal<sup>17</sup>.

(v) L’ensemble des textes permet d’esquisser une évolution à long terme du droit international. Celui-ci est pratiquement absent au début du 20<sup>ème</sup> siècle (Coutu), mais nous savons qu’une période de développement intense intervient immédiatement après la période considérée dans le texte qui ouvre le dossier, et en lien direct avec les circonstances analysées dans ce même texte. Pensons en particulier à la création de l’Organisation internationale du Travail au lendemain de la Première Guerre mondiale. Mais on peut aussi citer les Accords de Bretton Woods instituant le Fonds monétaire international et la Banque mondiale après la Seconde Guerre mondiale (Bégasse de Dhaem). Ce que l’on observe dans la période qui s’ouvre avec la crise financière de 2007-2008 concerne bien, dans une certaine mesure, ces structures. Voir le rôle joué par le Fonds monétaire international. Mais on observe aussi des mesures importantes de *soft law*, impliquant des acteurs d’une nature assez différente de ceux qui interviennent dans les organisations internationales conventionnelles. Voir par exemple le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Bégasse de Dhaem).

(vi) Enfin la confrontation des cinq contributions ici réunies suggère aussi ce constat, qu’il faudrait étayer en mobilisant des indicateurs précis : le droit bancaire et financier semble évoluer à une distance croissante des autres domaines. Le fait que la surveillance de son application soit remise à des autorités indépendantes (Bégasse de Dhaem) éloigne celles-ci du domaine d’action du gouvernement, donc du domaine politique. Le fait que les cas de règlements négociés, ne donnant donc pas lieu à jurisprudence, soient de plus en plus fréquents (Marty *et al.*) implique que le droit des marchés financier se retire dans une certaine mesure de l’univers de la juridiction. Il est vrai que la différenciation des branches du droit, à laquelle peut correspondre une

---

<sup>17</sup> Gilbert KOENING, « La Troïka, une institution sans légitimité démocratique européennes », *Bulletin de l’Observatoire des politiques économiques en Europe*, n° 32, été 2015, BETA-Université de Strasbourg. Voir aussi les contributions d’Antoine Bailleux et de Pierre Guibentif au le présent dossier.

spécialisation des juridictions, est une caractéristique du droit moderne. L'enjeu serait ici de mieux mesurer les écarts existants, et leurs possibles effets. Ces écarts peuvent se mesurer notamment aux différences que l'on peut constater dans l'application des grands principes du droit. Ainsi, Pistor<sup>18</sup> a montré que le principe juridiquement universel de l'exécution des contrats de dette (dit principe "I owe you") a en pratique une géométrie complexe et, surtout, ne doit pas dissimuler des asymétries essentielles dans sa mise en œuvre empirique. Ainsi, la contrainte sur le débiteur défaillant est la plus forte lorsqu'elle porte sur des individus, sommés par le droit de rembourser leur dette en cas de défaillance ; à l'autre extrémité du spectre, les crises de la dette souveraine appellent la mise en œuvre de moratoires, de renégociations multilatérales, qui s'accompagnent d'aménagements plus ou moins coûteux pour les populations. La force contraignante du principe juridique s'estompe devant les enjeux économiques globaux de crises de la dette des Etats, et lorsque sont anticipés des effets systémiques, dont bien évidemment l'effondrement du système bancaire.

(B.2) Quant aux rapports entre le droit et d'autres domaines sociétaux, on notera trois phénomènes :

(i) Le plus manifeste est le resserrement des liens entre le système financier et le droit concernant ce domaine. La création d'autorités indépendantes (Bégasse de Dhaem), ou encore le développement de mécanismes de contrôle interne aux institutions financières pour la prévention des infractions à la législation en la matière (Marty *et al.*) facilite une interpénétration entre normes juridiques et standards professionnels. La composition du présent dossier suggère un rapprochement entre ce phénomène, et ce qui se passe en Allemagne dans le domaine du travail à la suite de la Première Guerre mondiale (Coutu), avec la reconnaissance des conventions collectives antérieurement négociées entre employeurs et syndicats. Des liens entre le droit et ce que l'on peut qualifier de système des relations industrielles subsistent encore aujourd'hui, après une période particulièrement intense dans l'Après Seconde Guerre mondiale. Il serait intéressant de comparer, de ce point de vue, le monde financier et le monde du travail. Les observations rapportées ici laissent entrevoir des évolutions croisées : tandis que le droit semble reconnaître une autonomie renforcée du monde financier, il semble être aussi contraint, dans le cadre des réformes structurelles préconisées en réponse aux crises budgétaires des États, de réduire la portée des conventions collectives, et donc, dans une certaine mesure, le rôle des partenaires sociaux (Guibentif).

(ii) Le droit apparaît ici comme contribuant à renforcer l'autonomie des banques centrales, et donc l'autonomie de monde financier par rapport au monde politique (Bégasse de Dhaem). Les références à l'hyper-inflation des années 1920 (Coutu) aident à comprendre pourquoi l'Allemagne a strictement maintenu, tout au long de la période ici étudiée, les options ordo-libérales.

(iii) De manière moins immédiate, on peut déceler les indices d'une interpénétration croissante entre normes juridiques et normes de fonctionnement de grandes organisations. Celle-ci est susceptible d'être induite par le développement des mécanismes de contrôle internes aux institutions (Marty *et al.*). Elle peut également s'observer dans les organisations publiques et privées soumises aux mesures de rationalisation qui se sont intensifiées au Portugal pendant la période d'austérité (Guibentif).

---

<sup>18</sup> PISTOR, « Toward a legal theory of finance », *op. cit.*

(C) Enfin, nous observons aussi des moments où le droit apparaît comme un discours indispensable à la mise en débat de mesures ou plus amplement de modèles de société alternatifs à l'état actuel des choses. C'est bien entendu ce qu'illustre le travail doctrinal de Hugo Sinzheimer, défendant un concept politique de constitution du travail (Coutu). C'est ce que l'on peut entrevoir quand des praticiens du droit déplorent qu'un droit devenu trop opaque ne leur permette plus de jouer effectivement leur rôle de juristes (Bégasse de Dhaem). Ou quand des mesures sont prises pour faire en sorte que des manquements graves aux règles de marché donnent lieu à un traitement judiciaire, et non à une composition administrative (Marty *et al.*).

Au Portugal, les manifestations protestant contre l'austérité donnent lieu à des invocations des droits et à des références au droit qui alimentent les débats sur les possibles alternatives à la mise en œuvre du *Memorandum* (Guibentif), un exemple parmi d'autres de l'effet que peut avoir la perception des droits et du droit sur les débats publics (voir aussi Bailleux, qui avance à ce propos le concept de *répertoire juridique*).

Cependant, des indices d'autonomisation renforcée du monde de la finance et de son droit par rapport à des gouvernements élus (Bégasse de Dhaem), le fait que peu de manquements aux règles du marché soient présentés à un juge (Marty *et al.*), que la portée de droits consacrés par des constitutions nationales puisse être remise en question (Guibentif), sont autant d'expériences susceptibles d'affecter la confiance que pourront avoir les citoyens dans les institutions de la démocratie, et de conduire à une crise de la représentation démocratique<sup>19</sup>. Approfondir l'étude de ces phénomènes pourrait enrichir la discussion du possible lien entre crise économique et succès électoraux de partis politiques défendant des programmes autoritaires, un lien que l'actualité récente rend plausible et que la recherche s'efforce de mieux saisir<sup>20</sup>. Mais il ne s'agit pas seulement de vérifier si ce lien existe ; il reste encore à l'expliquer. Or les attitudes des citoyens face au droit – leur registre juridique – telles que marquées par leur expérience du rôle du droit, notamment face aux crises financières, pourraient représenter un facteur explicatif important. Cette hypothèse assigne à la recherche sur le droit un rôle clé au moment où doivent être mises en débat – débat crucial non seulement face aux crises financières à venir, mais aussi face aux défis environnementaux, lesquels nous renvoient à ce qui pourrait bien être qualifié, au sens technique du terme, de crise de l'humanité – les conditions de possibilité de la démocratie.

---

<sup>19</sup> Hauke BRUNKHORST, « Democracy under Siege: The Decay of Constitutionalization and the Crisis of Public Law and Public Opinion », in KJAER & OLSEN, *Critical Theories ...*, *op. cit.*, p. 177-194.

<sup>20</sup> Manuel FUNKE, Moritz SCHULARICK & Christoph TREBESCH, « Going to extremes: Politics after financial crises, 1870–2014 », *European Economic Review* 88, 2016, p. 227-260.