



SORBONNE STUDENT LAW REVIEW

REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DE LA SORBONNE

2021

Volume 4, n°1

Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France
Sorbonnestudentlawreview.org
sslr@univ-paris1.fr

Licence Creative Commons 4.0 attribution
Sorbonne Student Law Review and various contributors – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne et les
différents contributeurs - 2021

Publié en ligne le 23 juin 2021.
Published online on June 23rd 2021.

Editor-in Chief - Rédactrice en chef

Charlotte Collard

Managing Editor – Cheffe du Comité éditorial

Nolwenn Ribreau

Editors – Éditeurs

Vincent Bassani

Anne-Charlotte Cervello

Victor-Ulysse Sultra

Reading Committee - Comité de lecture

Lisa Aerts
Paola Baldino
Arnaud d'Argoubet
Elea Collin
Rosanne Craveia
Robin Delescluse
Julie Esquenazi
Matthieu Febvre-Issaly
Camille Gendrot
Sarah Gharios
Joan Gondolo

Yannis Hamache
Marios Kalogeropoulos
Brook Kidane
Pierre Lesaffre
Giuliana Marino
Martial Manet
Viveca Mezey
Alexis Niepceron
Alexia Pascali
Marianna Paschou
Guillaume Pinchard

Leonardo Machado Pontes
Charlotte Magnien
Estelle Richevilain
Matthieu Ruquet
Benjamin Saunier
Siavash Shahrjerdi
Léa Turcotte

Advisory Board - Comité scientifique

Mathias Audit
Fahrad Améli
Laurent Aynes
Ludovic Ayrault
Tristan Azzi
Ségolène Barbou des Place
Charlotte Beaucillon
Julie Benetti
Didier Boden
Pierre Bonin
Eleonora Bottini
Chahira Boutayeb
Sara Brimo
Pierre Brunet
Paul Cassia
Loïc Cadiet
Emanuel Castellarin
Marie-Xavière Catto
David Chilstein
Thomas Clay
Christel Coton
Marie-Anne Cohendet
Philippe Delebecque

Joan Divol
Philippe Dupichot
Xavier Dupré de Boulois
Vivienne Forrest
Bénédicte Fauvarque Cosson
Jenny Frinchaboy
Jérôme Gotié
Daniel Guttman
Jérémy Houssier
Emmanuel Jeuland
Andreas Kallergis
Yann Kerbrat
Evelyne Lagrange
Yves-Marie Laithier
Elise Le Gall
Grégoire Loiseau
Pascal Lokiec
François-Xavier Lucas
Jean Matringe
Anne-Catherine Muller
Christine Neau Leduc
Sophie Nicinski
Nobert Olszak

Etienne Pataut
Fabienne Peraldi-Leneuf
Anne Pimont
Ioannis Prezas
Lukas Rass-Masson
Bertrand Reau
Olivier Renaudie
Thierry Revet
Raphaële Rivier
Judith Rochfeld
Agnès Roblot-Troisier
Marilyne Sadowsky
Ruth Sefton-Green
Denys Simon
David Soldini
Jean-Marc Sorel
Philippe Stoffel-Munck
Fanny Tarlet
François-Guy Trébulle
Pascal de Vareilles-Sommières
Pierre-Yves Verkindt
Michel Verpeaux
Nicolas Warembourg

Layout - Mise en page

Charlotte Collard

TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

ÉDITORIAL : CONCRETISER LE « MONDE D'APRÈS »	1 – 3
EDITORIAL : SAILING THROUGH THE “POST(?) - COVID WORLD” <i>Charlotte Collard</i>	5 – 7

Articles

FRENCH LAÏCITÉ, FREEDOM OF EXPRESSION AND ORDRE PUBLIC <i>Zia Akhtar (Gray's Inn)</i>	9 – 40
LA PARTICIPATION CITOYENNE DIRECTE AU POUVOIR CONSTITUANT : RETOUR SUR L'EXPÉRIENCE ISLANDAISE <i>Vincent Boucher (École de droit de la Sorbonne)</i>	42 – 89
DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT : UN INSTRUMENT NÉCESSAIRE MAIS INSUFFISANT À L'AUNE D'UNE CRISE ÉCONOMIQUE GLOBALE <i>Clara Grudler (École de droit de la Sorbonne)</i>	91 – 118
LA DISCRIMINATION À REBOURS : ÉTAT DES LIEUX D'UNE SANCTION AU PARCOURS SINUEUX <i>Charlotte Magnien (École de droit de la Sorbonne)</i>	119 – 143
LE CONGÉ DE MATERNITÉ DES DOCTORANTES CONTRACTUELLES : QUELQUES TÉMOIGNAGES ET PRÉCISIONS NÉCESSAIRES SUR LES RÈGLES EN VIGUEUR <i>Denys-Sacha Robin (Université Paris Nanterre)</i>	145 – 159
MARITAL RAPE : STRIPPING THE SANCTITY OF MARITAL RELATION. AN INTERNATIONAL ANALYSIS <i>Ashwani Tripathi (Tripathi and Associates), Anjali Tripathi (Amity Law School Delhi), Nikunj Bhatnagar (Amity Law School Delhi)</i>	161 – 199
« EXCEPTION CONSTITUTIONNELLE SANITAIRE » ? UNE ANALYSE COMPARATIVE DES MESURES D'URGENCE CONTRE LE COVID-19 EN FRANCE ET AU BRÉSIL <i>Anderson Vichikenski Teixeira (Universidade do Vale do Rio dos Sinos)</i>	201 – 221

ÉDITORIAL : CONCRÉTISER LE « MONDE D'APRÈS »

La publication de ce premier numéro du quatrième volume de la *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne* en cette fin d'année universitaire marque le retour à un rythme de parution semestriel, après une année bouleversée par l'irruption de la pandémie de Covid-19. Un « retour à la normale » à l'image de celui qui est en train d'avoir lieu pour la vie sociale, culturelle et économique. Grâce au ralentissement de l'épidémie et à l'allègement des restrictions sanitaires, la lassitude et la résignation ambiantes laissent place à l'espoir et même à l'euphorie, à en croire la ferveur populaire autour des compétitions sportives et des événements culturels de l'été. La vie académique, elle aussi, a pu se déployer à nouveau au sein des murs de l'université, avec la reprise partielle des enseignements *in situ*, ou encore les colloques et conférences, qui, contrairement à notre conférence « Droit et cryptonationalisme », organisée en ligne en février dernier (et dont les actes seront publiés dans le prochain numéro), ne sont plus réservés à nos bureaux ou salons respectifs. Ces retrouvailles en chair et en os mettent du baume au cœur. Elles nous permettent aussi de « respirer encore », comme le chante Clara Luciani dans son nouvel album, *Cœur*. Ne soyez pas surpris par cette référence, il en sera peut-être question lors de notre prochaine conférence, qui portera sur le droit et la chanson francophone. Nous avons hâte de vous retrouver le 21 septembre prochain sous un format hybride, à la fois en « présentiel » et en visio-conférence. La prudence nous oblige cependant à préciser : sous réserve de l'évolution de la situation sanitaire. Cette prudence est le signe d'un optimisme qui se doit, malheureusement, d'être modéré face au spectre des nouveaux variants du coronavirus. Une prudence qui semble nécessaire et même salutaire si, au lieu d'un retour précipité à « l'anormal », elle s'accompagne d'une véritable réflexion sur les absurdités mises en avant par la crise liée à la pandémie de Covid-19, telles que le manque de valorisation de professions dont le caractère essentiel a enfin été reconnu, l'impact des activités humaines sur un environnement auquel elles sont consubstantielles, ou encore le rapport aux autres animaux, point de départ de ce cataclysme mondial. Les universitaires ont commencé à prendre leur part de responsabilité dans la concrétisation du « monde d'après », slogan martelé lors de l'effervescence du premier confinement, précisément pour qu'il ne reste pas au stade du simple slogan. La *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne* entend y participer, comme en témoigne ce nouveau numéro.

Un numéro dans lequel il est, cette fois-ci, inévitablement question du Covid-19. Les mesures adoptées en réaction à l'irruption de la pandémie font en effet l'objet de deux articles,

qui abordent la question sous les angles économique et constitutionnel. Clara Grudler, doctorante à l'École de droit de la Sorbonne, nous propose une étude du droit européen des aides d'État, mobilisé afin de soutenir des économies fragilisées par les confinements successifs. Si l'autrice met en avant la rapidité et la capacité d'adaptation dont les institutions européennes ont fait preuve, elle souligne également l'insuffisance du recours au droit de la concurrence pour répondre à une crise multifactorielle et pointe les risques d'un retour, à plus long terme, d'un interventionnisme de la puissance publique. Le recours à des mesures d'exception de manière prolongée entraîne nécessairement des interrogations sur la manière dont le droit commun pourrait être impacté, voire en certains cas expressément modifié pour pérenniser de telles mesures. La nature de l'état d'exception et la question d'une « exception constitutionnelle sanitaire » sont ainsi abordées par le Professeur Anderson Vichinkeski Teixeira (*Universidade do Vale do Rio dos Sinos*) qui, dans une analyse retenant les contributions de la pensée de Carl Schmitt, examine les fondements constitutionnels des mesures restrictives récemment adoptées en France et au Brésil.

Nos lecteurs et lectrices ayant un penchant constitutionnaliste ne seront pas déçus : une deuxième contribution relevant de cette spécialité figure dans ce numéro, celle de Vincent Boucher, doctorant à l'École de droit de la Sorbonne. Il nous plonge dans le processus constituant islandais qui a suscité de l'intérêt du fait de la place prépondérante accordée aux citoyens grâce au numérique. L'auteur va cependant au-delà des vertus accordées à l'utilisation démocratique des nouvelles technologies, pour présenter les limites d'un processus dont le projet de Constitution n'est toujours pas entré en vigueur. Vincent Boucher nous montre ainsi que les frontières nationales ne sont pas celles de la recherche juridique, constat qui sied également à l'article de Zia Akhtar (membre de l'association de *barristers* londonienne *Gray's Inn*). Il y pose un regard extérieur sur la laïcité, notion qui possède une signification particulière en France, particulièrement lorsqu'elle est mobilisée pour justifier une liberté d'expression dont l'auteur questionne les limites dans le domaine de la satire des religions.

Du religieux il est également question, dans un tout autre ordre d'idées, dans l'article d'Ashwani Tripathi (avocat à *Tripathi & Associates* en Inde), d'Anjali Tripathi et de Nikunj Bhatnagar (tous deux étudiants à l'*Amity Law School Delhi*) qui questionnent le caractère sacré du lien marital lorsqu'il est souillé par le crime du viol conjugal. Ils nous proposent une étude comparative de la législation nationale au sujet du viol marital (y compris l'absence de celle-ci). Ils mettent par ailleurs en avant la nécessité de nouvelles règles internationales et régionales

en vue de prévenir et de punir ce crime, dont l'ampleur ainsi que les conséquences sur la santé physique et mentale des femmes sont soulignées. Un article qui promeut les droits des femmes, perspective dans laquelle s'inscrit également Denys-Sacha Robin (docteur en droit de l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, actuellement Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre), dans son article consacré au congé de maternité des doctorantes contractuelles. Si la question est taboue tant la parentalité semble, pour nombre d'entre nous, inconciliable avec la préparation d'une thèse, son régime juridique doit être clarifié au nom de l'égalité des chances entre jeunes chercheurs, d'autant plus que, au vu des témoignages apportés par l'auteur, la pratique universitaire tend à s'éloigner des textes applicables. Les principes d'égalité et de non-discrimination portés par cet article sont également au cœur de celui de Charlotte Magnien, doctorante à l'École de droit de la Sorbonne, qui s'intéresse à la discrimination à rebours. Elle nous propose un état des lieux de la mesure dans laquelle cette discrimination spécifique (qui survient lorsque l'application du droit de l'Union conduit à traiter plus favorablement des situations communautaires que des situations purement internes ou extra-communautaires) est sanctionnée. L'autrice nous propose ainsi une analyse jurisprudentielle mettant en avant une sanction des discriminations à rebours qui est incertaine devant les juridictions ordinaires, mais qui se retrouve renforcée par la collaboration des juges.

Ces articles forment ensemble un numéro éclectique qui, je l'espère, saura capter votre attention. Sa publication n'aurait pas été possible sans le travail fourni par les membres du Comité de lecture, garants de la qualité de cette Revue, que je tiens à remercier pour la rigueur et l'exigence dont ils font preuve. Cette Revue est bien sûr le fruit d'un travail collectif, porté par ses cofondateurs, poursuivi par les membres passés et actuels d'une équipe éditoriale qui a été récemment renouvelée. Vincent Bassani a été rejoint par Anne-Charlotte Cervello et Victor-Ulysse Sultra, et cette année a été marquée par la création des fonctions de « chef du comité éditorial », occupées avec enthousiasme et sérieux par Nolwenn Ribreau. Tant pour la gestion éditoriale des articles, la communication, ou encore l'organisation des conférences, leur contribution est essentielle. Je profite enfin de ces lignes pour féliciter Virginie Kuoch, à qui j'ai succédé en mars dernier, pour le travail accompli dans des circonstances difficiles, et pour la remercier de la confiance qu'elle m'a accordée pour continuer à porter ce beau projet.

Charlotte Collard

Rédactrice en chef - Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne

EDITORIAL : SAILING THROUGH THE “POST(?) - COVID WORLD”

The release of this first issue of the fourth volume of the Sorbonne Student Law Review marks a return to a semi-annual frequency of publication, after a year disrupted by the outbreak of the Covid-19 pandemic. A "return to normality" similar to that which is now taking place in social, cultural and economic lives, with the epidemic slowing down and the sanitary restrictions which have been eased. The prevailing weariness and resignation seem to have been replaced by hope and even euphoria, as shown by popular enthusiasm for sports competitions and cultural events. Academic life, too, has resumed within the university's walls, with classes partially taught *in situ*, as well as academic conferences – unlike our conference "Law and crypto-nationalism", which took place online last February and will be published in our next issue. These reunions "in real life" are definitely heartwarming. They also allow us to "breathe again", as French singer Clara Luciani sings ("respirer encore") in her new release. Don't be surprised by this unusual reference, it might be mentioned at our next conference, which will focus on « Law and French-language songs ». We look forward to meet you on September 21th, both on-site and online. Caution requires to specify that the conference will take place on-site provided that the overall health situation is favourable. The prevailing optimism must unfortunately be cautious, as we are still facing a risk of more contagious variants of the coronavirus. Caution seems necessary, and might even be salutary if it implies that in-depth reflection is taking place on the absurdities put forward by the current crisis, such as the lack of promotion of certain professions (whose essential character has finally been recognised), the impact of human activities on our environment, or the way other animals are treated, which was precisely the starting point of this global cataclysm. Academics began to take their share of responsibility in the realisation of this "Post-Covid World", a slogan which was widely publicised in the media (at least in France) during the first confinement. The Sorbonne Student Law Review intends to participate to this movement, as is shown by this new issue.

This issue, this time, inevitably deals with Covid-19. The measures adopted in response to the outbreak of the pandemic are at the heart of two contributions, which address the issue from an economic and a constitutional perspective. Clara Grudler, doctoral student at the Sorbonne Law School, offers us a study of EU rules on State aid, which have been used to

support national economies weakened by successive confinements. If the author highlights the adaptability of the European institutions, she also emphasizes the inadequacies of Competition Law to respond to a multifaceted crisis and points out the risk of a return, in the longer term, of interventionism. Using exceptional measures in the long run necessarily raises questions about how general law could be impacted, or even in certain cases expressly modified to make such exceptional measures permanent. The nature of states of emergency and the question of a "sanitary constitutional exception" are addressed by Professor Anderson Vichinkeski Teixeira (*Universidade do Vale do Rio dos Sinos*), in an analysis taking into account Carl Schmitt's thought on the subject, in which he examines the constitutional foundations of the restrictive measures recently adopted in France and Brazil.

Our readers who have a constitutional inclination will not be disappointed : this issue contains another contribution within this specialty. Vincent Boucher, doctoral student at the Sorbonne Law School, takes us into the Icelandic constituent process which has aroused interest due to the preponderant place given to citizens via digital tools. The author goes beyond the virtues of the democratic use of digital technologies and presents the limits of an unfinished process (as the draft Constitution has still not entered into force). Thus, Vincent Boucher shows that national borders are fortunately not those of legal research. This observation is also relevant for the contribution of Zia Akhtar (member of the London barristers association Gray's Inn). He takes an external view of *laïcité*, a concept which has a particular meaning, especially in the way it is used to support freedom of expression, which the author questions the limits in the field of the religious satire.

Religion is also treated, on a totally different note, by the contribution of Ashwani Tripathi (lawyer at Tripathi & Associates in India), Anjali Tripathi and Nikunj Bhatnagar (both students at Amity Delhi Law School). They question the sanctity of marriage when it is stained by the crime of marital rape. They offer us a comparative study of national legislation on marital rape (including the absence of such legislation). They also highlight the need for new international and regional rules to prevent and punish this crime. It definitely is an article that promotes women's rights, an approach which also characterises the contribution of Denys-Sacha Robin (*Université Paris Nanterre*), dedicated to maternity leave for contractual doctoral students. If the question might be taboo, as parenthood seems, for many of us, incompatible with the preparation of a PhD thesis, its legal regime must be clarified, in the name of equal opportunities for young researchers. This is more particularly the case since, given the

testimonies gathered by the author, university practice tends to be, for certain aspects, inconsistent with applicable law. The principles of equality and non-discrimination are also at the heart of the contribution of Charlotte Magnien, doctoral student at the Sorbonne Law School, focused on reverse discrimination. It provides us with an overview of the way this specific discrimination (which leads to treating community situations more favourably than purely internal or extra-community situations) is sanctioned. The author offers us a case-law analysis highlighting a sanction for reverse discrimination which is uncertain before ordinary courts, but which is reinforced by the collaboration of judges.

These articles form together an eclectic issue, which I hope will capture your attention. Its publication would not have been possible without the work done by the members of the Reading Committee, guarantors of the quality of this Review, whom I would like to thank for their rigour. This Review is of course the product of a joint effort, carried out by the Review's co-founders, continued by past and current members of an editorial team which has recently been renewed. Vincent Bassani has been joined by Anne-Charlotte Cervello and Victor-Ulysse Sultra, and this year was also marked by the creation of the position of Managing Editor, held by Nolwenn Ribreau with enthusiasm and conscientiousness. Whether for the editorial management of articles, communication tasks, or the organisation of conferences, their contribution is essential. On a closing note, I would like to congratulate my predecessor Virginie Kuoeh for the work accomplished despite the difficult circumstances, and to thank her for her trust.

Charlotte Collard

Editor-in-Chief
Doctoral student at the Sorbonne School of Law

FRENCH LAÏCITÉ, FREEDOM OF EXPRESSION AND ORDRE PUBLIC

Zia Akhtar*

Table of content/Table des matière

INTRODUCTION	12
1. <i>LAÏCITÉ</i> AND SECULAR EDUCATION	14
2. INTERNATIONAL CONVENTIONS AND PREVENTING INDOCTRINATION	21
3. <i>ORDRE PUBLIC</i> AND CONSTITUTIONAL REVIEW	25
4. SATIRISING RELIGION AND FREEDOM OF EXPRESSION	29
5. CITIZENSHIP RIGHTS AND REINFORCEMENT OF <i>LAÏCITÉ</i>	33
CONCLUSION	39

* Member of Gray's Inn, alumni of the University of London (LLB ; LLM).

Abstract

The republication of cartoons of the Prophet Muhammad by Charlie Hebdo magazine has led to a defensive reaction from the French government. There is legislation going through Parliament in order to make the “secular” education system more stringent by the reinforcement of laïcité by a greater emphasis on indoctrination in the school curriculum. The pursuit by the French authorities under the guidance of President Macron to deregister Muslim charitable bodies and to suspend mosques has caused a minority to feel threatened. This has been followed up with the instruction to adopt “republican values” that may lead to disenfranchisement of the Muslim community by the state imposing secularism and monitoring their conduct which may increase suspicion. The question is if the enforcement of an interventionist state secularism is in accordance with the concepts of laïcité as it was originally developed and if the overbearing executive will undermine the ordre public. This paper argues that in superimposing the laïcité law the state is not in conformity with the original spirit of the doctrine and that freedom of expression to insult religion in satire should not be an absolute right because it could be a threat to the ordre public. The republican values can still be enshrined by reducing the tensions between the laïcité and ordre public and taking the approach of positive neutrality towards other religions.

Résumé

La republication de caricatures du Prophète Mahomet par le magazine Charlie Hebdo a provoqué une réaction défensive du gouvernement français. Un projet de loi actuellement débattu à l'Assemblée nationale vise à rendre le système « séculaire » d'éducation plus sévère, en renforçant la laïcité par une sensibilisation accrue au phénomène d'endoctrinement dans le cadre du programme scolaire. Les démarches entamées par les autorités françaises sous l'impulsion du Président Macron visant à dissoudre les associations caritatives musulmanes et à suspendre diverses autorisations accordées aux mosquées créent un climat de méfiance au sein de cette minorité religieuse. Dans la foulée, l'ordre d'adopter des « valeurs républicaines » risque d'aboutir à une exclusion de la communauté musulmane par un État imposant un sécularisme et un contrôle strict de sa conduite. Dès lors, la question est de savoir si la mise en place d'un État séculaire interventionniste est compatible avec le concept de laïcité tel qu'il a été originellement développé, et si un exécutif autoritaire est de nature à menacer l'ordre public. Cet article vise à démontrer qu'en imposant à outrance le concept de laïcité,

l'État entre en conflit avec l'esprit originel de cette doctrine ; et que par ailleurs, la liberté d'expression, lorsqu'elle est utilisée de manière satirique pour insulter une religion, ne devrait pas être considérée comme un droit absolu en ce qu'elle menace l'ordre public. Les valeurs républicaines peuvent tout aussi bien être préservées en réduisant les tensions existantes entre laïcité et ordre public, et en adoptant une approche de neutralité positive envers d'autres religions.

INTRODUCTION

In France the spirit of the revolution of 1789 still haunts public space, and its seismic pulse reverberates both externally and inside the corridors of power. The proclamation of liberty, fraternity and equality is considered sacrosanct and constitutes a French aphorism that is included in the Preamble as “*a common ideal*” in the French Constitution¹. The founding principle of republican “*virtue*” is *laïcité*, which enforces a secular educational system, and is supplemented by the freedom of expression that is centered on the *ordre public*. The issue has come to light with the magazine Charlie Hebdo republishing the satirical cartoons of the founder of the Islamic faith. This served as a provocation to a minority community that itself led to the state proclaiming that it needed to shore up the principle of *laïcité* by legislation². There is a need for an examination of the tension between *laïcité* and the *ordre public* and its impact on the minority, even if there is a separation of powers in the French constitution and the state is considered “*indivisible*”.

The republication of the controversial drawings in 2020 of the Prophet Muhammad with the caption “*the pictures belong to history*” was timed to appear when those accused of the attack on the publishers in 2015 were being dragged to court³. This appeared to be sending a message of triumphalism and glorification which to Muslims was sacrilegious because no likeness of the Prophet Mohammad’s has ever existed in public. The adoption of a defensive posture by the publishers of Charlie Hebdo magazine instigated a chain of events that included homicide and reaction by the state that has served to alienate members of the Muslim community.

The response of the French President Emmanuel Macron was to declare the state of emergency and to proscribe organizations, including those that were registered as charitable such as mosques. The French head of state also issued a statement defending the republication of the cartoons as freedom of expression, and to issue a bill in December 2020 for a reinforced

¹ Besides the Preamble, it is also included in Article 2 which states : “*The maxim of the Republic shall be ‘Liberty, Equality, Fraternity’*”. Article 72-3 also makes a reference to the “*common ideal of liberty, equality and fraternity*”.

² “Charlie Hebdo republishes Muhammad cartoons on eve of terror attack trial”, *Euro News*, September 9th, 2020 : <https://www.euronews.com/2020/09/01/charlie-hebdo-republishes-muhammad-cartoons-on-eve-of-terror-attack-trial>

³ « La couverture à laquelle vous n’échapperez » (“The blanket you wont escape”), *Charlie Hebdo*, Septembre 1st, 2020 : <https://charliehebdo.fr/2020/09/societe/la-couverture-a-laquelle-vous-nechapperez-pas/>

laïcité law⁴. The increase in the powers of the state to intervene in welfare issues such as school meals and disallowing the head dress in private offices was coterminous with the statement of “*Muslim separatism*”, of appropriating “*France’s future*” and of “*Islam being a religion in crises*”. Internationally, it led to some public figures in Muslim countries to call for a boycott of French goods and to cast its policies as racist and Islamophobic⁵.

The most significant factor in the defence of the cartoons and its justification for those who published them is that they are based on “*freedom of expression*”. This question needs an examination because defaming the Prophet Muhammad or other sacred symbols of Islam in France was preceded by the burning of Qurans in Malmo (Sweden) and in Oslo (Norway) in late 2020⁶. However, it is the response of French state that needs consideration, and the legal definition of such terms as *laïcité*, *ordre public* and the law of defamation that has become controversial in the aftermath of the republication of the cartoons. In France the concept of *ordre public* is an important consideration in permitting any religion to exercise its tenets and is presumed to be interpreted in harmony with the jurisdiction of the state. The *ordre public* is also a foundation of public liberty in other civil law countries where it upholds the concept of equal protection before the law⁷.

In France the *Conseil d’État* is responsible for interpretation of threats to the *ordre public*, as it is the body that adjudicates cases in public law which fall under the executive or administrative domain⁸. The pending legislation on *laïcité* in the National Assembly has also

⁴ “Fight against separatism – the Republic in action”, speech by Emmanuel Macron, President of the Republic (Les Mureaux, October 2nd, 2020), France Diplomacy Ministry for Europe and Foreign Affairs: <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/coming-to-france/france-facts/secularism-and-religious-freedom-in-france-63815/article/fight-against-separatism-the-republic-in-action-speech-by-emmanuel-macron> [retrieved on June 20th 2021].

⁵ L. Alsaafia, “What’s behind the Middle East boycott of French products?”, *Aljazeera*, October 26th, 2020: <https://www.aljazeera.com/news/2020/10/26/whats-behind-the-middle-east-boycott-of-french-products> [retrieved on June 20th 2021].

⁶ A. Chowdhury, “Quran Burning, Free Speech Debate & Racism in Scandinavia”, *Boom*, September 2nd, 2020 : <https://www.boomlive.in/fact-file/explained-quran-burning-free-speech-debate-racism-in-scandinavia-9589> [retrieved on June 20th 2021].

⁷ The Spanish Constitution of 1978 gives is a good example of public order where it is proclaimed as both an individual and a collective right : article 16 proclaims that “*Freedom of ideology, religious and worship of individuals and communities is guarantee with no other restrictions on their expression than may be necessary to maintain public order as protected by law*”.

⁸ The Conseil d’État is the highest administrative jurisdiction – it is the final arbiter of cases relating to executive power, local authorities, independent public authorities, public administration agencies or any other agency invested with public authority. See Council of State of France - European Law Institute : <https://www.europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/council-of-state-of-france/>

opened the debate on the French concept of citizenship and on the fact that the Constitution does not recognize divisibility between ethnic, religious, or racial groups⁹. This denial of a multicultural society constitutes an official policy and is relevant because since the Second World War, and the decolonialization of North Africa, migrations began from African and Asian countries, and led France to become the European country with the highest concentration of minorities¹⁰.

This paper is divided into five sections with Section 1 setting out the historical origins and the development of the French principle of *laïcité* and its current application. It will also discuss the proposals in the bill that reached the Senate to augment the *laïcité*, and examine if they are in accordance with its philosophical rationale in education; Section 2 deals with the concept of secular education system under international treaties and the European Convention of Human Rights; Section 3 examines the framework of *ordre public* and the defamation law and hate crime that has been decided in the courts in order to evaluate the insult to revered figures such as Prophet Muhammad; Section 4 considers the genre of satire and freedom of expression as a qualifying right, and analyses whether this right can be regulated; and Section 5 explores the impact of the government's policy of institutionalization of French Islam, as well as the “*republican values*” which have been entrenched by the state that emphasize “*indivisibility*” at the expense of the recognition of a community.

1. LAÏCITÉ AND SECULAR EDUCATION

In France, the Constitution as well as political traditions are based on the separation of the state and religion that dates back to the French Revolution, during which was proclaimed the Declaration of the Rights of Man and the Citizen 1789, that is still part of the preamble of the Constitution of 1958¹¹. It includes several landmark provisions :

⁹ French Constitution of 4 October 1958, Article 1 : “*France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion. It shall respect all beliefs*”.

¹⁰ Recent research shows that France has the highest concentration of Muslim minorities in the country. It had 5,720, 000 individuals which represents 8.8% of the population; Germany has 4,950,000 individuals, representing 6.1% of the population; and the UK has 4, 130,000 individuals, *i.e* 6.3% of its population. See C. Hackett, “Five facts of the Muslim population in Europe”, *Pew Research Centre*, November 29th, 2017 : <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/11/29/5-facts-about-the-muslim-population-in-europe/>

¹¹ French Constitution of October 4th, 1958, Preamble : “*The French people solemnly proclaim their attachment to the Rights of Man and the principles of national sovereignty as defined by the Declaration of 1789, [...] founded on the common ideal of liberty, equality and fraternity and conceived for the purpose of their democratic*

“Article 1. Men are born free and remain free and equal in rights. Social distinctions can be based only on public utility;

Article 2. The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression;

Article 3. The sources of all sovereignty reside essentially in the nation; no body, no individual can exercise authority that does not proceed from it in plain terms.”

The intention in the Declaration was to create a balance of powers in which the executive, the legislature and the judiciary all had their functions and could keep the checks and balances in the constitution¹². The articles that underwrote it were based on the concept of Montesquieu who advocated the establishment of a government where the executive did not have arbitrary power “*to debate for the senate, to execute for the magistrate, and to decide for the judges*”¹³. Montesquieu argues that liberty is lost if the three powers are not “*separated*”¹⁴.

The French National Assembly enacted the Civil Constitution of the Clergy in September 1790 which required an oath on the constitution and not on the Papal authority. This decree had the effect of transforming the “*Gallican (Catholic) Church from an autonomous institution that wielded significant influence to one that was reformed, abolished, and resurrected by the state*” which “*represents a key development in the secularization that would stretch across Europe*”¹⁵. This ended the integration between the Church and the state, and although it was resurrected by Napoleon it has remained an essential part of the French republican tradition.

The Civil Constitution served to be the fundamental principle of a secular tradition that has been the building block of the framework of *laïcité* which prohibits the government from intervening in the state sector on account of any religion. The French legal system does not

development”. Full text available online : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/constitution-of-4-october-1958>

¹² Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789, Article XVI : “Any society in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined, has no Constitution”.

¹³ C. L. de Secondat Montesquieu, “*De l’Esprit des Lois*”, ed. by J. Brette de la Gressaye, Paris, 1950, 4 vols, translation by Thomas Nugent, F. Neumann, New York, 1949, VIII, 2.

¹⁴ *Ibid*, Chapter XI, Iiv-IV.

¹⁵ G. Betros, “The French Revolution and the Catholic Church”, *History Review*, 2020, Issue 68, pp. 16–21.

define formally what religion or secularism consist of in its legislative framework, and reference must be made to different laws and their interpretation by the courts¹⁶.

This secular premise is based on a concept that denotes the absence of religious involvement in government affairs as well as a neutral stance of the state in religious matters. The *Loi concernant la séparation des Églises et de l'État* [Law on the Separation of the Church and the State] was promulgated on December 9th, 1905, and established *laïcité*, as well as state secularism in France. It is the responsibility of French public schools to teach students the concept of *laïcité*, which is by implication the training into a secular sense of public citizenship¹⁷.

The French Constitution of 1958 defined the two founding principles in education, the first of which is secularism (*laïcité*), which is set out in article L. 141-1 of the *Code de l'éducation* [French Code of education]: “*the Nation guarantees equal access of children and adults to instruction, training and culture: the organization of a free and secular education at every level is a State duty*”. It implies “*the secular nature of teaching, curriculum, staff and school premises and the optional character of religious teaching in private schools contingent on the State being neutral towards religion*”, but not the prioritization of “*religious instruction at the expense of religious instruction*”. The second principle is “*educational freedom leading to the protection of alternative forms of education such as private education and, this includes also home schooling*”. Article L. 151-3 of the *Code de l'éducation* states that “*primary and secondary schools can be public or private, the former being financed by the State and local political authorities whereas particular actors or associations support the latter*”¹⁸.

¹⁶ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, Journal officiel de la République française, Décembre 11th, 1905, no. 336, also available in the version currently in force on the website of France Law at www.legifrance.gouv.fr where all the legal measures mentioned in this text can be consulted. This Law is not applied in certain territories of Metropolitan France and Overseas. For an exhaustive analysis of French legislation on religious matters, see F. Messner, P.H. Prélot, J.M. Woehrling, I. Riassetto (eds.), “*Traité de droit français des religions*”, 2^{ème} éd., LexisNexis, Paris, 2013, 1317 pages.

¹⁷ See also *Conseil constitutionnel*, Decision N° 2013-297, QPC of 21 February 2013 (available online: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2012297QPC.htm) which identified six distinctive characteristics of secularism: i) the neutrality of the State; ii) the non-recognition of any religion; iii) the respect for all beliefs; iv) the equality of citizens without distinction of religion; v) the free exercise of religion; vi) the exclusion of public funding.

¹⁸ X. Ponsa, A. Van Zantenb, S. Da Costac, “The national management of public and Catholic schools in France: moving from a loosely coupled towards an integrated system?”, *Comparative Education*, 2015, Vol. 51, No. 1, pp. 57–70, at 59 : <http://dx.doi.org/10.1080/03050068.2014.935580>

However, there have been some recent developments that have been significant in further secularizing education, and which prohibit the public manifestation of religion, such as the *Loi n°89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation* [Law on orientation in education of July 10th, 1989] that affirms the individual right to freedom of expression¹⁹. Under the Debré Act of 1959 the founding principles for education and of *laïcité* and freedom of choice have been reconciled by provisions stating that “*the State must provide an education to all children according to their aptitudes ‘with equal respect for all beliefs’*”. It must respect “*freedom of religious practice and religious instruction [liberté des cultes et de l’instruction religieuse] among pupils attending public schools*”²⁰ and it must preserve “*the educational freedom of private Comparative Education schools abiding official norms*”²¹. Second, the Act introduces the possibility for private schools to sign a contract with the State. This allows two kinds of contracts : the “*simple contract*” and the “*association contract*” in faith schools that can exist and then receive state funding if the directors of the school sign the simple contract (*contrat simple*) and the contract of association (*contrat d’association*)²². The staff expenses can be covered by the state for teachers and educational aids for up to only 10 percent of their annual expenses²³.

The French principle of *laïcité* ensures that, in French primary schools, no course of study can be designed to teach religion, while in secondary schools, religion can be taught by chaplains but only outside the main curriculum²⁴. Also, the staff is not allowed to belong to any religious order in primary schools²⁵. In 2008, the private Muslim faith school, *Éducation et Savoir*, was established in Paris with an intake of 40 high school students through to 2009, but the school had to follow the state-mandated curriculum while offering classes on Arabic and

¹⁹ Loi n°89-486 du 10 juillet 1989 d’orientation sur l’éducation, Chapter III, Rights and obligations, Article 10: “*The obligations of the pupils consist in the accomplishment of the tasks inherent in their studies; they include attendance and respect for the operating rules and the collective life of the establishments. In middle and high schools, students have, while respecting pluralism and the principle of neutrality, freedom of information and freedom of expression. The exercise of these freedoms may not affect teaching activities*”.

²⁰ Code de l’éducation, article L.141-2.

²¹ Code de l’éducation, article L.151-1. See also X. Ponsa, A. Van Zantenb, S. Da Costac, *op. cit.* n°19, at 59.

²² *Ibid.*, at 60.

²³ *Ibid.*

²⁴ See M.C. Ivaldi, “*The meaning of “Religion” in French case law. The judgement of the Conseil d’État*”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, No. 39, p. 111. Available online : www.statoechiese.it

²⁵ Code de l’éducation, article L.141-5 : “*In public elementary schools, teaching is exclusively entrusted to lay staff*”.

Islam²⁶. If Muslims chose to send their children to one of France’s 100+ small private Muslim schools, “*without decades of experience — it will likely not yet be subsidized by the state, upward mobility is not yet a given, and such schools are often viewed with suspicion by politicians and society writ-large*”²⁷.

There is also the possibility of enrolling in Catholic schools where Muslim pupils make up “*nearly 10 percent of enrolled students and some of these schools have up to an 80 percent Muslim student body due to the lack of private Muslim school alternatives*”. There is a permission “*to wear the hijab and the recognition of Muslim holidays, offering also optional Arabic classes*”²⁸. The stringency of the new French bill that has reached Senate stage is that it will strengthen *laïcité* law, impact the public manifestation of Islamic beliefs, and act as a surveillance mechanism over the Muslim community. It has a specific motivation to enact a law to reinforce republican values, and the preamble mentions the objectives of the text: “*projet de loi confortant le respect des principes de la République et de lutte contre le séparatisme*”²⁹.

The bill consolidates “*respect for the principles of the republic and the fight against separatism*” and includes several provisions in which secularism is the operating principle of its various clauses. In Chapter 1 (Public Services Provisions), article 1 sets out prohibitions against the wearing of the veil and other ostentatious religious symbols to persons accompanying school trips and allows internal regulations of swimming pools and public bathing areas to prohibit the wearing of the burkini³⁰.

In Chapter V (Education and Sports Provisions), article 21 relates to “*family education and compliance with compulsory education*” and stipulates that: “*In particular to strengthen the monitoring of the obligation of instruction by the mayor and the competent State authority in matters of education and thus ensure that no child is deprived of their right to education,*

²⁶ A. Van den Kerckhove, “Within the framework of “laïcité”: Islam and education in France”, in A. Veinguer Alvarez, G. Dietz, D.-P. Jozsa, & T. Knauth (eds.), *Islam in education in european countries. Pedagogical concepts and empirical findings*, Munster/New York/Munich/Berlin: Waxmann, 2009, pp. 51–68.

²⁷ C. Ferrara, “Transmitting Faith in the Republic: Muslim Schooling in Modern Plural France”, *Religious Education*, 2017, No. 2, pp. 1–14. See also by the same author “Pious Citizens of the Republic: Muslim and Catholic Negotiations of National Identity and Ethical Plurality in Contemporary France”, *Boston University Theses and dissertation*, 2019. Full text available online : <https://hdl.handle.net/2144/34898>

²⁸ K. Bennhold, “For French Muslims, a Catholic Education”, *The New York Times*, September 25th, 2008, sec. Europe : <https://www.nytimes.com/2008/09/25/world/europe/25iht-schools.4.16488061.html>.

²⁹ Principles of the Republic Bill under consideration by the Senate, 7 May 2021 : https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/202101/principes_de_la_republique.html

³⁰ Chapter 1, Public Services Provisions, Article 1.

each child subject to the education obligation provided for in Article L. 131-1 is assigned a national identifier”.

Its most far-reaching impact on *laïcité* is encapsulated in Section 2, that contains provisions relating to private educational establishments (articles 22 to 25) :

“strengthens the training of academic inspectors in the specifics of family education; require a declaration of recourse to family education within eight days at the start of each school year; remove the possibility of carrying out a validation of acquired skills for people providing family education to their children; maintain the current system of double declaration by parents to the mayor of their municipality and to the national education services, and in order not to complicate the administrative procedures for families wishing to educate their child as a family, entrust the decentralized services of the national education to send the list of children educated in families in the department to the president of the departmental council”.

There are also subjective concerns set out in the guidelines on pedagogy that :

“religious facts are not taught for themselves, but presented and explained within the framework of disciplinary teaching which mobilizes them, with the addition of the word ‘multidisciplinary’; provide that a decree of the ministers concerned specifies the specifications of the contents of the initial training concerning the transmission of the values of the Republic in the higher national institutes of teaching and education, as already exists for the schooling of children in disability situation ; and fight against the infringement brought by the pupils, their parents or their legal representatives to the pedagogical freedom of the teacher exercising in the respect of the programs and the instructions of the minister in charge of national education and within the framework of the project of school or establishment with the council and under the control of the members of the inspection bodies”.

This amounts to a dogmatic adherence to a creed and is based on coercion that is against the original principle of teaching children upon which *laïcité* was created. It could be the anti-thesis of its founding fathers who developed the concept of children’s education as a discipline. There are inherent aspects in this approach of ideological control that betray the origins of *laïcité*, which can be traced to the writings of Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), the enlightenment philosopher who “wished to clarify and disseminate ideas that would prove foundational for the modern notion of *laïcité*”³¹. Jean-Jacques Rousseau encapsulated his teachings on growing up

³¹ H. Rosenblatt, “On the Intellectual Sources of *Laïcité*: Rosseay, Constant, and the Debates about National Religion”, *French Politics, Culture and Society*, Winter 2007, Vol 25, No 3, pp 1-18.

children in his treaty *Émile* which is regarded as “*the most influential work on education after Plato’s Republic*”³². Rousseau argues :

“*Our real teachers are experience and emotion, and man will never learn what befits a man except under its own conditions. A child knows he must become a man; all the ideas he may have as to man’s estate are so many opportunities for his instruction, but he should remain in complete ignorance of those ideas which are beyond his grasp. My whole book is one continued argument in support of this fundamental principle of education*”³³.

Rousseau was against teaching children by information overload or of extraneous matters that were not relevant because the child could not evaluate verbal lessons. His view about compulsion in being taught upon the authority of others was a form of intellectual subordination. He writes “*I hate books; they merely teach us to talk of what we do not know*”. The only book his fictionalized pupil *Émile* is allowed to read is *Robinson Crusoe* – an expression of the “*solitary, self-sufficient man that Rousseau seeks to form in a growing child*”³⁴.

There is variance between the English philosopher John Locke and Rousseau in their theories on education that can be distinguished. Locke's ideas were based on “*nurturing*” children which meant giving them information and knowledge³⁵. This is a method that is based on “*reasoning with children*” in providing them with education³⁶. It differs from Rousseau's ideal of education which is to blend with “*nature*” and is unlike educating pupils by “*making a finished product an instrument of its own manufacture*” in terms of consciously giving them education in a certain direction³⁷. The essence of Rousseau's theory that forms the basis of the original *laïcité* is that there must be no coercion in education and “*it was possible to preserve the original nature of the child by careful control of his education and environment based on an analysis of the different physical and psychological stages through which he passed from birth to maturity and he believed that momentum for learning was provided by growth of the person (nature)*”³⁸.

³² R. Wokler, *Rousseau*, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 1.

³³ J-J Rousseau, *Emile for today*, translation by Boyd, ed. Everyman, London, 1956, p. 81.

³⁴ *Ibid*, at 69.

³⁵ J. Locke, “*Some thoughts concerning education, The Works of John Locke in Nine Volumes*”, 12th edition, Vol. 8, London: Rivington, 1824, p. 66.

³⁶ *Ibid*, p. 102.

³⁷ J. Gianoutsos, “*Locke and Rousseau, Early Childhood Education*”, *The Pulse*, Vol. 4, No 1, p. 16. Full text available online: <https://www.baylor.edu/content/services/document.php?id=37670>

³⁸ N.A.C Stewart and W-P McCann, “*The Education Innovators*”, Vol. 1, McMillan, 1750-1880, pp. 110-111.

The spirit of *laïcité* as a concept is not different from the First Amendment of the US Constitution with respects to religious beliefs³⁹. There is essentially no substantive variation between the form of secularism perceived by the founders of *laïcité* and the framers of the First Amendment. In common with the US, French secularism initially sought to ensure religious pluralism in public and private spheres by balancing both interests. However, the contemporary debate in France is towards remaking *laïcité* as a fundamental doctrine that is intolerant of religious beliefs and that transgresses *laïcité* by interpreting it as a non-liberal ideology rather than as a neutral concept between religions that inculcates knowledge by giving it equal public space.

The educational system will not benefit from increasing the secularization of education as Emmanuel Macron has suggested. The conversion of *laïcité* from a principle of neutrality to a doctrine of subordination will usurp the principle upon which it was founded. The effort to further secularize the educational curriculum by forcing concepts such as freedom of expression is based on a flawed exercise of violating the sacred tenets of religion and is against the letter and spirit of its progenitor that advocated a natural environment to raise children.

2. INTERNATIONAL CONVENTIONS AND PREVENTING INDOCTRINATION

The decision of the French President to reinforce the *laïcité* may also impinge on the international treaties that France has ratified into domestic law. This is encapsulated in the international resolutions of the UN among which is Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights 1948. It states :

“1) Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.

2) Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

³⁹ First Amendment to the United States Constitution : “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

3) *Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children.*”

Article 2 of the First Protocol of the European Convention on Human Rights 1950 turns into an obligation the provision of education as a Right as follows:

“No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.”

Although negative in its form, this article has been held to confer a positive right. The preamble to the protocol states that the object of the statute is in the collective enforcement of “rights and freedoms”. These have come before the courts on the issue of interpretation.

In the *Belgian Linguistic Case*⁴⁰ the plaintiffs who were French-speaking felt disadvantaged by the lack of educational opportunity in the bilingual neighbourhood where Dutch-speaking children were attending schools of their own language. They relied on Section 4 of the Belgian Act of 1963 “relating to the use of languages in education” to argue that it breached Article 8 (right to private and family life) ; Article 14 (non-discrimination) of the European Convention of Human Rights ; and Article 2 of Additional Protocol 1 (right to education) of the Convention⁴¹.

The European Court of Human Rights held that the Belgian State did not subsidize any French-language education in the municipality where the claimants lived, and that the provision made for such education was inadequate. However, there was no breach of Article 2 of Protocol 1 as the right to education does not extend to require States to establish, at their own expense, or to concede education of any type or at any level in particular⁴². This provision does not guarantee children or parents a right to obtain instruction in a language of their choice. There has been a violation of Article 14 of the Convention (anti-discrimination) in conjunction with Article 2 of Protocol 1 as the legislation prevented children from having access to French-

⁴⁰ European Convention of Human rights, *Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium”*, Judgment, 23 July 1968. Full text available online : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525>

⁴¹ Section 4 of the Belgian Act states that the language of education shall be Dutch in Dutch-speaking regions, French in French-speaking regions, and German in German-speaking regions.

⁴² Article 2 of the First Protocol of the ECHR states : “*In the exercise of the functions which it assumes in relation to education and teaching, the State shall respect the right of persons to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions*”.

language schools in certain communes of Brussels, solely on the basis of the residence of their parents.

This was not provided for Dutch-language schools, and it was deemed to constitute a discriminatory treatment. The interpretation of the right to education has been upheld by the ECHR despite its negative formulation for the provision of the term “*right*” and mention of a “*right to education*” that is positive in nature. The right to education is also protected by the UN Convention on the Rights of the Child of 1988, which provides in two optional protocols and 54 articles a comprehensive package for the development of the child. However, it places the responsibility on the parents of the child and requires the state to take into consideration the aspirations for their children. It is an obligation to formulate rights of the child in accordance with the wishes of his parents. Article 14 (1) states : “*States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion*”. Article 14 (2) then elaborates that duty as follows : “*State parties shall respect the rights and duties of parents and, where applicable legal guardians to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child*”.

The authorities are reminded by the Convention to pay particular attention to the culture, community, and identity of the child. The state cannot discriminate against the parental origins or racial or religious characteristics. It states in its article 2 a non-discrimination clause that reads as follows :

“(1) States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

(2) States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child’s parents, legal guardians, or family members”⁴³.

⁴³ The preamble to the Convention on the Rights of the Child states: “*Taking due account of the importance of the traditions and cultural values of each people for the protection and harmonious development of the Child*”. Full text available online: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

This obligation has been underlined in another international treaty that is of recent origin. Indeed, the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families of 1990 enshrines this for immigrants' children in receipt of income. Article 30 states :

*“Each child of a migrant worker shall have the basic right of access to education on the basis of equality of treatment with nationals of the State concerned. Access to public pre-school educational institutions or schools shall not be refused or limited by reason of the irregular situation with respect to stay or employment of either parent or by reason of the irregularity of the child’s stay in the State of employment”*⁴⁴.

Some written constitutions have entrenched into their frameworks the provision of a liberal education. These provide secular education that shows a non-religious approach and makes the option of not attending religious instruction into a fundamental right. Legal systems based on a written constitution have been instrumental in defining the process of impartial and objective treatment of religion in their educational curriculum for schools.

In *Canadian Civil Liberties Association v Ontario (Minister of Education)*⁴⁵, the Ontario Court of Appeal decided that regulations under the Ontario’s legislation requiring two compulsory sessions of religious education a week in public schools contravened the principle of freedom of conscience and religion as guaranteed by section 2(a) of the Constitution Charter of Fundamental Rights and Freedoms of 1982. The Court reviewed the evidence based on the curriculum content and decided that there was *“sufficient indoctrinating material to preclude us from regarding it as trivial or inconsequential”*⁴⁶.

The possibility left by the school to exempt children from classes at the request of their parents was not considered sufficient to enable the freedom of choice as children could still be coerced to remain in the classroom. The Court held unanimously that the purpose and effect of the regulation was to provide for *“religious indoctrination, which the Canadian Charter does not authorise. Such indoctrination was not rationally connected to the educational objective of inculcating proper moral standards in elementary school students”*. However, *“a program that*

⁴⁴ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General Assembly, UN, Resolution 45/158 of 18 December 1990.

⁴⁵ Supreme Court of Canada, *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)*, 1990, 65 DLR (4th).

⁴⁶ *Ibid*, para. 58.

*taught about religion and moral values without indoctrination in a particular faith would not breach the Canadian Charter*⁴⁷.

The Court also held “*that imposing a religious practice of the majority had the effect of infringing the freedom of religion of the minority and was incompatible with the multicultural reality of Canadian society*”⁴⁸. To establish a violation of the right to freedom of conscience and religion, there needs an objective proof that they cannot practice or exercise fully their beliefs. It is not a subjective assessment, and the obligation of the state is to stay neutral and objective between religions, and it must not indoctrinate the pupils with any specific ideology where the constitution stipulates there be a secular framework in educational institutions⁴⁹.

3. *ORDRE PUBLIC* AND CONSTITUTIONAL REVIEW

The concept of *ordre public* is a key element in the application of *laïcité* and its interpretation in the framework of the French Constitution. It takes into consideration the preservation of the secular principles that govern the public law discourse in the jurisdiction of the French republic and the courts have had to interpret the legislation. The principles of liberty, equality and fraternity are the central tenet of the French constitution and the interpretation of these norms in framing public policy comes within the legal framework⁵⁰.

Article 1 of the Constitution of 1958 states that France “*shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law,*

⁴⁷ Supreme Court of Canada, *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)*, 1990, 65 DLR (4th). p. 344.

⁴⁸ *Ibid*, p. 363.

⁴⁹ Supreme Court of Canada, *SC v. Commission Scolaire des Chênes*, 2012, SCC 7, Judgment, 17 February 2012, para. 54: “*Under the constitutional principles governing state action, the state has neither an obligation to promote religious faith nor a right to discourage religious faith in its public education system. Only such neutrality is in keeping with the secularism of the state*”.

⁵⁰ In its Decision n°2018-717/718, QPC, 6 July 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]* the *Conseil constitutionnel* ruled that articles L. 622-1 et L. 622-4 of the Code on the Entry and Residence of Foreign Nationals and on the Right to asylum (CESEDA) as amended by the Act n° 2012-1560 of 31 December 2012 on Detention of Foreign Nationals for the purpose of verifying residence permits and Amending the Offence to Provide Assistance to Illegal Residents with the view to exempting Humanitarian and Disinterested Actions (relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées) were in breach of the constitutional principle of fraternity. The Court ruled that fraternity is a constitutional principle from which ensues the freedom to assist others for humanitarian reasons without consideration as to whether the assisted person is legally residing or not within the French territory (paras 7 and 8 of the ruling). However, the Court concluded that the provisions of Article L.622-4 must be interpreted in light of the principle of fraternity as being also applicable to any act of assistance provided on humanitarian grounds (para. 14).

*without distinction of origin, race or religion. It shall respect all beliefs. It shall be organised on a decentralised basis*⁵¹.

The *Code civil* [French Civil Code] has a special significance for the concept of *ordre public* and its terms are set out in Article 6, which states it is not “*possible to deviate by a contract from law relating to public order and good morals*”. It is followed in Article 1133, that states “*a cause is unlawful if prohibited by law or contrary to morality or ordre public*”. The interpretation of these clauses has traditionally relied “*upon a narrow, or ‘material’, conception of public order – a tripartite notion composed of peace, health and public safety*”⁵². This implies obligations on the part of public authorities who have had to carry out their duties to the public, including the individuals.

Emmanuelle Neraudau-d'Unienville has defined the principles underpinning the *ordre public* as follows :

*“Public order and the law of foreigners in the Member States of the European Union, inseparable and contradictory, are at the heart of national sovereignty; their development is part of European construction. Embedded in domestic law, they legitimize each other. National public order thus appears to constitute the basis of foreigners’ law. The European framework obliges them to adapt to an evolving, modern context: fundamental rights recognized by European legal orders (ECHR, EU), requirements of European courts (EHD Court, CJEC) ... Despite state resistance (immigration, borders), the development of EU institutions and law must take into account the place occupied by foreigners within it and may be required, to achieve this, to reduce the specificity of the role of public order in their status. The rights of foreigners are called upon to constitute one of the foundations of a ‘European public order’, reflecting a common democratic ideal”*⁵³.

There has been an “evolutionary change” in the way the *ordre public* has been interpreted in the context of “*laïcité* as a legal principle” that has been transformed from “*legal rules requiring public authorities to stick to strict religious neutrality, whereas private*

⁵¹ See also *Conseil constitutionnel*, Decision N° 2013-297, QPC, 21 February 2013, which identified six distinctive characteristics of secularism: 1) the neutrality of the State; 2) the non-recognition of any religion; 3) the respect for all beliefs; 4) the equality of citizens without distinction of religion; 5) the free exercise of religion; 6) the exclusion of public funding. Full text available online: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2012297QPC.htm

⁵² R. S. Alouanne, “Freedom of Religion and the Transformation of Public Order in France”, *Review of Faith and International Affairs*, 2015, Vol. 13, pp 31-38: <https://doi.org/10.1080/15570274.2015.1005909>

⁵³ E. Neraudau-d'Unienville, F. Julien-Lafferrière (Préfacier), « *Ordre public et droit des étrangers en Europe: La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne* », 2006, Brussels: éditions Bruylant, 791 pages.

individuals were guaranteed freedom of conscience as well as freedom of religion” to a concept imposing duties on individuals in the religious domain⁵⁴. The concept of *ordre public* can be evaluated by its objective application in the *Conseil d’État* that has to balance the obligation for public authorities where they want to limit a constitutionally guaranteed right.

This was a principle set out in the Benjamin Case⁵⁵ regarding the prohibition by the mayor of the City of Nevers that precluded the plaintiff from holding a public meeting, in response to protests from teachers’ unions (the plaintiff had a history of mocking teachers in his speeches)⁵⁶. The *Conseil d’État* revoked the mayor’s order prohibiting a vigorous analysis of the proportionality in infringing a freedom to preserve public order by preventing the meeting on the ground that it was disproportionate to the risk of public disorder that the meeting presented⁵⁷.

While this decision related to a freedom of assembly case, its principle of proportionality applies to freedom of expression as well. It was referred to in the M. M’Bala M’Bala Case, in which the *Conseil d’État*, in a decision of 9 January 2014, upheld the prohibition of a public performance by controversial comedian Dieudonné M’Bala M’Bala, because it was justified by the high risk that he would disturb public order by engaging in illegal hate speech⁵⁸. The decision was given by a specific formation of the *Conseil d’État* known as *le juge des référés* [Interim Judge], a specific and single judge that rules within 48 hours when a fundamental right is at stake.

⁵⁴ S. Hennette Vauchez, “Is French *laïcité* Still Liberal ? The Republican Project under Pressure (2004–15)”, *Human Rights Law Review*, Vol. 17, Issue 2, June 2017, pp. 285–312 : <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx014>

⁵⁵ Conseil d’État, 19 May 1933, Arrêt Benjamin [Benjamin Case], N°17413 17520, published in the Lebon collection: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636694/>

⁵⁶ Conseil d’État, 19 May 1933, Arrêt Benjamin [Benjamin Case], N°17413 17520, *Contrôle des atteintes portées par le pouvoir de police à la liberté de réunion* [Controls on Violations of Freedom of Assembly by Police Powers] : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-mai-1933-benjamin>, archived at <https://perma.cc/AE3H-V7SX>.

⁵⁷ Conseil d’État, 19 May 1933, N°17413 17520, Arrêt Benjamin [Benjamin Case] : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636694>, archived at <https://perma.cc/8MYJ-2FWJ>.

⁵⁸ Conseil d’État, Interim Judge, 9 January 2014, N° 374508. Full text available online : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028460200>, archived at <https://perma.cc/G7JK-L55C>.

The concept of human dignity is also defined in the Morsang-sur-Orge Case, that led to a decision of the *Conseil d'État* published on October 27th, 1995⁵⁹. The judgment referenced the “Article L. 131-2 of the Municipalities Code which defined ‘the purpose of the municipal police is to ensure good order, safety, security and public health’” and “Considering that it is the responsibility of the authority vested with municipal police power to take any measure to prevent a breach of public order ; that respect for the dignity of the human person is one of the components of public order ; that the authority vested with the power of municipal police can, even in the absence of particular local circumstances, prohibit an attraction which undermines respect for the dignity of the human person”.

The *Conseil d'État* has now abolished the subjective test based on abstract concepts found within these obligations and applied a more objective test. In a recent case “Ligue des droits de l’homme et autres – association de défense des droits de l’homme collectif contre l’islamophobie en France”⁶⁰, the Human Rights League Against Islamophobia appealed the ruling from Administrative Tribunal in Nice to enforce the ban on burkinis enacted by the mayor of Villeneuve-Loubet illegal. The appeal was under Article L.521-2 of the Code de Justice administrative (CJA) [Administrative Justice Code] which states that this restriction must be justified by the exercise of other fundamental rights and freedoms or the proper functioning of the enterprise and must be proportionate to this aim. The decision was that an alleged disturbance of *ordre public* was not established, and it canceled the order of the Mayor of Nice who ordered the suspension of the execution of power under Article 4.3. This meant that when mayors issue decrees restricting public behaviour, any alleged violation of communal order that led to the decree must refer to particular “circumstances, in terms of time and location”⁶¹.

The concept of freedom of expression is integral to the framework of *ordre public* and is based on the presumption that liberty is an “*essential freedom*” in France⁶². It is protected by the French Constitution, which incorporates the Declaration of Rights of Man and of the Citizen

⁵⁹ Conseil d’État, 27 October 1995, Assembly, N°136727, published in the Lebon collection. Full text available online: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/>

⁶⁰ Conseil d’État, Interim Judge, 26 August 2016, N° 402742 402777, published in the Lebon collection. Full text available online: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/ce-ordonnance-du-26-aout-2016-ligue-des-droits-de-l-homme-et-autres-association-de-defense-des-droits-de-l-homme-collectif-contre-l-islamophobi>

⁶¹ *Ibid.*

⁶² X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, PUF, 2018, p. 360.

of 1789⁶³. Articles 10 and 11 of the Declaration protect freedoms of opinion and expression and describe the “*free communication of ideas and of opinions*” as “*one of the most precious rights of man*”⁶⁴. Similarly, the European Convention on Human Rights, by which France is bound, provides that “[e]veryone has the right to freedom of expression”, including “*freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers*”⁶⁵.

The ordinary courts and the *Conseil constitutionnel* which was established at the formation of the Fifth Republic on 4 October 1958, with various powers, including in particular the review of the constitutionality of legislation, have accepted that the freedom of speech is a basic right. The Council which adjudges the compatibility of French legislation with the Constitution considers that “*the freedom of expression and of communication is that much more precious because its exercise is a condition of democracy and among the guarantees that other rights and freedoms will be respected*”⁶⁶.

4. SATIRISING RELIGION AND FREEDOM OF EXPRESSION

Despite its foundational importance, freedom of speech was never intended to be absolute as the terms of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen prescribe limits to freedom of expression in its definition. Article 10 declares that “[n]o one may be disturbed on account of his opinions, even religious ones, as long as the manifestation of such opinions does not interfere with the established Law and Order”⁶⁷. Article 11 provides that “[a]ny citizen

⁶³ French Constitution of October 4th, 1958, *Preamble*. Full text available online: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>, archived at <https://perma.cc/95S6-F4KX>, English translation available at: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/constitution-of-4-october-1958>, archived at <https://perma.cc/MPL8-K9PA>. See also additional sources: Conseil constitutionnel, Decision n°71-44 DC, 16 July 1971, para. 2 and Conseil constitutionnel, Decision n°73-51, 27 December 1973, para. 2.

⁶⁴ Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789, article XI. Full text available online: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, archived at <https://perma.cc/G3K5-CBGQ>, English translation available online: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf, archived at <https://perma.cc/K6FB-WUUQ>.

⁶⁵ European Convention on Human Rights, article 10, 4 November 1950. Full text available online: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, archived at <https://perma.cc/BFR2-WU6M>.

⁶⁶ Conseil constitutionnel, 10 June 2009, Decision n° 2009-580, available online: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009580DC.htm>, archived at <https://perma.cc/7D2K-SK5T>.

⁶⁷ Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789, article X.

may therefore speak, write and publish freely, except what is tantamount to the abuse of this liberty in the cases determined by Law”⁶⁸.

Similarly, the European Convention on Human Rights declares :

*“[T]he exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary”*⁶⁹.

French law seeks to balance freedom of speech based on the likely harm to private individuals or to the general public based on the need to maintain the *ordre public*. The *Cour de Cassation*, France’s highest court for civil and criminal matters, established the general principle that “*restrictions to freedom of expression should be interpreted narrowly*”⁷⁰. The balance that French courts strike is “*between freedom of expression and other imperatives*” on a case-by-case basis and it is discernible that “*proper limits on speech can be separated into two broad categories : limits related to the rights of others, and limits related to public order*”⁷¹.

Article 4 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen defines freedom in general as “*being able to do anything that does not harm others*”⁷². In accordance with this definition, freedom of speech is limited by the “*right to privacy, the presumption of innocence, the right to ‘human dignity’, and by rules prohibiting defamation and insult*”⁷³. This does not preclude the publication of satire against religion, or which demeans religious personalities, as was manifested in the Charlie Hebdo cartoons.

The precedence for the publication of those cartoons can be found in Voltaire's play *Fanaticism, or Mahomet the Prophet* in 1741, a five-act tragedy written in 1736 by the French

⁶⁸ Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789, article XI.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Cour de Cassation, Crim., 14 February 2006, No. 05-81932, available online: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007069481>, archived at <https://perma.cc/NJE9-HEEK>

⁷¹ P. Wachsmann, « *La liberté d’expression* », in R. Cabrillac, *Libertés et droits fondamentaux*, 19^{ème} édition, Dalloz, 2013, pp. 496-506.

⁷² Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789, article IV.

⁷³ P. Wachsmann, *supra* note 72 at 497 ; X. Dupré de Boulois, *supra* note 63, at 363-66.

playwright and philosopher, which received its debut performance in Lille on 25 April 1741⁷⁴. The script degrades the Prophet as “*a scheming, ambitious, and wicked tyrant, an impostor motivated by lust*”. The remorse he is shown to exhibit for his ministry at the end of the play has been suggested as being disingenuous and for “*public edification*” and “*at best a passing impression and not a permanent trait of character*”⁷⁵.

The cartoons that have ridiculed the Prophet Muhammad do not come under the breach of the right to privacy but under the law against libel and defamation. This can be distinguished by privacy being a protected right under the *Code pénal* [Penal Code]⁷⁶, the *Code Civil* [Civil Code]⁷⁷, and the European Convention on Human Rights⁷⁸. The law of defamation is also within the ambit of the *Code Civil* that aims to protect the presumption of innocence of criminal defendants by prohibiting the media from presenting a person who has not yet been convicted of a crime as being guilty of that offence⁷⁹. Furthermore, the *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* [Law of 29 July 1881 on Freedom of the Press] prohibits defamation and insults in both written and verbal form, and defines defamation as “*any allegation or imputation of a fact which harms the honour or consideration of the person or group to which the fact is imputed*”⁸⁰. The same provision defines insult as “*any offensive expression, term of contempt, or invective which does not contain the imputation of any fact*”⁸¹.

Legislators have tried to find a balance between freedom of speech and prohibitions against defamation. The statements may not be considered libelous if it can be shown they have been expressed in good faith, or if they are fact-based, although the “*exception of truth*” is itself

⁷⁴ J. Morley, *The Works of Voltaire. A Contemporary Version*, trans. W. F. Fleming, New York: E.R. DuMont, 1901, Vol. I. Full text available online: https://oll.libertyfund.org/title/fleming-the-works-of-voltaire-vol-i-candide#Voltaire_0060-01_61

⁷⁵ A. Gunny, *Images of Islam in Eighteenth-Century Writings*, London: Grey Seal, 1996, p. 137.

⁷⁶ Code pénal [Penal Code] articles 226-1 to 226-2-1, available online: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=C50ABCA9B7BF412A2B73E353FBED9BE2.tplgfr23s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165309&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20190607, archived at <https://perma.cc/Q597-7BYC>.

⁷⁷ Code civil [Civil Code], article 9, available online : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=C50ABCA9B7BF412A2B73E353FBED9BE2.tplgfr23s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006117610&cidText=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190607, archived at <https://perma.cc/G9KA-Q99G>.

⁷⁸ European Convention on Human Rights, art. 8.

⁷⁹ Code civil [Civil Code], article 9-1.

⁸⁰ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [Law of 29 July 1881 on Freedom of the Press], article 29, available online : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722>, archived at <https://perma.cc/SG4X-A4LJ>.

⁸¹ *Ibid.*

limited by the right to privacy, which implies that a true statement still may be considered defaming if it refers to a person's private life⁸². However, the government gives access to the minorities to their own media broadcasting networks, print and electronic platforms and this includes religious minorities⁸³.

French law of hate speech is based on “*inciting discrimination, hatred or violence against a person or group of persons because of their origins or because they belong or do not belong to a certain ethnicity, nation, race or religion,*” as well as “*inciting hatred or violence against a person or group of persons because of their sex, sexual orientation, gender identity, or disability*”⁸⁴. The liability for hate speech extends to the denial or minimization of recognized crimes against humanity, in particular the Holocaust and the Armenian Genocide⁸⁵. It is punishable by up to a year in prison and a fine of 45,000€. In the analysis of these prohibitions against hate speech, including the denial of crimes against humanity, the concept of freedom of speech does include protecting human dignity⁸⁶. It also offers protection to morality as decided in the *Société Les Films Lutétia Case*⁸⁷.

However, while the discussion about crimes against any other community is not allowed, even as a matter of debate, there is a lack of an objective assessment of Prophet Muhammad's dignified status as a revered figure to Muslims. The logical extension of hate crimes should transcend all religions and political victimization should be generic in prescribing sanctions when members of a community are affected. The permission to ridicule the most sacred personality in Islam is against the spirit of the law because of its offensive nature and provocation of its followers who consider it as a sacrilege. It seems to be justifiable at present on account of the tradition formed in the period before the French revolution when Voltaire's play was on stage, and the republication of the Charlie Hebdo cartoons were a re-enactment of

⁸² P. Wachsmann, *supra* note 72, at 498-499.

⁸³ Channels available on France 2 broadcaster : *Le Jour du Seigneur* (<http://www.lejourduseigneur.com/>), *À l'origine Berechit* (<http://www.alorigine-berechit.com/>), *Islam* (<http://www.france.tv/france-2/islam/>), *Présence protestante* (<http://www.france.tv/france2/presence-protestante/>), *Chrétiens orientaux* (<http://www.chretiensorientaux.eu/>), *Sagesses Bouddhistes* (<http://www.france.tv/france-2/sagesses-bouddhistes/>).

⁸⁴ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [Law of 29 July 1881 on Freedom of the Press], article 24.

⁸⁵ *Ibid*, articles 24, 24 bis.

⁸⁶ X. Dupré de Boulois, *supra* note 63, at 363-65.

⁸⁷ Conseil d'État, Section, 18 December 1959, N°36385 36428, published in the Lebon collection. Full text available online: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637342/>

the vilification of the Muslim faith and can be deemed as a deliberate exercise in manipulating opinion.

5. CITIZENSHIP RIGHTS AND REINFORCEMENT OF *LAÏCITÉ*

The secular framework in France as borne out by the concept of *laïcité* means that the state does not formally support any exemption for any immigrant minority such as Muslim associations in enforcing its compliance. The notion of any exclusion for a community based on ethnic, national, or religious origins is not accepted in order to safeguard the cultural homogeneity of the state. It is considered as part of its indivisibility and this is not dependent on its extent of integration.

The sociologist Danièle Hervieu-Léger has reflected on the state policy in the following terms :

“... one of the most decisive changes that have occurred since the beginning of the 1980s has been the transformation of a society in which cultural homogeneity seemed assured within the normative space defined by the great republican referents, to a multicultural society ... The question of Islam, which has become the second religion in France after Catholicism – ahead of Protestantism and Judaism – constitutes the highly sensitive point of crystallization of a problem that is much more vast : the question of the relation between particularity and universality in the very definition of French identity”⁸⁸.

In this context, while the French government has been trying to achieve a level of assimilation of the Muslim population and under Article 1 of the Constitution the government ventured to establish a single national body to represent the Muslim religion. On May 2003, the *Conseil Français du Culte Musulman* (CFCM) [French Council of the Muslim Faith] was set up in France officially to represent Islam in France, with a regional council in each of the regions.

Brigitte Basdevant-Gaudemet, specialist in relations between Islam and the French State and director of the *Centre de recherches Droit et Sociétés Religieuses* (DSR) [Research Centre of Law and Religious Societies] at the Faculté Jean Monnet has reviewed the main aspects of the State’s approach to religious bodies and commented as follows :

⁸⁸ D. Hervieu-Léger, “The Past in the Present: Redefining Laicite in Multicultural France”, in P. Berger (eds.), *The Limits of Social Cohesion*, London : Westview Press, 1998. p. 39.

“Equally, although there is no direct funding of religions from the public budget, public communities are not prohibited from granting subsidies to cultural or social institutions of a religious nature, and religions can also benefit from major forms of indirect aid in the form of tax deductions, in the context of private denominational schools, or by other means”⁸⁹.

France does not follow the *lex fori* rule of applying the *forum non conveniens* principle in adjudicating disputes that come before the courts. It applies the laws of the foreigner’s country based on citizenship in matters of family law⁹⁰. The rules of international private law that include Muslim Family Law at the domestic level is applicable to non-French citizens living within France. It is of crucial importance because only one out of four million Muslims living in France have obtained French citizenship⁹¹. However, the application of the rule is contingent on maintaining the *ordre public* and to prevent the violation of any international treaty⁹². French judges have had to decide upon the legality of institutions such as Islamic marriages including polygamy, dowry (*mahr*), and divorce (*talaq*)⁹³.

The underlying assumption on the part of the French state is that Muslims should accept the norms governing religious practices within the French tradition of *laïcité*. This commitment to secularism is so crucial that France entered a reservation with the Secretary General of the United Nations with respect to Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁹⁴, disbaring its compliance with the following : *“In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language”⁹⁵.*

⁸⁹ B. Basdevant-Gaudemet, "L’Islam in France”, in R. Aluffi, G. Zincone (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Peeters: 2004, p. 59.

⁹⁰ In matters of family law, France has ratified the Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children ; the Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations ; as well as the Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes (all three conventions are governed by the Hague Conference on Private International Law).

⁹¹ B. Basdevant-Gaudemet, « Le statut juridique de l’Islam en France », *Revue du Droit Public* (RDP), No 2, 1996, p. 355.

⁹² For a general study of the exception of “public order” in international private law, see R. Libhaber, « L’exception d’ordre public en droit international privé » in B. Beignier et al. (eds.), *L’Ordre public à la fin du XXe siècle* », coll. Recueil, thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 1996, p. 65.

⁹³ P. Fournier, *Muslim Marriage in Western Courts : Lost in Transplantation*, Taylor and Francis, 2016, p. 52.

⁹⁴ UN Treaty Collection, Chapter 1V, ICCPR, France, Declarations and reservations, 16 February 1966 : “(8) In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned”. Full text available online: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=en&mtdsg_no=IV-4&src=IND

⁹⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, 23 March 1976.

The effect of this reservation means that France has no commitment to foster special cultural rights to its minorities which has been recognized in the European Court of Human Rights⁹⁶. The French census does not even register its statistical information under the ethnic, racial, or religious groupings. There is no data describing the situation of minorities in France that could correspond to other multi-racial countries, and it has instigated “*a controversy of rare violence between those that would like to see statistics take into account the diversity of the population and those who denounce the danger that such statistics might pose of ethnicizing or racializing society*”⁹⁷.

The manifestation of this approach can be seen in the declaration of President Macron that there will be a more stringent interpretation of “*republican values*” and that the *Conseil Français du Culte Musulman* must agree to a “*charter of republican values*” as part of a broad clampdown on radical Islam⁹⁸. The CFCM was presented with an ultimatum to create a National Council of Imams, which will reportedly issue them with official accreditation that can be withdrawn if they act against these French values. The charter will state that Islam is a “*religion*” and “*not a political movement*”, while also prohibiting “*foreign interference*” in Muslim groups⁹⁹. The legal framework will be affected when the new *laïcité* law is promulgated which in Macron's definition will replace “*separatism*” and infuse “*communitarianism*”¹⁰⁰. The President has recognized the freedom from blasphemy and related it to the freedom of expression by attributing it to the human “*conscience*”¹⁰¹.

⁹⁶ ECHR, *Guesdon v France*, Communication No. 219/1986, para 5.6: “the State party argues that “the idea of membership of an ‘ethnic, religious or linguistic minority which the applicant invokes is irrelevant in the case in point, and cannot be held against the French Government which does not recognize the existence of ‘minorities’ in the Republic, defined, in article 2 of the Constitution as ‘indivisible, secular, democratic and social’”.

⁹⁷ P. Simon, “The Choice of Ignorance: The Debate on Ethnic and Racial Statistics in France”, in P. Simon, V. Piché, A. Gagnon (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity*, Springer, Cham, 2015, pp 65-87.

⁹⁸ « Islam de France : le CFCM présente à l’Elysée un projet de « conseil des imams » » [Islam of France : the CFCM presents at the Elysée a project of a Council of imams], *Le Monde*, 19 November 2020. Full text available online: https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/11/19/islam-de-france-le-cfcm-presente-a-l-elysee-un-projet-de-conseil-des-imams_6060279_3224.html

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ « Protéger les libertés en luttant contre le séparatisme islamiste : conférence de presse du Président Emmanuel Macron à Mulhouse », 18 février 2020, full speech transcript available online: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/02/18/protoger-les-libertes-en-luttant-contre-le-separatisme-islamiste-conference-de-presse-du-president-emmanuel-macron-a-mulhouse>

¹⁰¹ « Macron sur l’affaire Mila : “La loi est claire : nous avons le droit au blasphème, à critiquer, à caricaturer les religions » », *Le Monde*, 12 février 2020, full article available online : <https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/02/12/affaire-mila-emmanuel-macron-reaffirme-le-droit-au>

The judiciary has served to endorse the executive act of proscribing Islamic organizations that was part of the initial response of the state to the killing of Samuel Paty. This was confirmed by the ruling of the *Conseil d'État* in its two decisions, the first of which is *Association Barakacity*, in an ordinance published on November 25th, 2020¹⁰² in which Barakacity association asked the judge for relief. The summary ruling upheld the dissolution of the NGO carried out on 28 October, 2020, by a decree in the Council of Ministers invoking article L. 212-1 of the *Code de la sécurité intérieure* [Internal Security Code] “*for the reasons, on the one hand, that the messages published on the social network accounts of the association and its president as well as the comments they aroused incite discrimination, hatred or violence*” and as part of the same ruling “*the incriminated words of the president of the association can be attributed to the association itself and constitute speech inciting discrimination, hatred or violence, which may justify a dissolution*”¹⁰³.

The Order stated: “*There is no need to refer to the Constitutional Council the priority question of constitutionality raised by the association Barakacity*”¹⁰⁴. The *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) [Priority Question of Constitutionality] was not transferred to the *Conseil constitutionnel* because the constitutional right was protected by the article L. 521-2 of the *Code de justice administrative*. This Article allows the provision when “*seized with a request to this effect justified by urgency, the summary judge may order all measures necessary to protect a fundamental freedom to which a legal person governed by public law or a body governed by private law responsible for the management of a public service would have caused, in the exercise of one of its powers, a serious and manifestly unlawful interference*”.

The reason for that in the ruling was that under article 23-5 of the ordinance of 7 November 1958 on the organic law on the *Conseil constitutionnel* that “*is seized of the priority question of constitutionality on the three-fold condition that the contested provision is applicable to the dispute or to the procedure, that it has not already been declared in conformity*

[blaspheme_6029272_3224.html](https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-presidente-macron-e-la-liberta-di-blasfemia) On the freedom of blasphemy, see also N. Colaianni, « *Il presidente Macron e la libertà di blasfemia* », *Questione Giustizia*, 21 October 2020, full article available online : <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-presidente-macron-e-la-liberta-di-blasfemia>

¹⁰² Conseil d'État, Interim Judge, *Association Barakacity*, N°445774, 445984, 25 November 2020, full text of the decision available online : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-11-25/445774>

¹⁰³ Conseil d'État, Press release available online: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-juge-des-referes-du-conseil-d-etat-rejette-la-demande-de-suspension-de-la-dissolution-de-l-association-barakacity>

¹⁰⁴ *Ibid.*

*with the Constitution in the grounds and the operative part of a decision of the Constitutional council, unless circumstances change, and whether the matter is new or of a serious nature*¹⁰⁵. In this instance the “*applicant maintains that by not providing that the decision to dissolve an association has a deferred effect in order to allow it to be challenged before a judge, the legislature vitiated the provisions of Article L. 212-1 of the internal security code of negative incompetence which undermines the right to an effective remedy. However, an association dissolved on this basis still has the legal capacity to challenge, before the administrative judge, the measure of dissolution and obtain, if necessary, the suspension of it by means of one of the summary proceedings*” in the CJA articles L. 521-1 or L. 521-2 which the judge “*seized on this second basis having to rule, in principle, within 48 hours*”¹⁰⁶.

The second ruling concerned the suspension on the *Grande Mosquée de Pantin* in the same date in which the *Conseil d’État* reviewed the sanction imposed by the administrative closure of the place of worship for six months pursuant to article L. 227-1 of the *Code de la sécurité intérieure*. The *Fédération Musulmane de Pantin*, which manages the place of worship, requested the Montreuil Administrative Tribunal’s urgent applications judge to suspend this decision. In *Mosquée de Pantin*¹⁰⁷ the *Conseil d’État*’s interim judge rejected this appeal because, firstly, the “*dissemination, on 9 October 2020 on the ‘Facebook’ account, of a video calling for the removal of a history teacher because he had given a lesson a few days previously on freedom of expression, in particular through the use of caricatures, as well as a commentary mentioning the identity of that teacher*” had the effect of instigating “*violence and hatred in connection with the risk of committing acts of terrorism*”¹⁰⁸.

The judge also stated that the federation may “*request the reopening of the place of worship when it considers that it has taken measures to prevent the reiteration of the dysfunctions observed, in particular by the choice of imams authorized to officiate, the adoption*

¹⁰⁵ Conseil d’État, Interim Judge, Association Barakacity, N°445774, 445984, Ordinance, 25 November 2020, para. 5.

¹⁰⁶ *Ibid*, para. 6.

¹⁰⁷ Conseil d’État, Interim Judge, Fédération Musulmane de Pantin, N° 446303, Ordinance, 25 November 2020.

¹⁰⁸ *Ibid*, paras. 14-15

of measures to effectively control attendance at the mosque and social networks under its responsibility”¹⁰⁹.

The affirmation of republican values in these judgments can be traced to the French Constitution as secularism is “*a fundamental and explicit constitutional principle*”¹¹⁰. It is an unalterable principle which is based on French Constitution's eternity clause in article 89, according to which “[t]he republican form of government shall not be the object of any amendment”. It could only be removed by a constitutional amendment after which the republican form of government could be altered. This provision does not explicitly refer to secularism but despite this clause in its framework the consensus is that it is a fundamental norm because of the “*importance of laïcité to the French conception of republicanism*”¹¹¹. The motivation for this approach is to “*generate allegiance to the republic and to maintain unity, the state must monitor religion and regulate the corporate organization of religious groups*”¹¹².

Indeed, the principle of *laïcité* has been interpreted by the *Conseil constitutionnel* as precluding “*the use of development and the challenges to this concept posed by immigration and the increasing power of religions*”¹¹³. The tension that exists between *laïcité* and the *ordre public* is resolved in favour of the secular principles but the evolution of a doctrine after 200 years of its inception has meant that the freedom of expression is being held as a license to insult the founder of the Islamic faith. The wrongful use of freedom of expression has opened

¹⁰⁹ Conseil d’État, Press release available online: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-juge-des-referes-du-conseil-d-etat-rejette-la-demande-de-suspension-de-la-fermeture-de-la-grande-mosquee-de-pantin>

¹¹⁰ A. Sajó, “Constitutionalism and Secularism: The Need for Public Reason”, *Cardozo Law Review*, Vol. 30:6, 2009, pp. 2401- 2404.

¹¹¹ P. Ardant, « La Laïcité – Introduction », *Pouvoirs, Revue française d’études constitutionnelles et politiques*, N°75, November 1995, p. 5 (stating that secularism is one of the founding principles of the state, as a republican value); A. Bergounioux, « La Laïcité, Valeur de la République », *Pouvoirs, Revue française d’études constitutionnelles et politiques*, N°75, November 1995, p. 17 (describing *laïcité* as a fundamental republican principle).

¹¹² M. Troper, “Republicanism and Freedom of Religion in France”, in J. L. Cohen, C. Laborde (eds), *Religion, Secularism & Constitutional Democracy*, Chichester: Columbia University Press, 2016. See also E. Daly, “The Indivisibility of the French Republic as Political Theory and Constitutional Doctrine”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, 2015, pp. 458-476 : “*laïcité, formalist equality and indivisibility all coalesce around a single republican doctrine, affirming the singularity of the French people, understood as an abstract and disembodied corpus of citizens whose juridical status is defined independently of their contingent characteristics, beliefs and origins*”.

¹¹³ Conseil Constitutionnel on the European Constitutional Treaty, Decision, 19 November 2004, No 2004-505 DC.

up the divisions of French society and the official response conveys a selective discrimination by the state¹¹⁴.

CONCLUSION

The French republic initiated the reforming of the law towards secularism when it abolished the “divine right of Kings” to rule upon enacting the Civil Constitution of the Clergy in 1791. This established a framework for the separation of religion and the state which is the basis for its secularising the institutions of state and education. The inception of *laïcité* was founded on the principles developed by philosophers of the enlightenment and J.-J. Rousseau was the originator of the premises that children had to be nurtured and not to be manufactured through their teaching in an ideologically free environment. However, the reinforcement of the law on *laïcité* has imposed a system of norms that may lead to the surveillance with instructions in its guidance for “*strengthening the principle of neutrality in the public service, as well as the training of public officials in the principle of secularism*”.

This makes it a “top-down” measure in reaffirming the process of education which in its origins was a doctrine to protect the innocence of children and for their development of thought to be a matter of their own conscience. In indoctrinating a version of *laïcité* that will be subjective, the tension between it and the *ordre public* is likely to be increased. This tradition of public law that maintains the checks and balances on executive power within the doctrine of the separation of powers will come for increasing challenge in the *Conseil d’État* dealing with more litigation and referrals to the *Conseil Constitutionnel* and the rights of citizens. This will create further anomalies that may weigh on individuals seeking remedies against an abuse of power. The maintenance of the *ordre public* is in its current form considered a departure from previous norms and it is not idealistic, but expedient based on the state’s interest to enforce legislation.

¹¹⁴ M. Troper, “Sovereignty and *Laïcité*”, *Cardozo Law Review*, Vol. 30, 2009, pp. 2561-2563 : defines *Laïcité* “completely by the usual idea of an absence of influence of religion on the State” or, as it is alternatively, expressed as “a separation between State and religion can also be characterized as an attitude of the State towards religion, decided unilaterally by the State”.

This engages the freedom of expression because the state has preserved it as inherent in the preamble of liberty, equality and fraternity. However, the republication of cartoons of the Prophet Muhammad which the President defended as espousing the freedom of conscience can be challenged as they promote hate speech based on the defamation of the most revered figure to Muslims. The license to cause insult by satire is an infringement of the rights of a community and is offensive and cannot be defended based on republican values. Its historical precursor is Voltaire's play "*Mahomet*" which was staged in another period of history and as rights and responsibilities of states have been recognised in international treaties and in the ECHR there is no justification for defending the cartoons.

The reinforcement of republican values is based on the debate of "separatism" will serve to marginalize a community and will achieve the opposite effect of its purpose. Tensions between the concept of *laïcité* and *ordre public* also exist in other European republican states with significant migrant populations. The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen does not preclude the resolution of differentiation between the communities, even in an indivisible state that does not recognize the existence of minorities. It should approach the principle of *laïcité* as not being doctrine that has to be forged in minds but to consider this integral to the *ordre public* by assimilating their value system and preempting the tension that is likely to arise by using the instrument of law in a multicultural society.

LA PARTICIPATION CITOYENNE DIRECTE AU POUVOIR CONSTITUANT : RETOUR SUR L'EXPÉRIENCE ISLANDAISE.

Vincent Boucher*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	45
1. UN PROCESSUS AMBITIEUX AUX IDÉAUX DÉMOCRATIQUES CERTAINS.....	51
1.1. LES FONDEMENTS INTELLECTUELS D'UNE TELLE EXPÉRIENCE CITOYENNE	52
1.1.1. <i>Les principes directeurs du processus</i>	<i>52</i>
1.1.2. <i>Le choix de procédés renouvelés</i>	<i>54</i>
1.2. LA PLACE PRÉPONDERANTE DES CITOYENS AUX DIFFÉRENTES ETAPES DU PROCESSUS	56
1.2.1. <i>Un processus initié par le peuple</i>	<i>56</i>
1.2.2. <i>Un processus légitimité et approuvé par le peuple.....</i>	<i>58</i>
1.3. LE NUMÉRIQUE, VECTEUR DE PARTICIPATION DIRECTE DES CITOYENS.....	61
1.3.1. <i>L'apparition du « crowdsourcing » constitutionnel.....</i>	<i>62</i>
1.3.2. <i>Le numérique au service de la démocratie islandaise : réelle influence ou alibi ?</i>	<i>63</i>
2. UN PROCESSUS INACHEVÉ AUX LIMITES CERTAINES	67
2.1. UNE VOLONTÉ POPULAIRE NEUTRALISÉE PAR LES REPRÉSENTANTS.....	67
2.1.1. <i>Une délégitimation du processus avant même sa concrétisation.....</i>	<i>68</i>
2.1.2. <i>Le refus parlementaire de débattre du projet présenté comme un « crime constitutionnel »</i>	<i>69</i>
2.2. LES LACUNES ET LES FAIBLESSES DU PROCESSUS CONSTITUANT ISLANDAIS	71
2.2.1. <i>Une mise au ban du personnel politique</i>	<i>72</i>
2.2.2. <i>La place prépondérante des experts dans ce type d'expérience</i>	<i>73</i>
2.2.3. <i>Le paradoxe d'une consultation populaire : la faiblesse de la participation.....</i>	<i>76</i>
2.3. UN PROJET DE CONSTITUTION SUSCITANT PLUS D'INTERROGATIONS QUE DE CERTITUDES	78
2.3.1. <i>Les caractéristiques du projet de Constitution.....</i>	<i>78</i>
2.3.2. <i>Un texte critiqué et critiquable.....</i>	<i>82</i>
CONCLUSION	84

* Doctorant en droit public à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Le présent article est une version raccourcie et remaniée d'un mémoire de recherche rédigé dans le cadre d'un master 2 sous la direction du professeur J. Jeanneney, que l'auteur tient ici une fois de plus à remercier.

Abstract

The present study aims at looking back to an unprecedented citizen experiment that has received a fair amount of comment in the international press but little analysis by legal scholars. Initiated in the wake of the 2008 economic crisis, the Icelandic constituent process (2009-2013) is nevertheless worth studying as it certainly prefigures what tomorrow's democracy will be like, through increased citizen participation especially via digital tools. A decade later, it is possible to draw lessons from it, especially as the draft Constitution has still not entered into force. This paper aims at taking a critical view of the democratic use of digital technologies and highlights their potential perverse effects on increasing civic engagement. In any case, Iceland - often presented as a political and social "laboratory" - shows us, through this interesting but imperfect experiment, that the Constitution is no longer a "tent pitched for sleep". It is a living text and citizens can take part in its writing. Thus, to paraphrase Rousseau, we can expect this island to astonish the world.

Résumé

La présente étude entend revenir sur une expérience citoyenne inédite qui a été assez commentée dans la presse internationale mais finalement peu analysée par les juristes. Initié au sortir de la crise économique de 2008, le processus constituant islandais (2009-2013) gagne pourtant à être étudié en ce qu'il préfigure certainement ce que sera la démocratie de demain, par le biais d'une participation accrue des citoyens grâce à l'outil numérique notamment. Une décennie après, il est permis d'en tirer des enseignements, d'autant que le projet de Constitution n'est toujours pas entré en vigueur. Cette contribution ambitionne d'adopter un point de vue critique quant à l'utilisation démocratique des nouvelles technologies et met en avant ses effets pervers pour augmenter la participation citoyenne. En tout état de cause, l'Islande – souvent présentée comme un « laboratoire » politique et social – nous montre, par cette expérimentation intéressante bien qu'imparfaite, que la Constitution n'est plus une « tente dressée pour le sommeil¹ ». Elle est un texte vivant et les citoyens peuvent prendre part à son

¹ Formule attribuée à Royer-Collard, citée dans J. Gicquel et J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 30^{ème} édition, 2016, p. 217.

écriture. Ainsi, pour paraphraser Rousseau, nous pouvons penser que cette île a de quoi étonner le monde.

INTRODUCTION

« Une bonne Constitution ne peut suffire à faire le bonheur d'une nation. Une mauvaise peut suffire à faire son malheur »².

Qui doit écrire les Constitutions ? Comment doivent-elles être écrites ? Est-ce aux hommes au pouvoir d'écrire les règles du pouvoir ? L'expérience islandaise de réécriture constitutionnelle populaire, entre 2009 et 2013, nous offre la formidable occasion de méditer ces questions et tenter d'y apporter des éléments de réponse, du moins des pistes de réflexion.

Un premier constat peut ici d'emblée être formulé : la traditionnelle absence de participation directe populaire à l'écriture des Constitutions³. Si le Peuple intervient dans les processus constituants – c'est-à-dire l'activité qui consiste à produire l'« ossature juridique d'une collectivité telle qu'elle se conçoit à un moment donné de son évolution »⁴ – c'est tout au plus pour se prononcer par un vote d'approbation, de type référendaire, notamment afin de conférer la plus grande légitimité à la norme suprême⁵. Mais cela n'en demeure pas moins un acte de consentement, *ex post*, et aucunement une réelle contribution à l'écriture du texte. Si le Peuple est souvent présenté comme l'auteur du droit, il n'en est jamais l'écrivain, il le fonde plus qu'il ne le conçoit⁶. Au regard de la Constitution, cela étonne lorsque l'on sait que celle-ci constitue l'acte de souveraineté par excellence par lequel une société politique définit les règles et principes fondamentaux relatifs à son identité, aux valeurs qui sont les siennes et aux modalités d'organisation et d'exercice du pouvoir. Quelques exemples de participation populaire à la fonction constituante ont pu être présentés, notamment au Brésil en 1988⁷ ou en

² G. Carcassonne, *La Constitution*, Editions du Seuil, 2020, p. 36.

³ S. Pinon, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 78/1, 2017, p. 22.

⁴ G. Burdeau, « Une survivance, la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 58.

⁵ V. l'aperçu comparatif proposé par L. Morel, *La question du référendum*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2019, p. 41 et s.

⁶ E. Sales, « La transformation de l'écriture de la constitution, l'exemple islandais », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2017/4, n° 57, p. 46.

⁷ A. E. Hudson, « Political Parties and Public Participation in Constitution Making : Legitimation, Distraction, or Real Influence? », *Comparative Politics*, 2018, p. 3.

Afrique du Sud en 1996, cependant ces expériences n'ont pas eu l'ambition d'associer les citoyens autrement que par une simple consultation⁸.

Un second constat s'impose également : nos démocraties représentatives sont en crise⁹. Afin de répondre à cette crise, quelques innovations ont été menées afin de rendre à la démocratie ses lettres de noblesse. Parmi ces procédés, l'on voit émerger ces dernières années des assemblées de citoyens tirés au sort appelés à délibérer sur des sujets précis¹⁰. Que l'on songe à la Colombie Britannique en 2004¹¹, l'Ontario deux ans plus tard¹², suivie de la Belgique¹³, de l'Allemagne (*Burgerforum*), de l'Estonie (*Rahvakogu*)¹⁴, de l'Irlande¹⁵, et surtout de la France, qui a récemment mis en place une « Convention citoyenne pour le climat »¹⁶, composée de cent-cinquante citoyens tirés au sort et censés être représentatifs de la population française dans sa diversité, dans la perspective de formuler des propositions sur la politique écologique du pays. En revanche toutes ces expériences ont eu pour objectif précis de proposer des réformes, sur des sujets déterminés, au passage en révisant la Constitution, mais sans repenser totalement le texte constitutionnel. C'est bien l'Islande qui a proposé le mode d'élaboration du texte constitutionnel le plus ambitieux, sans réel équivalent, grâce aux nouvelles technologies notamment. Comment se fait-il dès lors qu'un pays dont la population n'excède pas les 360 000 habitants¹⁷, soit l'égal de la ville de Nice en France, puisse-t-il intéresser le juriste ? Cet Etat insulaire, véritable « terre de feu et de glace »¹⁸ est ainsi plus réputée pour ses espaces naturels et son activité volcanique que son système institutionnel et juridique.

⁸ A. E. Hudson, « Political Parties and Public Participation in Constitution Making : Legitimation, Distraction, or Real Influence? », *Comparative Politics*, 2018, p. 3.

⁹ J.-M. Denquin, « Pour en finir avec la crise de la Représentation », *Jus Politicum*, n° 4, 2010, p. 1.

¹⁰ V. L. Blondiaux, Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *Politix*, vol 57, n°15, 2002, p. 17-35.

¹¹ M. Warren, H. Pearce, *Designing Deliberative Democracy : The British Columbia Citizens' Assembly*, Cambridge University Press, 2008.

¹² V. P. Fournier (dir), *When citizens decide: lessons from citizen assemblies on electoral reform*, Oxford University Press, 2011, 213 p.

¹³ V. M. Reuchamps, « Le G1000 : Une expérience citoyenne de démocratie délibérative », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 19/ 2344-2345, pages 5 à 104, 2017.

¹⁴ A. Guiton, « Le «Rahvakogu», processus délibératif inédit qui a réconcilié l'Estonie », *Libération*, 09/04/2019.

¹⁵ V. D. Courant, « Les assemblées citoyennes en Irlande », *La vie des idées*, 2019.

¹⁶ V. D. Baranger, « Convention citoyenne pour le climat : vers un droit constitutionnel « souple » ? », *JP Blog*, 13/01/2020.

¹⁷ M. Sallé, *Islande*, 2^{ème} édition revue et augmentée, Karthala, 2019, p. 171.

¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

L'Islande est une République dotée d'un régime parlementaire¹⁹. Son histoire constitutionnelle est étroitement liée au parlementarisme puisque l'on considère que le Parlement islandais, l'*Althing*²⁰, est l'un des plus anciens parlements au monde, si ce n'est le plus ancien encore en activité. En effet, celle que l'on surnomme « la vieille République d'Islande »²¹ fut fondée en 930, lorsque les premiers colons norvégiens se rassemblèrent en plein air à *Pingvellir*²², et résista au vasselage de l'Islande au royaume de Norvège à partir de 1262 (traité de *Gamli Sattmali*) puis au royaume du Danemark en 1397 (Union de *Kalmar*)²³. C'est cette même assemblée qui osera déclarer le 25 février 1944 son indépendance totale du Danemark (bien que l'Acte d'Union du 1^{er} décembre 1918 soit considéré par beaucoup d'Islandais comme l'acte fondateur de l'autonomie de l'île, le Roi du Danemark restant malgré tout souverain²⁴). Parlement monocaméral, l'*Althing* se compose de soixante-trois membres élus au suffrage universel direct pour un mandat de quatre ans. Le chef d'Etat islandais est un Président, élu au suffrage universel direct pour un mandat de quatre ans (renouvelable indéfiniment), qui se veut être une figure transpartisane, incarnant une autorité morale et représentant l'Islande lors de cérémonies officielles ou diplomatiques²⁵. C'est ainsi que les habitants de l'île s'attribuent généralement un chef d'Etat sans engagement politicien, issu de la société civile, comme l'actuel Président, Guðni Th. Jóhannesson, professeur d'histoire. La vie politique islandaise est empreinte d'une certaine stabilité, et le paysage politique de l'île se caractérise par la présence de quatre formations politiques principales, parfois surnommées « le gang des quatre »²⁶, en raison de leur participation alternative aux affaires du pays.

Afin de comprendre l'actuelle Constitution du 23 mai 1944, il nous faut remonter en 1874 lorsque le Roi du Danemark Christian IX octroya à l'Islande sa première Constitution pour le millénaire de la découverte de l'île²⁷. Ce texte, qui avait pour titre initial *Constitution des dispositions particulières relatives à l'Islande*, était en réalité une traduction islandaise de

¹⁹ Article Premier de la Constitution du 23 mai 1944.

²⁰ L'étymologie du terme *Alþingi* en islandais provient de l'assemblage des racines *allr* (« all », signifiant tous) et *þing* (« thing », désignant une assemblée) en vieux norrois, langue scandinave médiévale.

²¹ O. Johannesson, « La vie politique en Islande », *Revue française de science politique*, n°4, 1953, p. 816.

²² « Les plaines du Parlement ».

²³ M. Sallé, *op. cit.*, p. 32.

²⁴ *Ibid.*, p. 54.

²⁵ M. Sallé, *op. cit.*, p. 96.

²⁶ T. Gylfason, « Constitution on Ice », CESifo working paper no. 5056, novembre 2014, p. 2.

²⁷ T. Gylfason, « The Anatomy of Constitution Making: From Denmark in 1849 to Iceland in 2017 », *CESifo Working Paper*, n° 6488, 2017, p. 4.

la Norme fondamentale danoise de 1849. Ce mimétisme constitutionnel s'est reproduit au moment de doter l'Islande d'une nouvelle Constitution après la proclamation de son indépendance totale du Danemark occupé alors par l'Allemagne nazie le 23 mai 1944. Le pays redevenant une République, il fallait le doter d'un nouveau pacte fondateur. Bien que les Islandais aient voté à plus de 98 % en faveur de la nouvelle constitution, force est de constater l'absence de réel débat constitutionnel à ce moment²⁸. Le texte, entré en vigueur le 17 juin 1944 (désormais jour de fête nationale) est souvent présenté comme une copie conforme de la précédente Constitution de 1874, en remplaçant le terme *roi du Danemark* par *Président de l'Islande*. Dans sa structure actuelle, le texte en vigueur se compose de quatre-vingt-un articles répartis en sept chapitres²⁹. Le pays se classe ainsi au deuxième rang des démocraties du monde pour la brièveté de sa Constitution, juste derrière Monaco, avec un corpus de 4 089 mots seulement³⁰. Objet de vives critiques, depuis son origine, la Constitution islandaise est souvent décriée comme un texte poussiéreux, représentant l'hégémonie des colonisateurs et la monarchie danoise et pêchant par manque de clarté dans l'articulation entre les pouvoirs. Le premier Président de la République d'Islande, Sveinn Björnsson (1944-1952), s'en lamentait déjà en 1949 : « Nous disposons toujours d'une Constitution rafistolée, originellement conçue par un autre pays pour un autre temps »³¹. En cela est palpable depuis lors un sentiment de travail inachevé³². Au-delà de cette distension historique et culturelle, il apparaît clairement que le texte de 1944 ne permet pas une réelle balance entre les pouvoirs et que ce déséquilibre se produit au détriment du Parlement et des juridictions, avec une suprématie notable de l'Exécutif sur ces derniers³³. Surtout, le point central de la discorde réside en ce que le principe « une personne, une voix » n'est pas respecté par le système électoral prévu par la Constitution. En effet, le vote rural dispose d'un poids prépondérant et les régions demeurent sur-représentées au Parlement³⁴, de sorte que certains partis (notamment le Parti du Progrès, qui capte l'essentiel

²⁸ G. Th. Johannesson, « The origins and provisional nature of Iceland's 1944 constitution », *Icelandic Review of Politics and Administration*, Vol 7 (n°1), 2011, p. 67.

²⁹ Le texte intégral de la Constitution islandaise du 23 mai 1944, version originale ainsi que modifiée, est traduite en français sur le site internet du *Digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan*.

³⁰ Tableau comparatif des Constitutions du monde, proposé par la plateforme *comparativeconstitutionsproject.org*.

³¹ Sveinn Björnsson, « Adresse annuelle à la Nation », 1949, cité dans T. Gylfason, « Iceland's new constitution is not solely a local concern », *Challenge*, 31 octobre 2016, p. 4. Traduction française de l'auteur de ces lignes.

³² J. Ólafsson, « An experiment in Iceland : crowdsourcing a constitution ? », article inachevé, Bilfrost, 2012, p. 5.

³³ T. Gylfason, « Constitutions: Send in the Crowds », juin 2012, p. 4.

³⁴ T. Gylfason, « Constitution on Ice », *op. cit.*, p. 15.

du vote rural) disposent habituellement de plus de sièges que certaines formations qui avaient pourtant obtenu plus de voix. Cette disproportion dans la représentation au Parlement est perçue à juste titre comme un manque de démocratie. Certains partis semblent plus avantagés que d'autres. Cet argument servira de matrice aux revendications institutionnelles des citoyens impliqués dans la *révolution des casseroles* qui éclata en 2008 sur fond de crise économique et financière.

À l'origine d'un changement institutionnel, il y a presque toujours une crise, que cette dernière soit économique et sociale ou politique³⁵. Dès lors, qu'est ce qui a poussé ce pays qui n'est historiquement pas un habitué des protestations et révolutions en tout genre³⁶ à devenir, le temps de quelques semaines, le terrain d'affrontement entre la population de l'île et sa classe dirigeante ? Au commencement du XXI^{ème} siècle, l'Islande apparaît en effet comme un pays prospère, dont l'économie est l'une des plus performante d'Europe³⁷. L'année 2008 s'avère cependant être le début du malheur pour l'Islande. Celle-ci n'est pas épargnée par la crise financière et économique mondiale qui surgit, pis encore, elle en est frappée de plein fouet³⁸. Fait notable, le 8 octobre 2008, le Premier ministre britannique, Gordon Brown, range l'Islande parmi les pays terroristes³⁹ afin de bloquer les avoirs de la branche britannique de *Icesave*, la toute récente banque en ligne créée par la *Landsbanki* permettant notamment aux Anglais et Hollandais d'emprunter et d'épargner à des taux d'intérêt extrêmement attractifs. Cette affaire *Icesave* donnera plus tard lieu à deux référendums populaires inédits sur le remboursement de la dette. La prise de conscience citoyenne⁴⁰ aura lieu au moment d'identifier les responsables de la crise économique. Très vite, un bouc émissaire est trouvé : il s'agit de David Oddson, le désormais ex-Premier ministre et alors président de la Banque Centrale islandaise. Devenant ainsi en quelques jours le symbole de la crise planétaire et sa première véritable victime⁴¹, l'Islande va connaître le mouvement de protestation citoyenne le plus important qu'elle n'ait jamais connu : c'est la « révolution des casseroles », terminologie usitée par les médias

³⁵ J. Elster, « Forces and Mechanisms in the constitution-making process », *Duke Law Journal*, Vol. 45, 1995, p. 370.

³⁶ E. Önnudóttir, « The 'Pots and Pans' protests and requirements for responsiveness of the authorities », *Icelandic Review of Politics and Administration* Vol. 12, Issue 2, 2016, p 196.

³⁷ V. M. Sallé, *op. cit.*, p. 57.

³⁸ V.R. Spruk, « Iceland's Financial and Economic Crisis: Causes, Consequences and Implications », *EI Policy Papers*, n°1, 2010.

³⁹ *Anti – Terrorism, Crime and Security Act, 2001*.

⁴⁰ V. S. Morris, « Islande : Après la crise, la révolution », *Courrier international*, 27/01/2009.

⁴¹ V. D. Chartier, *La spectaculaire déroute de l'Islande*, Presses de l'Université de Québec, 2010.

internationaux⁴². C'est alors que le rendez-vous est pris tous les samedis devant l'*Althing*, où se réunissent dès le 18 octobre plus de deux mille manifestants⁴³, soit un cinquième de la population de l'agglomération de Reykjavik⁴⁴. Rapidement, cette mobilisation hebdomadaire et festive devient celle des « casseroles » en ce que les manifestants ont l'idée de s'armer d'ustensiles usuels et culinaires afin de faire le plus de bruit possible et, de manière pacifique, se faire entendre du Gouvernement, dont on réclame très vite la démission, en guise de réponse au silence répété des dirigeants. Les principales revendications populaires sont simples : la démission des directions de la Banque Centrale et de l'Autorité de surveillance financière ainsi que la tenue d'élections législatives anticipées. Les rassemblements, soutenus au sein de la classe politique par le *Parti de la Gauche – Verte* et le jeune *Parti Pirate*, se poursuivent pendant plusieurs semaines et le Parlement ainsi que le Gouvernement sont en permanence cernés. In fine, le Gouvernement, sous la pression populaire, démissionne le 25 janvier 2009⁴⁵. L'un des organisateurs des manifestations déclare : « C'est une révolution, et nous voulons rédiger une nouvelle Constitution comme l'ont fait les Français »⁴⁶.

Au sortir de la révolution des casseroles, la confiance des Islandais dans leurs représentants est au plus bas. Il faut dire que ce n'est alors un secret pour personne que la classe politique islandaise laisse derrière elle de nombreuses années de corruption, de malversations, incluant des scandales financiers et bancaires, sur fond de favoritisme, népotisme et clientélisme⁴⁷. Le 1^{er} février 2009, un Gouvernement provisoire est formé, rassemblant les sociaux-démocrates et les écologistes, avec à sa tête Jóhanna Sigurðardóttir, première femme Premier ministre du pays⁴⁸. Dans son programme gouvernemental, elle annonce une série de mesures allant dans le sens d'une « plus grande démocratie et une plus grande justice sociale », passant notamment par un changement institutionnel. Il faut attendre plus d'un an pour que le

⁴² « Busahaldabyltingin » en islandais, « Kitchenware Revolution » ou encore « Pots and Pans Revolution » en anglais.

⁴³ À titre de comparaison, et pour saisir l'ampleur du phénomène, cela correspondrait à plus de quatre cent mille manifestants en France.

⁴⁴ J. Skalski, *La révolution des casseroles. Chronique d'une nouvelle constitution pour l'Islande, La contre allée*, 2012, p. 46.

⁴⁵ « Islande : première démission au sein du gouvernement, conséquence de la crise », AFP, 25/01/2009.

⁴⁶ Cité dans J. Skalski, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁷ T. Gylfason, « Chain of Legitimacy: Constitution Making in Iceland », conférence donnée à l'Institute of Religion, Culture and Public Life à l'Université de Columbia à New York en avril 2016, publiée le 6 juillet 2016, p. 3.

⁴⁸ N'oublions pas que l'Islande peut se targuer d'avoir été le premier Etat démocratique à élire au suffrage universel direct une femme à la présidence du pays : Vigdís Finnbogadóttir en 1980.

nouveau Gouvernement fasse adopter par le Parlement l'acte officiel portant création d'une *Assemblée Constituante* élue par le Peuple. Ce dernier prévoit que les dispositions adoptées par ladite Assemblée seront ensuite débattues au Parlement. Précisons tout de même que la Constitution islandaise peut aisément être qualifiée de *rigide*, en ce qu'elle prévoit une procédure lourde dérogatoire aux lois ordinaires pour être modifiée. L'article 79 dispose en effet que toute révision constitutionnelle, afin d'entrer en vigueur, doit avoir été votée dans les mêmes termes à la majorité de deux assemblées successives, séparées par une dissolution automatique. Cet élément a ici une importance capitale, comme nous le verrons, en ce qu'il explique en grande partie l'échec du processus constituant, qui n'a pas abouti – malgré l'appui d'un référendum consultatif le 20 octobre 2012 qui s'est soldé par une approbation du projet de Constitution mais une très faible participation.

Il nous apparaît ici opportun de nous approprier cette expérience islandaise qui nous offre l'occasion de repenser la démocratie, en tant que gouvernement collectif par le Peuple, au XXI^e siècle. Près d'une décennie après cet évènement, un certain recul dans l'analyse ainsi qu'une mise en perspective deviennent possibles, avec des questions qui sont finalement plus que jamais d'actualité. Il ne s'agit pas tant de décrire le phénomène que d'en tirer les conclusions, puisqu'il est désormais permis d'affirmer, telle une palinodie, que ce fut un échec. Du moins, une occasion manquée, puisque cette tentative a certainement permis de mettre en lumière les grands défis démocratiques de notre temps. Dans quelle mesure cette expérimentation islandaise est-elle riche d'enseignements – en ce qu'elle a constitué une indéniable (r)évolution démocratique – mais appelle à la prudence quant aux potentielles faiblesses que ces innovations contiennent ?

Il s'agira de démontrer, dans un premier temps, que l'Islande a entrepris une réforme ambitieuse qui n'a eu de cesse d'associer le Peuple à l'édiction de sa norme suprême (1). Dans un second temps, l'étude approfondie du processus constituant islandais nous conduira à nous interroger sur les causes de l'échec du projet et ses incontestables manquements (2).

1. UN PROCESSUS AMBITIEUX AUX IDÉAUX DÉMOCRATIQUES CERTAINS

L'étude des lignes directrices du processus constituant islandais permet, d'emblée, de constater l'ambition affichée d'un tel évènement, et d'en comprendre la trame idéologique (1.1.), qui vise à associer constamment le peuple à la confection du texte (1.2.), notamment grâce au numérique (1.3.).

1.1. Les fondements intellectuels d'une telle expérience citoyenne

Le choix des procédés par lesquels la réforme constitutionnelle a été entreprise est l'un des grands accomplissements de ce projet (1.1.2), au service d'un idéal démocratique certain (1.1.1.).

1.1.1. Les principes directeurs du processus

L'impératif de transparence est l'idéal qui a guidé le projet islandais du début à la fin, qui s'est voulu « inclusif », représentatif des intérêts du Peuple et fondé sur une délibération entre les citoyens amenés à participer à l'écriture du texte constitutionnel.

Le processus constituant islandais a rapidement tranché avec l'opacité traditionnelle des décisions politiques et plus particulièrement des assemblées constituantes⁴⁹. Au commencement du projet, la volonté de transparence était plus que palpable, puisque le site officiel de l'Assemblée Constituante, (*Stjórnlagabing*⁵⁰) en fit un de ses axes majeurs⁵¹, ce qui était on ne peut plus logique, dans le sens où l'une des causes de la « révolution des casseroles » était justement ce manque cruel de transparence au plus haut sommet de l'Etat, incarné par une classe politique incapable de rendre des comptes sur ses actions. Cette transparence s'est traduite par la publicité totale des actes de l'Assemblée Constituante, la diffusion en direct et en différé de ses réunions et parfois même ses délibérations, ainsi que par des relations directes entre les citoyens ordinaires et les membres de l'Assemblée, ces derniers ayant à ce propos donné leurs numéros personnels de téléphone ainsi que leurs adresses courriel⁵². Dans un esprit similaire, l'ensemble des conclusions du *Forum National*⁵³ de 2010, et le rapport préalable du

⁴⁹ J. Elster, «The optimal design of a constituent assembly », in H. Landemore ; J. Elster (eds), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, 2015, p. 24.

⁵⁰ Le choix est fait ici d'employer le terme *Constituante*, comme la traduction littérale française l'exige, et non *Constitutionnelle* comme cela a été traduit dans tous les documents en langue anglaise. De plus ce choix est aussi motivé par une cohérence juridique, puisque cette assemblée n'est aucunement « constitutionnelle » dans le sens où elle n'est pas prévue par la Constitution, mais bien « constituante » en ce sens qu'elle est chargée de rédiger la nouvelle Constitution. Enfin, ce n'est pas non plus une « commission » comme cela est parfois traduit en français, puisqu'il s'agit bien d'une petite assemblée de vingt-cinq citoyens élus au suffrage universel direct, amenés à délibérer.

⁵¹ *Stjornlagarad.is*.

⁵² T. Gylfason ; A. Meuwese, « Digital Tools and the Derailment of Iceland's New Constitution », *CESifo Working Paper* N°5997, 2016, p. 12.

⁵³ Ce *Forum National* (*Þjóðfundur 2010*) se compose de 950 Islandais tirés au sort et réunis le temps d'une journée (le 6 novembre 2010) à Reykjavik afin d'identifier les motivations profondes des Islandais pour rédiger un nouvelle Constitution et de dégager par là même un ensemble de valeurs fondamentales.

*Comité Constitutionnel*⁵⁴ composé d'experts académiques furent publiés. La transparence est distincte de la participation⁵⁵, en ce qu'elle consiste essentiellement en une action passive des citoyens, qui observent, écoutent, lisent et réfléchissent. Les deux vont de pair, car pour participer, c'est-à-dire prendre part activement à la prise de décision, encore faut-il être informé. La transparence est ainsi une formidable « fenêtre » vers le processus de rédaction de la nouvelle loi fondamentale de l'Islande.

Les politiques publiques sont de plus en plus guidées par un impératif dit d'*inclusion*, terme assez récent pour désigner en réalité le mécanisme inverse de la participation, mais qui poursuit le même but : que la norme provienne de tous. La démocratie, en somme. En effet, contrairement à la participation qui requiert une action positive de la part des citoyens intéressés, ce vocable inclusif semble plutôt désigner une initiative des dirigeants afin d'*associer* les citoyens et ainsi d'asseoir la légitimité de leurs décisions. On retrouve finalement là la réalisation du vieux principe romain *Quod omnes tangit, ad omnibus tractari et approbari debet*⁵⁶ : ce qui touche tout le monde doit être considéré et approuvé par tous. Cette « démocratie inclusive »⁵⁷ vise à instaurer une forme de représentation – ce phénomène qui vise à « rendre présent ce qui est absent »⁵⁸ – particulière : une *représentation descriptive*, c'est-à-dire qui soit le plus possible à l'image de la société, dans toute sa diversité, par un effet de miroir concentré⁵⁹. Ce principe, qui met sur le même plan *représenter* et *ressembler*⁶⁰, a été explicité par Hanna Pitkin en 1967⁶¹ pour rendre compte d'une volonté déjà présente chez les Anti-Fédéralistes Américains⁶² d'assurer une parfaite similitude entre électeurs et élus. Une Assemblée désignée sur ce fondement constitue donc une sorte de « Peuple en miniature »⁶³ faisant spontanément ce que le Peuple aurait fait si lui-même avait été assemblé. C'est ainsi

⁵⁴ Organe préalable à l'élection des membres de l'assemblée, le *Comité Constitutionnel* se compose de sept « experts » nommés par le Parlement, et se voit attribuer la mission de superviser l'ensemble du processus constituant, en rédigeant notamment un rapport de 700 pages qui servira de base juridique aux travaux de l'*Assemblée Constituante*.

⁵⁵ H. Landemore, « Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment », *op. cit.*, p. 179.

⁵⁶ Cité dans B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Champs essais, Flammarion, 2012, p. 117.

⁵⁷ L. Morel, *op. cit.*, p. 191. N'est-ce pas là un pléonasme ?

⁵⁸ D. Baranger, *Le droit constitutionnel, Que sais-je ?*, PUF, 2017, p. 84.

⁵⁹ G. Delannoi, *Le tirage au sort. Comment l'utiliser ?*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2019, p. 48.

⁶⁰ B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 145.

⁶¹ H. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.

⁶² En particulier John Adams, dans ses *Thoughts on Government*, 1776.

⁶³ La doctrine politiste emploie désormais volontiers le terme de *Mini - Public*.

cette conception qui a présidé à l'instauration d'une *Assemblée Constituante* ainsi que des *Forums* de citoyens tirés au sort.

Enfin, la délibération a été le constant moteur du processus constituant islandais. Constituant depuis quelques décennies un paradigme de la philosophie et de la science politique⁶⁴, le phénomène délibératif – visant à l'accord majoritaire par la discussion⁶⁵ – a été récemment appréhendé par les juristes⁶⁶. Par ce mécanisme, l'on cherche les vertus de la discussion collective : la discussion contraint en effet les participants à justifier leur position par le recours à des procédés d'argumentation⁶⁷, favorisant l'échange persuasif. Le « moment délibératif » islandais a été assurément la mise en place d'une Constituante élue démocratiquement le 27 novembre 2010, qui pendant près de quatre mois s'est évertuée à faire émerger en son sein un consensus résultant de la discussion entre les vingt-cinq membres, afin de proposer un texte qui ferait l'objet d'une adhésion partagée.

1.1.2. Le choix de procédés renouvelés

L'attrait du processus constituant islandais consiste ensuite certainement en la combinaison de procédés renouvelés et de mécanismes démocratiques plus usités.

Ces dernières décennies, l'on voit resurgir la thématique de la désignation par le sort, comme outil du renouveau démocratique⁶⁸. Cette survivance du tirage au sort, en tant que procédure de désignation aléatoire, est très certainement le symptôme de cette crise de la représentation évoquée plus haut, voire de la démocratie, et entend répondre à celle-ci en proposant un mode *alternatif, représentatif, et pacifique* (puisque non-concurrentiel) de légitimation politique⁶⁹. S'appropriier et recomposer des éléments utilisés par le passé, tel est en

⁶⁴ B. Manin, « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine. Introduction, généalogie et éléments critiques », *Politix*, volume 15, n°57/2002, p. 37. V. notamment ; J. Bohman ; W. Rehg, *Deliberative Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1997 ; J. Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999 ; J. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberal, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2000.

⁶⁵ J. Chevallier, « La démocratie délibérative : mythe et réalité », in *Mélanges Lucien Sfez*, PUF, 2006, p. 77.

⁶⁶ V. M. Feury, *La délibération en droit public*, Thèse de droit public, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2016.

⁶⁷ V. J. Elster, « Argumenter et négocier dans deux Assemblées constituantes », *Revue française de science politique*, 44^e année, n°2, 1994. pp. 187256.

⁶⁸ V. Y. Sintomer, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage au sort et politique d'Athènes à nos jours*, La découverte, Paris, 2011, 256 p. ; O. Christin, « Le tirage au sort : démocratique ? », *Concordance des temps*, France Culture, 10/16/2017.

⁶⁹ V. G. Delannoi, *Le Retour du tirage au sort en sort en politique*, Fondapol, Paris, 2010.

somme le propre de l'innovation politique. Le tirage au sort utilisé lors du processus constituant islandais institue en réalité un « mini-public consultatif »⁷⁰, fondé sur le modèle contemporain du *sondage délibératif* conceptualisé par James Fishkin⁷¹. En effet, les *Forums Nationaux* islandais n'ont pas eu pour objectif de désigner des titulaires de charge politique, mais de permettre un regroupement *représentatif* de citoyens pouvant constituer une sorte d'« Islande miniature », afin de dégager les principes fondamentaux qui seraient les plus plébiscités par les citoyens de l'île. La question principale qui était posée aux participants (« quels principes et valeurs que nous partageons en commun voulez-vous voir dans la prochaine Constitution ? ») atteste de cet aspect plus sondagier que décisionnaire. Le tirage au sort a été réalisé dans un objectif de *représentation descriptive*, et c'est en cela que la mission de sélectionner des individus *représentatifs* a été confiée à un institut de sondage, *Gallup*⁷². Chaque procédure de tirage au sort guidée par ce principe s'opère sur le fondement d'une *base*, c'est-à-dire une partie de la population retenue pour l'expérience, définie par une *qualification*, correspondant à un ensemble de critères permettant de définir la base légale de personnes potentiellement participantes. Il est important de noter que, dans le cas islandais, il n'y a pas eu de *candidature* (nul individu ne pouvait se porter volontaire spontanément), et la désignation par le sort, après vérification des différents critères recherchés (en terme d'âge, de sexe, de lieu d'habitation, de diplôme et d'origine sociale⁷³), n'a pas été revêtue d'un quelconque caractère obligatoire, puisque les citoyens approchés pouvaient tout à fait refuser de participer aux *Forums*.

Cette utilisation du tirage au sort ne doit pas faire oublier qu'avant tout le principe électif reste l'enjeu majeur du projet, puisque dans les fondements de la réforme constitutionnelle figure d'emblée l'élection par le peuple d'une *Assemblée Constituante*⁷⁴. C'est en cela que réside la réussite – processuelle et non finale – du projet islandais, à savoir l'habile combinaison entre des mécanismes de démocratie directe (ou plutôt semi-directe, en ce que les Islandais ont été amenés à répondre par « oui » ou « non » à une question posée), de démocratie participative

⁷⁰ P-E. Vandamme, « Le tirage au sort est-il compatible avec l'élection ? », *Revue française de science politique*, Vol. 68, 2018, p. 890.

⁷¹ J. Fishkin, *The Voice of the People. Public Opinion & Democracy*, Yale University Press, 1997, p. 89 et 162.

⁷² H. Landemore, « Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment », *op. cit.*, p. 177.

⁷³ Pour une critique, voir notamment J.-C. Passeron, *Le Raisonnement sociologique*, 1991, pp. 199-220, sur l'illusion sociologique des inférences statistiques.

⁷⁴ C'est l'objet de l'Acte portant création de l'Assemblée Constituante du 16 juin 2010.

(qui vise une *représentation contraire*⁷⁵ par le biais du tirage au sort) et de débat public⁷⁶. Cet astucieux mélange a permis certainement de proposer la manière la plus ambitieuse de réviser la norme fondamentale, faisant en sorte que cette dernière soit issue du plus grand nombre, et que chaque citoyen puisse avoir le sentiment d'avoir contribué personnellement à la réalisation du projet constituant. La légitimité du texte ne pouvait qu'en être renforcée.

1.2. La place prépondérante des citoyens aux différentes étapes du processus

La spécificité de l'expérience islandaise réside en ce qu'elle s'est évertuée à permettre la participation populaire à chaque étape du projet, y compris pendant la cruciale phase d'écriture du texte constitutionnel⁷⁷. Avant toute chose, l'ouverture du processus constituant au peuple, en court-circuitant le Parlement est apparue logique en ce que ce dernier ne pouvait se voir confier l'écriture de la future Constitution, du fait de son incapacité historique à réviser la norme fondamentale provisoire depuis 1944. Il a donc semblé évident de confier à un organe indépendant du Parlement le soin de rédiger d'éventuelles limitations aux pouvoirs de ce dernier. En cela, si le peuple a été la source du projet (1.2.1), c'est bien la participation citoyenne qui a été indéniablement le marqueur de l'ensemble du processus d'édiction de la future norme fondamentale (1.2.2.).

1.2.1. Un processus initié par le peuple

Si la révision constitutionnelle a été officiellement lancée par le gouvernement, et juridiquement par le Parlement, il n'en demeure pas moins que l'initiative est clairement revenue aux citoyens islandais eux-mêmes, et notamment un nombre conséquent d'entre eux⁷⁸. Ceux sur qui s'exerce le pouvoir, en somme, et qui en sont privés – excepté les moments électifs. C'est ainsi que la volonté de changement constitutionnel s'est alors nettement exprimée en dehors du système institutionnel⁷⁹. Ne disposant d'aucun moyen d'action leur permettant de mettre en place un processus constituant officiel ou de demander une telle initiative aux

⁷⁵ J-M. Denquin, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 23, *La citoyenneté*, 2008, p. 3.

⁷⁶ L. Blondiaux ; J-M. Fourniau, « Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie : beaucoup de bruit pour rien ? », *Participations*, 2011/1, n° 1, p. 15.

⁷⁷ H. Landemore, *op. cit.*, p. 170.

⁷⁸ Rappelons qu'entre octobre 2008 et février 2009, entre 2 000 et 8 000 citoyens islandais sortirent protester dans les rues de la capitale, notamment afin de réclamer un bouleversement institutionnel, ce qui est assez significatif.

⁷⁹ E. Sales, *op. cit.*, p. 49.

dirigeants, les citoyens tournent le dos aux institutions et s'organisent afin de poser les premières pierres de l'édifice constituant. Des personnalités de la « société civile » – clairement identifiées comme tels – décident de mettre en place un rassemblement national (*Thjóðfundur*), dénommé *Forum National*⁸⁰. Organisé par un entrepreneur, Gudjón Mar Gudjónsson, ainsi que par l'association *La fourmière (Maurabúfan)* – *think tank* libéral issu de la société civile – ce *Forum National* réunit 1 500 citoyens islandais au sein d'une salle des sports de Reykjavik, le temps d'une journée⁸¹. Le 14 novembre 2009, ces derniers se retrouvent par petits groupes dans l'unique objectif de répondre à la question suivante : « quels valeurs guident et doivent guider le développement de la société islandaise ?⁸² ». Chaque membre du *Forum* est invité à prendre la parole succinctement afin de coucher sur le papier les différentes idées proposées. L'originalité de cet évènement est le fait d'avoir associé délibérément 1 200 citoyens ordinaires tirés au sort⁸³ ainsi que 300 personnalités issues du monde de l'entreprise et quelques hommes politiques. Le soir même, l'ensemble des propositions générales sont publiées sur le site internet du *Forum*⁸⁴. En définitive, quand bien même cet évènement n'a pas été directement suivi d'effet, il est incontestable qu'il a participé à la prise de conscience au sein de la société islandaise d'une nécessaire et surtout possible élaboration citoyenne d'une nouvelle Constitution. En concrétisant l'idée de répondre par le bas à une crise venue d'en haut, les citoyens islandais⁸⁵ ont posé les jalons et constitué une source d'inspiration pour le processus officiel qui n'a pas tardé à naître.

Alors que le processus constituant a été *initié* par les citoyens, il a ensuite été *porté* par la majorité de coalition au pouvoir après la démission du parti de droite fin janvier 2009. L'*Acte portant création de l'Assemblée Constituante* adopté à l'*Althing* le 16 juin 2010 prévoit l'organisation, avant la mise en place d'une Constituante, d'un *Forum National* afin de rassembler des citoyens ordinaires qui conviendront d'un ensemble de principes que la future assemblée devra suivre. C'est ainsi que le 6 novembre 2010, 950 islandais se retrouvent le

⁸⁰ V. *Thjodfundur2009.is*.

⁸¹ H. Fillmore – Patrick, « The Iceland Experiment (2009-2013) : A Participatory Approach to constitutional Reform », *Democratization Policy Council (DPC)*, Policy Notes 2, 2013, p. 7.

⁸² V. Arnason, *op. cit.*, p. 207.

⁸³ En réalité, comme nous l'avons évoqué, la procédure est celle d'un démarchage aléatoire sur un échantillon de citoyens, suivi d'un nécessaire consentement des personnes contactées, sur base du volontariat.

⁸⁴ V. Arnason, *Ibid.*, p. 209.

⁸⁵ L'emploi du déterminant pluriel *des* serait plus juste. Toutefois, à des fins de simplification et de lisibilité, et non d'essentialisme, l'article défini *les* est utilisé ici afin de mettre en lumière l'appropriation citoyenne du processus, quand bien même tous n'y auraient pas pris part.

temps d'une journée à Reykjavik, directement inspirés du précédent évènement initié spontanément par la société civile au même endroit l'année précédente⁸⁶. Organisé par le *Comité Constitutionnel* d'experts désignés par le Parlement, et bénéficiant de l'aide du *think tank Alda*⁸⁷, ce *Forum National* se veut un moment important du processus en établissant une sorte de compétence *pré-constituante*⁸⁸ à un organe chargé d'établir les lignes directrices du futur projet de Constitution. Une fois réunis, et répartis en petits groupes d'une dizaine de personnes tout au plus⁸⁹, les citoyens tirés au sort sont alors chargés d'établir les valeurs communes aux Islandais qui serviront de principes fondateurs pour la prochaine Constitution, ainsi qu'un ensemble de recommandations à la future assemblée. En réalité, ce « mini - public » n'est pas véritablement une assemblée délibérative, puisque les citoyens ne délibèrent pas mais sont simplement amenés à exprimer des aspirations générales, sous forme de carte heuristique, qui servira de base pour les travaux de l'*Assemblée Constituante*. Assurément, les propositions qui sont ressorties ont contribué à l'établissement d'un texte constitutionnel reflétant les aspirations populaires, du moins celles exprimées par un échantillon représentatif.

1.2.2. Un processus légitimité et approuvé par le peuple

Quand bien même le projet de Constitution n'a pas été *directement* écrit par les citoyens dans leur entièreté – ce qui, de toute évidence, paraît bien peu faisable –, le texte n'en demeure pas moins le fruit d'une participation des Islandais aux différentes étapes de son élaboration. L'intervention du peuple s'est produite avant tout dans le choix des représentants à l'*Assemblée Constituante*, puis par une consultation citoyenne constante effectuée par cette dernière, et enfin par un vote populaire final sur l'ensemble des dispositions adoptées.

La question du choix de la procédure de désignation des membres de la Constituante peut se poser en ce que, contrairement aux *Forums*, ce n'est pas un organe tiré au sort mais véritablement élu par l'ensemble des citoyens de l'île. En fait, ce choix est plutôt judicieux en ce qu'il permet de légitimer la future assemblée, apolitique, et laisse aux citoyens le pouvoir de choisir librement, selon des critères de compétence, ceux qui parmi eux vont être chargés de

⁸⁶ H. Fillmore – Patrick, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁷ « Association pour le futur de la démocratie ».

⁸⁸ Sur cette notion, V. A. Blouët, *Le pouvoir pré-constituant*, Thèse de doctorat en Droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2018, 477 p.

⁸⁹ Par l'effet du hasard, le plus jeune participant (18 ans) et le plus vieux (91 ans) se retrouvent à la même table.

produire le meilleur texte possible – sentiment de maîtrise et de liberté qui fait assurément défaut au mécanisme de désignation par le sort. C'est ainsi que le 27 novembre 2010, vingt-cinq citoyens sont élus sur une base de 522 candidats⁹⁰, ce qui est beaucoup pour une élection, mais finalement peu lorsque l'on a conscience de l'opportunité conférée à n'importe quel électeur de se présenter⁹¹. L'utilisation du vote transférable unique en tant que mode de scrutin⁹² participe au caractère véritablement démocratique de l'élection. Le profil des membres élus tend au maximum vers la parité et la représentativité de l'Islande dans sa diversité : sur les vingt-cinq composant l'*Assemblée*, dix sont des femmes et quinze sont des hommes. Sans surprise mais de manière décevante, seulement trois ne sont pas originaires de Reykjavik et sa banlieue⁹³. Concernant leurs professions, il est intéressant de constater que les personnalités dites *qualifiées* sont majoritaires : nous retrouvons par exemple cinq professeurs d'Université, trois chercheurs, ainsi que plusieurs avocats ou médecins, et seulement un ouvrier agricole et une étudiante⁹⁴.

Une fois l'*Assemblée Constituante*⁹⁵ en fonction, le choix est fait d'une ouverture du processus à l'ensemble des habitants de l'île, et même au-delà. Par ce mécanisme, le peuple – qui a souvent été présenté comme le co-auteur du texte – est en réalité associé à l'édiction de la future norme fondamentale par une consultation constante des membres de ladite assemblée. Ce faisant, les vingt-cinq citoyens élus ont gardé un lien direct avec le peuple⁹⁶, alors que rien ne leur imposait formellement de le faire. Concrètement, dès sa prise de fonction, le 6 avril 2011, la Constituante – dont la mission s'étendait sur quatre mois à peine⁹⁷, jusqu'au 29 juillet⁹⁸ – a décidé de proposer un tout nouveau texte constitutionnel, choisissant de faire table rase de la Constitution en vigueur, et d'y associer les citoyens. C'est ainsi que l'organe consultatif a

⁹⁰ A. Meuwese, « Popular Constitution- making : the case of Iceland », in D. Galigan ; M. Versteeg., *The social and political foundations of constitutions*, New York, Cambridge University Press, p. 479.

⁹¹ Il faut avoir à l'esprit qu'en 2010 l'Islande comptait près de 240 000 inscrits sur les listes électorales.

⁹² Système électoral panaché ultra proportionnel permettant aux électeurs, par un classement des candidats selon un ordre de préférence, de choisir personnellement leurs élus.

⁹³ T. Gylfason, « Constitution on Ice », *op. cit.*, p. 10.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁵ Entre temps, suite à l'invalidation de l'élection par la Cour Suprême, l'assemblée change de nom pour devenir *Conseil Constitutionnel*. Nous garderons ici l'appellation d'origine, à des fins de simplification.

⁹⁶ M. Bani, « Crowdsourcing democracy: the case of Icelandic social constitutionalism », *Politics and Policy in the Information Age*, Springer, 2012, p. 4.

⁹⁷ Cette durée de quatre mois a parfois été analysée comme trop courte. Mais c'est oublier le travail *préconstituant* opéré en amont ainsi que l'examen et l'amélioration du texte ensuite par la *Commission Constitutionnelle* du Parlement. Quatre mois, c'est d'ailleurs curieusement le temps qu'il a fallu à la *Convention de Philadelphie* de 1776 afin de rédiger ce qui deviendra la Constitution des Etats-Unis d'Amérique.

⁹⁸ H. Fillmore – Patrick, *op. cit.*, p. 12.

consulté. Par le biais numérique, naturellement, mais également par les voies plus traditionnelles, permettant notamment aux citoyens d'envoyer par courrier toutes sortes de suggestions. À ce stade il faut préciser un point important, en ce que la consultation n'était pas réservée aux seuls citoyens Islandais, mais à toute personne intéressée par le processus constituant, d'où qu'elle vienne. L'*Assemblée Constituante* a ainsi fait preuve d'une conception très extensive de la citoyenneté, et l'on a pu assister à des propositions faites par des habitants de pays véritablement éloignés de toute préoccupation commune avec le peuple islandais et ses institutions⁹⁹. À chaque début de semaine, l'organe constituant discutait des propositions reçues et débattait de leur pertinence. Tous les jeudi, une réunion plénière prenait place au sein des locaux de la Constituante, accessible au public, et la délibération était – dans la mesure du possible – ouverte à toute personne manifestant son intérêt dans la salle¹⁰⁰. Ainsi, c'est un véritable atout pour le projet que d'avoir constamment ouvert le débat à ceux qui l'avaient initié, et plus généralement à tout citoyen souhaitant contribuer à la production normative du nouveau pacte fondateur. Le texte final ne pouvait donc qu'en être plus légitimé.

La ratification populaire est souvent la seule et unique phase durant laquelle les électeurs ont à se prononcer lors de changements institutionnels. Acquiescer est une chose, participer en est une autre. Le consentement, d'autant plus quand il s'agit de la norme fondamentale, est une des conditions essentielles dans toute société démocratique¹⁰¹. L'expérience islandaise, dont la spécificité réside surtout en l'association constante des citoyens y compris pendant la phase d'écriture du texte, ne déroge pas à la règle puisqu'un référendum est venu clore l'ensemble du projet. Près d'un an après l'adoption du texte constitutionnel et sa transmission au Parlement – et un certain enlisement du projet – le gouvernement décide d'engager une procédure de consultation populaire. La précision sémantique est déterminante en ce que l'acte officiel constitue un « référendum consultatif », n'ayant donc pas juridiquement force obligatoire¹⁰². Le but est bien de consulter les citoyens sur l'ensemble du texte tel qu'adopté par la Constituante, notamment en leur proposant non pas *une* mais *six* questions. C'est dans ce

⁹⁹ B. Thorarensen, « The people's contribution to constitutional changes: Writing, advising or approving? – Lessons from Iceland », *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁰ J. Skalski, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰¹ C. Klein ; A. Sajó, « Constitution - Making: Process and Substance », in M. Rosenfeld ; A. Sajó, *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, p. 427.

¹⁰² A. Meuwese, *op. cit.*, p. 487.

contexte que se tient le référendum le 20 octobre 2012¹⁰³, qui reçoit un acquiescement plus que majoritaire des votants. La première question intitulée simplement « voulez-vous que les propositions du Conseil constitutionnel forment les bases de la nouvelle Constitution ? » s'est soldée par une approbation de 66,3 %. Cette consultation, idéalement, devait permettre une formidable légitimité de sortie au projet tout entier, et ainsi véritablement faire du peuple le maître concret de son pouvoir constituant, du début à la fin. Le référendum de 2012 a été présenté par de nombreux théoriciens comme le moment démocratique le plus important de l'histoire récente du pays¹⁰⁴. Étonnant pour un scrutin qui n'a même pas attiré la moitié des électeurs...¹⁰⁵ Quoi qu'il en soit, l'étude de l'expérience islandaise permet ainsi d'identifier différents rôles majeurs attribués aux citoyens : initier, préparer, influencer, et approuver. Cette implication du peuple n'aurait pu se faire sans l'aide de l'outil numérique.

1.3. Le numérique, vecteur de participation directe des citoyens

Les technologies numériques permettent de nouvelles modalités de participation citoyenne à la décision publique, réanimant alors d'anciens rêves de démocratie directe¹⁰⁶. Dès les années 1990, le politiste Ian Budge avait prédit l'avènement d'une démocratie plus directe rendue possible à grande échelle grâce à internet¹⁰⁷. Le numérique semble ainsi mettre à l'épreuve le droit constitutionnel¹⁰⁸, en tant que science de l'organisation du pouvoir politique et de la garantie des droits et libertés. En effet, l'irruption des nouvelles technologies permet l'avènement de nouveaux outils pour l'exercice des droits civils et politiques, ayant ainsi des conséquences normatives qui relèvent désormais pleinement de la science du droit constitutionnel¹⁰⁹. De ce point de vue, l'expérience islandaise innove en ce qu'elle ouvre la confection du texte constitutionnel aux citoyens, consacrant par-là de nouveaux concepts (1.3.1.), et utilise pleinement l'outil digital au service de cet idéal démocratique d'une Constitution écrite par le peuple lui-même (1.3.2.).

¹⁰³ Le site internet *thjodaratkvaedi.is* recense toutes les informations et les enjeux du référendum.

¹⁰⁴ T. Gylfason, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁵ Voir la question de la faible participation qui vient entacher le processus à la partie suivante.

¹⁰⁶ P. Türk, « La citoyenneté à l'ère numérique », *Revue du droit public*, 2018 n° 3, p. 623.

¹⁰⁷ V. I. Budge, *The new challenge of direct democracy*, Cambridge Polity Press, 1996. En effet, l'usage du numérique semble renverser les obstacles pratiques et temporels qui rendaient impossible la présence institutionnelle du peuple réel.

¹⁰⁸ V. D. Rousseau, « Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 57, 2017, pp. 9-12.

¹⁰⁹ J. Bonnet ; P. Türk, « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 16.

1.3.1. L'apparition du « crowdsourcing » constitutionnel

Avec l'expérience islandaise, un terme anglo-saxon a émergé, surtout dans les médias internationaux : celui de « *crowdsourcing* ». C'est ainsi que le texte constitutionnel de 2011 a été présenté à maintes reprises comme la première « Constitution *crowdsourcée* »¹¹⁰. Cette notion, issue du *marketing*, décrit une certaine logique collaborative, qui semble signifier qu'avec le développement des nouvelles technologies, la loi – et ici la plus fondamentale, la loi constitutionnelle – peut davantage provenir du peuple.

Le terme *crowdsourcing*, parfois traduit en français par « production participative », a été popularisé au début des années 2000 par le journaliste Jeff Howe¹¹¹, pour décrire un phénomène en plein essor notamment depuis l'apparition et le développement des nouvelles technologies. Ce néologisme managérial est l'assemblage de deux vocables anglais que sont *outsource* (l'externalisation) et *crowd* (la foule). Il désigne par conséquent l'externalisation d'une activité vers la foule, c'est-à-dire vers un nombre le plus grand possible d'acteurs a priori anonymes¹¹². Le *crowdsourcing* est avant tout une méthodologie, qui permet d'appeler à la créativité des destinataires de l'appel ouvert et favoriser ainsi la « sagesse des foules »¹¹³. Le *crowdsourcing* d'activités inventives¹¹⁴ est celui qui consiste à externaliser la production d'idées et de contenu directement par la foule, de manière totalement libre et désintéressée. C'est entre autre ce procédé qui est utilisé dans la confection de l'encyclopédie participative numérique *Wikipedia*¹¹⁵. Cette appellation en vogue se décline désormais dans plusieurs autres domaines, tels que le *crowdfunding* (financement participatif), le *crowdvoting* (consulter pour approbation ou rejet sur un sujet précis), ou encore la *crowdcreation* (appel à la création)¹¹⁶. En somme, le *crowdsourcing* est une « méthode inclusive permettant de valoriser la diversité des

¹¹⁰ V. notamment M. Bani, « Crowdsourcing democracy: the case of Icelandic social constitutionalism », *Politics and Policy in the Information Age*, Springer, 2012 ; J. Olafsson, « An experiment in Iceland : crowdsourcing a constitution ? », article inachevé, Université de Bilfrost, 2012 ; K. Oddsdottir, « Iceland: The Birth of the World's First Crowd-Sourced Constitution », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, n° 4, 2014, pp. 1207-1220.

¹¹¹ V. J. Howe, « The rise of crowdsourcing », *Wired Magazine*, n° 14.06, 2006.

¹¹² T. Burger-Helmchen ; J. Pénin, « Le crowdsourcing : Définition. Enjeux. Typologie. », *Management & Avenir*, 2011/1 n° 41, p. 254.

¹¹³ S. Renault, « Crowdsourcing : les enjeux de la sagesse des foules », *Research Gate*, 2017.

¹¹⁴ T. Burger-Helmchen ; J. Pénin, *op. cit.*, p. 255.

¹¹⁵ C'est en référence à cette fameuse encyclopédie collaborative en ligne que d'aucuns ont évoqué une « wiki-constitution » à propos du projet islandais. Rappelons ici que cette particule est issue de l'hawaïen *wikiwiki*, signifiant *rapide*...

¹¹⁶ S. Renault, « Crowdsourcing : la foule en question(s) », *Gérer & Comprendre*, n° 129, 2017, p. 46.

différents points de vue, l'expérience et l'expertise du plus grand nombre »¹¹⁷. Il y a lieu d'être prudent à défaut d'être sceptique quant à l'utilisation de ce terme qui semble tout droit sorti de la novlangue d'un autre univers, celui du monde de l'entreprise¹¹⁸. Toutefois, l'on constate que le *crowdsourcing* est apparu ces dernières années dans le domaine juridique, y compris le droit public français, notamment pour le droit administratif¹¹⁹.

Toujours est-il qu'avec l'expérience islandaise une nouvelle forme de *crowdsourcing* semble apparaître : le *crowdsourcing constitutionnel*. Conceptuellement, c'est étonnant lorsque l'on sait que le domaine constitutionnel est réputé être le produit de la volonté du souverain, le peuple. Le juriste ne verra dans cette acception ni plus ni moins qu'un procédé renouvelé – notamment grâce aux technologies digitales – de consultation populaire. Le consentement de la Nation, par un vote sur le texte constitutionnel, suffit généralement à légitimer celui-ci. À travers l'expérience islandaise, les citoyens ne sont plus seulement amenés à approuver et fonder le droit constitutionnel, ils le créent. Le *crowdsourcing* n'est alors que la nouvelle garantie d'une participation accrue des citoyens à la réalisation de l'intérêt général¹²⁰. Tout au plus ce nouveau concept permet-il peut-être d'imposer la forme la plus aboutie de la participation et de la consultation du public, fondée sur une logique de coopération. Derrière la notion de *crowdsourcing constitutionnel* se cache ainsi un « appel à propositions constitutionnelles » visant à associer n'importe quel citoyen qui le désire à formuler ses suggestions en matière d'institutions. En somme, le souvenir qu'une Constitution pour le Peuple peut être écrite par lui.

1.3.2. Le numérique au service de la démocratie islandaise : réelle influence ou alibi ?

Une des grandes particularités de cette expérimentation réside donc dans son utilisation des nouvelles technologies afin de rendre le procédé encore plus participatif. Il faut préciser d'emblée que le choix de l'internet n'était pas un pari risqué étant donné que l'Islande disposait

¹¹⁷ P. Türk, *op. cit.*, p. 627.

¹¹⁸ L. Vanier, « Vers le crowd-service public ? », *JCP EACT*, n°50, décembre 2019, p. 2354.

¹¹⁹ C'est ainsi que la revue *JCP La semaine juridique*, en ses éditions administratives et collectivités territoriales a consacré un numéro à cette thématique du crowdsourcing, sur les bases d'un colloque tenu au Havre le 17 octobre 2017. Voir en cela S. Renault ; E. Boutigny, « Crowdsourcing des communes françaises : contours, cas emblématiques et enjeux », *JCP EACT*, n°50, décembre 2019, p. 2355 ; L. Cluzel-Métayer, « Les leviers numériques du crowdsourcing des services publics », *op. cit.*, p. 2356 ; R. Reneau, « Les instruments juridiques du « crowdsourcing » des activités administratives emportées par la foule ! », *op. cit.*, p. 2357.

¹²⁰ R. Reneau, *op. cit.*, p. 2357.

déjà, en 2009, du taux d'accès à internet par habitant le plus élevé du monde : 95 %¹²¹. L'outil numérique a certes permis ce fameux *crowdsourcing* mais l'interrogation majeure demeure celle de l'impact réel ou incantatoire de ce procédé sur le texte final.

Le volet informatif, d'abord, s'est traduit par la publicité et la diffusion presque intégrale des travaux de l'*Assemblée Constituante*. Les technologies ont ainsi été utilisées massivement au moment crucial du processus, celui de la rédaction de la prochaine Constitution, et ce à plusieurs égards. Tout d'abord, dès son entrée en fonction, l'Assemblée a œuvré à la valorisation de son travail et de son activité en mettant à la disposition du public son propre site internet¹²². De façon notable, l'ambition a été encore plus grande en ce que rapidement le site, rédigé en islandais, intégra une version synthétisée traduite en anglais. Ainsi toute personne – comprenant l'anglais – désirant se renseigner sur les modalités et la teneur générale du processus islandais pouvait y trouver les informations nécessaires. C'est là un grand coup de publicité pour l'assemblée constituante. Pendant leurs presque quatre mois de travail, les membres de la Constituante ont posté tous les vendredi une version actualisée du texte constitutionnel, après modifications, avec en fin de compte un total de onze ébauches différentes¹²³. D'autre part, la transparence fut également l'apanage des membres eux-mêmes, qui décidèrent de publier leurs numéros de téléphones privés, en se rendant les plus accessibles possible et en tentant de répondre au maximum aux appels, ainsi qu'aux traditionnels courriels¹²⁴. Quotidiennement, des entrevues et des questions-réponses furent diffusées sur la chaîne *YouTube* de l'organe constituant totalisant le nombre de 11 500 vues pour cinquante vidéos¹²⁵. Enfin, toutes ses délibérations furent diffusées en direct sur son site internet, suivies hebdomadairement par 150 à 450 personnes¹²⁶. Toujours dans une logique affirmée de transparence, le processus constituant islandais a ainsi entendu rompre avec la traditionnelle opacité et le secret qui ont presque toujours caractérisé les activités de confection des constitutions¹²⁷. C'est par l'information des citoyens et la diffusion des débats que ceux-ci ont

¹²¹ M. Bani, *op. cit.*, p. 11.

¹²² *Stjornlagarad.is*.

¹²³ T. Gylfason ; A. Meuwese, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁵ M. Bani, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁶ T. Gylfason ; A. Meuwese, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁷ H. Landemore, « Inclusive constitution-making, the Icelandic experiment », *op. cit.*, p. 180.

pu, en théorie, se forger des opinions éclairées, leur permettant ensuite de prendre part pleinement à la confection du texte.

Le volet participatif, ensuite, s'est traduit par un pouvoir de proposition citoyenne plus qu'un pouvoir de décision. C'est un constat partagé : le projet de Constitution du 29 juillet 2011 n'est en réalité pas véritablement un texte « crowdsourcé »¹²⁸, mais simplement amendé par certains citoyens. Ces derniers n'avaient pas la possibilité de modifier les ébauches de Constitution, à la manière des pages de l'encyclopédie en ligne *Wikipédia*, mais seulement de commenter les articles rédigés et publiés par l'*Assemblée Constituante*, et de préciser ou proposer des amendements. Cette absence de rédaction réelle des citoyens – qui, il faut l'admettre, est compréhensible en ce que donner la possibilité à n'importe qui d'effacer et d'écrire le texte constitutionnel sur un document ouvert semble difficilement concevable – a parfois été citée parmi les points négatifs du processus¹²⁹. À vrai dire il faut admettre que, malgré une volonté affichée des vingt-cinq rédacteurs du texte d'ouvrir le débat à l'ensemble des citoyens en leur permettant de donner leur avis et leurs recommandations en matière constitutionnelle, ces derniers n'ont pas pu participer concrètement aux ateliers de rédaction des articles du futur texte. La participation sur internet se résumait à un usage des réseaux sociaux sans aucune garantie ou encadrement légal eu égard aux multiples propositions qui pouvaient y apparaître¹³⁰. Tout au plus les citoyens pouvaient-ils espérer interagir avec les membres de l'organe constituant et voir leurs suggestions reprises dans les futures versions du texte, influant en cela sur leur travail. Le pouvoir de décision revenait entièrement, in fine, aux membres de la constituante. C'est ainsi que 320 propositions formelles furent adressées, ce qui peut sembler assez peu eu égard à l'opportunité donnée aux quelques 325 000 Islandais de l'époque et des autres millions de citoyens étrangers intéressés par le projet. Car encore une fois, l'ouverture du processus de *crowdsourcing* à n'importe quel citoyen de n'importe quel Etat du monde a fait que certaines propositions ont été le fait d'étrangers, ou de mineurs¹³¹. Il faut également préciser que le numérique n'a pas été le moyen exclusif de la consultation citoyenne, puisque de nombreux courriers ont été reçus par la poste. Mais c'est assurément sur

¹²⁸ J. Ólafsson, « An experiment in Iceland : crowdsourcing a constitution ? », *op. cit.*, p. 12.

¹²⁹ H. Landemore, *op. cit.*, p. 180.

¹³⁰ L. Cordier, « Existe-t-il une exception démocratique islandaise ? », *La vie des idées*, 2016, p. 6.

¹³¹ E. Sales, *op. cit.*, p. 52.

les réseaux sociaux que les citoyens ont le plus usé de leurs attributions, en laissant un total de 3 600 commentaires sur les pages *Facebook* ou *Twitter* de l'organe constituant¹³².

L'usage des technologies digitales connectées reste indéniablement un des marqueurs du processus constituant islandais. Les réseaux sociaux s'apparentent désormais, et de plus en plus, comme les véhicules privilégiés d'une demande de liberté d'expression – notamment concernant le monde politique – et les vecteurs des contestations citoyennes ou de la « citoyenneté critique »¹³³. Ils ont maintes fois été présentés comme des « ascenseurs contestataires »¹³⁴, permettant aux citoyens de faire valoir leurs revendications, voire leurs propositions. Il est certain que l'usage du numérique a favorisé le débat public et l'interaction entre les citoyens, d'où qu'ils viennent¹³⁵. Néanmoins, il y a lieu d'être prudent sur un tel usage des *technologies de l'information et de la communication* et des réseaux sociaux qui ne peuvent remplacer la démocratie électorale, cette dernière devant rester la légitimité principale de l'action politique. Le vote – secret – des citoyens ne peut être concurrencé par les plateformes numériques. D'autant que, contrairement aux bureaux de votes, accessibles par tous, les réseaux sociaux amplifient la fracture générationnelle, lorsque l'on sait que 95 % des 16 / 24 ans Islandais utilisent *Facebook* par exemple, contre moins de 50 % des personnes âgées de 55 à 74 ans¹³⁶. En tout état de cause, il est possible d'utiliser raisonnablement de telles plateformes dans un objectif descendant (transparence des acteurs et des décisions publiques) et ascendant (faire remonter les doléances des citoyens). L'exemple islandais démontre qu'un bon usage des réseaux sociaux peut être possible, puisque les *remonstrances* à l'*Assemblée Constituante* se sont toujours faites dans un bon esprit et dans le respect, mais cette réussite tient peut-être avant tout de la culture politique du pays, peu enclin aux protestations violentes ou aux insultes, ce qui n'est pas le cas dans tous les Etats démocratiques.

À la lecture de ces lignes, une interrogation survient. Le *crowdsourcing* n'est-il qu'un moyen, pour les gouvernants, de légitimer une décision ou un acte en le parant des habits démocratiques ? Ou constitue-t-il simplement un réel atout pour les destinataires d'une norme

¹³² T. Gylfason ; A. Meuwese, *op. cit.*, p. 14.

¹³³ C. Richaud, « Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 57, octobre 2017, p. 1.

¹³⁴ C. Richaud, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁵ B. Valtysson, « Democracy in Disguise: The Use of Social Media in Reviewing the Icelandic Constitution », *36 Media, Culture, & Soc'y* 52, 2014, p. 54.

¹³⁶ B. Valtysson, *op. cit.*, p. 64.

de participer à son élaboration ? L'Islande nous montre qu'il s'agit des deux. Il est pour le moins difficile d'identifier quelles voix ont été entendues et ont servi de modèle au projet final¹³⁷. Une chose est sûre, c'est que les membres de la Constituante ont en tout cas été intéressés par les propositions citoyennes et ont répondu à presque tous les commentaires par des formules telles que « nous vous remercions pour votre commentaire et allons en débattre au sein du Conseil », ou encore « nous avons discuté de votre proposition et par conséquent avons jugé opportun de... »¹³⁸. En tout état de cause, si le texte final n'a pas été substantiellement écrit par les citoyens islandais, et que leur apport n'est peut-être pas à la hauteur des espérances, la consultation populaire, grâce au numérique, a grandement renforcé le sentiment commun que le projet de Constitution adopté par l'*Assemblée Constituante* et approuvé par référendum est un texte pour le peuple et écrit par lui¹³⁹.

2. UN PROCESSUS INACHEVÉ AUX LIMITES CERTAINES

L'on ne peut présenter et comprendre l'expérience constituante islandaise sans étudier son avortement (2.1), qui s'explique peut-être par les lacunes indéniables du processus (2.2.) ainsi que du texte qui en est résulté (2.3.).

2.1. Une volonté populaire neutralisée par les représentants

L'expérience islandaise a joliment été présentée comme un « essai d'écriture constitutionnelle citoyenne n'ayant pas été suivi de sa transformation par les représentants du peuple »¹⁴⁰. Il convient de s'interroger sur les causes – à défaut des raisons – d'un tel échec, à travers la généalogie de l'idée constituante en Islande. Nous remontons alors aux racines même du projet, qui est né dans un contexte de crise avec une grande partie de la classe politique hermétique à toute transformation institutionnelle et aidée, il faut bien le reconnaître, par la décision tonitruante de la Cour suprême annulant l'élection de l'*Assemblée Constituante* (2.1.1.). C'est enfin le Parlement qui est venu « tuer la nouvelle Constitution¹⁴¹ » (2.1.2.).

¹³⁷ S. Albrecht, « Whose Voice is heard in the virtual public sphere? A study of participation and representation in online deliberation », *Information, Communication, Society*, Balliol College and the Oxford Internet Institute, septembre 2003.

¹³⁸ B. Valtysson, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁹ T. Gylfason ; A. Meuwese, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁰ E. Sales, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴¹ Propos du Professeur T. Gylfason, membre du Conseil Constitutionnel, recueillis dans L. Lamant, « A l'approche des élections, la révolution islandaise mal en point », *Médiapart*, 24/04/2013, p.1.

2.1.1. Une délégitimation du processus avant même sa concrétisation

Proposer la généalogie du processus constituant et de son échec, c'est faire le constat d'une naissance difficile. Il faut reconnaître que les changements constitutionnels ne sont pas l'apanage des Islandais. Les hommes politiques de l'île sont, dans leur grande majorité, encore plus réticents à l'idée même de modification constitutionnelle en cela qu'ils y trouvent les moyens de leur action et la satisfaction de leurs privilèges. Les principaux responsables politiques islandais, majoritairement issus du *Parti de l'indépendance* (droite) jusqu'en 2009, exprimèrent leur réticence à toute révision constitutionnelle. Il faut dire que l'idée, venue initialement des citoyens, fut entre temps appréhendée par une partie de la classe politique. Le parti majoritaire ne supporte pas l'éventualité qui se dessine, à savoir l'élection d'une assemblée qui dessaisirait de fait l'*Althing* de l'une de ses prérogatives¹⁴². L'on comprend aisément sa réticence étant donné que la *révolution des casseroles*, à l'origine du projet, s'est faite en grande partie contre celui-ci, qui dès lors s'oppose naturellement à toute transformation d'un système dans lequel il est parfaitement installé. C'est donc sur des bases fragiles que l'*Assemblée Constituante* est élue par les citoyens islandais le 27 novembre 2010. Les désormais membres de l'opposition vont se saisir d'une voie de recours pour le moins étonnante, la Cour suprême. Dès lors, l'intervention de neuf juges va constituer le premier obstacle juridique au projet.

L'étude de l'insuccès du processus constituant islandais passe inévitablement par ce qui a constitué un *fiasco* au moment même où le projet de révision constitutionnelle a été mis en place. Trois individus ayant des liens avec le *Parti de l'Indépendance*¹⁴³ saisissent la plus haute juridiction de l'île en argumentant sur de possibles irrégularités. Cette intervention se fait sur le fondement de l'article 15 de l'*Acte portant création de l'Assemblée Constituante*, relatif aux contestations en validité de l'élection de ladite Assemblée, et qui permet à tout électeur doutant de l'éligibilité d'un candidat ou de la régularité des opérations de vote de déposer devant la juridiction suprême une requête en annulation. C'est ainsi que le 25 janvier 2011, la Cour suprême rend son verdict et déclare nul et non avenue le scrutin de novembre 2010¹⁴⁴. Cette décision, extrêmement controversée, notamment du fait de la partialité affichée de certains

¹⁴² M. Sallé, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴³ T. Gylfason, « The Anatomy of Constitution Making: From Denmark in 1849 to Iceland in 2017 », *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁴ A. Árnason, « A Review of the Icelandic Constitution – Popular Sovereignty or Political Confusion », *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, Juillet 2011, p. 350.

juges¹⁴⁵, rend caduque l'entière élection des membres de la future assemblée et vient porter un coup d'arrêt à un projet qui venait enfin d'être concrétisé. L'arrêt de la Cour suprême, d'une quarantaine de pages¹⁴⁶, est critiquable¹⁴⁷ tant dans sa logique que sur sa portée. Les suites à la décision de la Cour suprême du 25 janvier 2011 sont la dissolution pure et simple de l'*Assemblée Constituante*¹⁴⁸ et le sentiment d'un grand gâchis. Cette intervention de la haute juridiction islandaise se présente alors comme un facteur de blocage du processus constituant en incarnant la défense du principal parti de l'île qui se retrouve à ce moment dans l'opposition, et qui se servira de cette décision afin de délégitimer le projet final une fois sa majorité au Parlement recouvrée.

2.1.2. Le refus parlementaire de débattre du projet présenté comme un « crime constitutionnel »

C'est l'histoire de ce qui a été présenté – abusivement – comme un putsch¹⁴⁹. Le Parlement islandais, représentant le Peuple, ne votera jamais pour le texte constitutionnel rédigé et décidé par une partie non négligeable de ce dernier. Après le référendum – certes consultatif – du 20 octobre 2012, l'on était en droit d'espérer, *a minima*, un débat contradictoire entre les différents partis suivi d'un vote. *Que nenni*, l'*Althing* termine son mandat en mars 2013 sans même discuter ni voter le texte adopté par l'*Assemblée Constituante* et plébiscité par deux tiers des votants. La présidente du Parlement, dans une démarche incompréhensible et accusée de violer la procédure parlementaire¹⁵⁰, n'inscrira pas le projet de Constitution à l'ordre du jour avant la fin de la session le 27 mars. Les raisons – du moins, les tentatives d'en trouver – de cet oubli délibéré tiennent en plusieurs points. Tout d'abord, une opposition farouche au

¹⁴⁵ Certains juges ont ouvertement fait campagne contre tout changement constitutionnel. N'oublions pas non plus que huit des neuf membres de la *Cour Suprême* ont été nommés par le *Parti de L'Indépendance* lorsque celui-ci était au pouvoir. V. E. Sales, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁶ Décision de la Cour suprême islandaise (hæstiréttur) en date du 25 janvier 2011, traduction anglaise accessible sur le site de la *Société Constitutionnelle islandaise*, stjornarskrarfelagid.is.

¹⁴⁷ V. R. Axelsson, « Comments on the Decision of the Supreme Court to invalidate the election to the Constitutional Assembly », traduction anglaise accessible sur le site de la *Société Constitutionnelle islandaise*, stjornarskrarfelagid.is.

¹⁴⁸ La majorité parlementaire décide donc, le 24 mars 2011, de confier à un « Conseil Constitutionnel » (Stjórnlagaráð) la mission constituante, en nommant *de jure* les vingt-cinq membres élus de la furtive Assemblée Constituante. C'est ce nouvel organe, que nous continuerons d'appeler *Assemblée Constituante*, qui sera in fine chargé de rédiger le texte.

¹⁴⁹T. Gylfason, « Putsch : la Constitution islandaise rédigée par le peuple a été assassinée par le Parlement », *Vivre en Islande*, 31 mars 2013.

¹⁵⁰ T. Gylfason, « Chain of Legitimacy: Constitution Making in Iceland », conférence donnée à l'Institute of Religion, Culture and Public Life à l'Université de Columbia à New York en avril 2016, publiée le 6 juillet 2016, p. 11.

Parlement, avec un *Parti de l'indépendance* qui sombre dans l'obstruction coûte que coûte. Ensuite, l'organe constituant a été perçu par une assez grande partie des représentants comme un organe concurrent, dénué de toute légitimité au regard de l'invalidation de son élection par la Cour suprême. Enfin, l'on a pu constater une certaine lassitude des parlementaires¹⁵¹, et un texte qui semble alors tomber en désuétude après presque deux années d'hésitations au Parlement, sur le projet en lui-même ainsi que sur l'opportunité de convoquer un référendum. Ce refus a légitimement été dénoncé par les partisans du projet, et plus généralement les défenseurs de la démocratie, comme une dangereuse pratique violant les standards de la légitimité politique¹⁵². Selon eux, il était en effet inconcevable que le plus vieux Parlement au monde en vienne à passer outre la volonté populaire, et dès lors l'autorité morale des citoyens islandais¹⁵³.

Cet acte d'abstention, tantôt considéré comme un « assassinat parlementaire », « une trahison » de la part d'un « Parlement cleptocratique »¹⁵⁴, est légitimement de nature à interroger le rapport des Islandais avec leurs représentants, et la conception de la démocratie chez ces derniers. Si la démarche des parlementaires est critiquable sur un plan éthique, il est nécessaire de tempérer quelque peu ces considérations, car c'est oublier que sur le plan du droit, rien n'est plus concevable. Que ce soit l'*Acte portant création de l'assemblée Constituante* du 16 juin 2010 ou la *Résolution 19/139 sur la désignation du [Conseil] Constitutionnel* qui relança le projet après l'intervention de la Cour suprême, le rôle de l'assemblée chargée de proposer des modifications à la Constitution était bien consultatif. Celle-ci se voyait expressément confier la tâche de « proposer des amendements à la Constitution, qui seraient ensuite soumis au Parlement dans les formes d'une loi constitutionnelle »¹⁵⁵. Le rôle consultatif ne faisant point douter, un indicateur est de nature à sceller définitivement le problème juridique en ce que le texte constitutionnel adopté par l'organe constituant le 29 juillet 2011 prévoyait que le projet de Constitution n'entrerait en vigueur qu'après approbation parlementaire

¹⁵¹ B. Thorarensen, « Why the making of a crowd-sourced Constitution in Iceland failed », constituionalchange.com, 26/02/2014.

¹⁵² T. Gylfason, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵³ Ce qui, une fois de plus, est grandement à relativiser eu égard aux faibles taux de participation lors des scrutins électoraux et référendaires, comme nous l'évoquons ci-après.

¹⁵⁴ T. Gylfason, « Putsch [...] », *op. cit.*

¹⁵⁵ Cité par J. Olafsson, « The Constituent Assembly: a study in failure », in V. Ingimundarson, P. Urqualino, I. Erlingsdóttir, *Iceland's Financial Crisis. The politics of blame, protest and reconstruction*, Routledge 2016, p. 256.

conformément aux dispositions en vigueur concernant la révision constitutionnelle¹⁵⁶. En cela, le Parlement n'a fait qu'user de son pouvoir tel que rappelé par la Constituante lui-même. Certains ont vu dans le vote populaire du 20 octobre 2012 un référendum ayant force contraignante et induisant de ce fait une ratification parlementaire¹⁵⁷. En réalité, selon les termes même de la résolution adoptée par l'*Althing* le 24 mai 2012¹⁵⁸, appelant les citoyens aux urnes, il s'agissait d'une consultation populaire permettant simplement d'interroger les citoyens sur six questions relatives à la nouvelle Constitution. La conduite de cette procédure se fit sur les bases de l'*Acte sur le recours aux référendums* n° 91/2010, qui dispose que les résultats n'ont qu'une valeur consultative¹⁵⁹. La première question du référendum consultatif était d'ailleurs explicite : « voulez-vous que les propositions du Conseil Constitutionnel forment les bases de la nouvelle Constitution ? ». « Former les bases » signifie que les propositions seront éventuellement reprises en tant que trame sur laquelle le Parlement aurait la possibilité de se prononcer¹⁶⁰.

Ainsi, alors qu'on peut s'interroger sur le caractère antidémocratique du refus parlementaire de ratifier le texte constitutionnel approuvé par un nombre non négligeable de citoyens – pire, de ne même pas le discuter en séance publique –, il faut insister sur le fait qu'il s'agit d'un choix parfaitement respectueux du droit. Peut-être moins de ses destinataires.

2.2. Les lacunes et les faiblesses du processus constituant islandais

L'ambition n'est pas ici de proposer un inventaire de ce que n'a pas fonctionné en Islande ou de donner des bons points sur ce qui a été fait et aurait dû être fait. Néanmoins, s'interroger sur les raisons d'un échec amène nécessairement à pointer des failles dans le processus lui-même. Etudier les intérêts démocratiques de l'expérience islandaise n'empêche pas de porter un regard critique sur celle-ci, en ce qu'elle a comporté des limites certaines¹⁶¹. Il nous est permis dès lors d'en identifier trois. La mise à l'écart des représentants dès le lancement

¹⁵⁶ Article 114 du Projet de constitution pour l'Islande du 29 juillet 2011, traduit en français sur le site du Digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan, *mjp.univ-perp.fr*.

¹⁵⁷ B. Thorarensen, « The people's contribution to constitutional changes », *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁸ Résolution n° 37/140 du 24 mai 2012.

¹⁵⁹ Le site internet *thjodaratkvaedi.is* se propose de fournir, en anglais, les éléments clefs de compréhension du référendum du 20 octobre 2012.

¹⁶⁰ Les interprétations à cette formulation ont divergé. Voir en cela T. Gylfason, « The Anatomy [...] », *op. cit.*, p. 31.

¹⁶¹ Au sens où l'entend le Larousse, en tant que *borne, point au-delà desquels ne peuvent aller ou s'étendre une action, une influence, un état*. Il s'agit ici de s'interroger sur les *points de non-retour* du processus islandais.

du processus d'une part (2.2.1.), un rôle important voire prépondérant attribué aux «experts» d'autre part (2.2.2.), et enfin une implication finalement décevante de l'ensemble des citoyens (2.2.3.).

2.2.1. Une mise au ban du personnel politique

Comme cela a été justement écrit, « la réaction négative des parlementaires se mesure à la hauteur de leur mise à l'écart du processus constituant »¹⁶². En effet, la mise à l'écart des politiciens est à la fois une conséquence inévitable de la *révolution des casseroles* et une cause de l'échec du projet.

S'il est inexact d'affirmer une exclusion totale de la classe politique du projet (en effet, au même titre que tous les citoyens islandais, elle pouvait formuler des propositions), en revanche celle-ci a été tenue à l'écart du moment le plus important du processus, à savoir l'étape cruciale de la rédaction du texte de la future Constitution. Pis, l'*Acte portant création de l'Assemblée Constituante* dispose expressément que les membres du Gouvernement, du Parlement et des différents cabinets ministériels et présidentiel ne sont pas éligibles à l'élection de l'assemblée constituante. Cette mise à distance des représentants par rapport au processus constituant n'est pas étonnante. Elle est même finalement logique si l'on met le projet en perspective. En effet, quoi de plus naturel que de bannir le temps du travail constituant la classe politique qui a été tenue responsable de la crise et qui a été la cible de la *révolution des casseroles*. C'eût été pour le moins déroutant d'associer le *bouc émissaire* à la réalisation du projet. Mais en prenant leur rôle peut-être un peu trop sérieusement et littéralement, les membres de la Constituante, se considérant comme une entité indépendante et opaque à toute collaboration ou même participation de la classe politique, ont en réalité inscrit leur travail dans une voie aux issues incertaines. Prétendre transformer les institutions tout en se coupant de ceux qui les font vivre ne pouvait que déboucher sur une impasse.

Indubitablement, cette mise au ban des décideurs politiques n'a fait que renforcer le conflit de légitimité – qui pouvait exister déjà du fait de la création d'un organe chargé d'une compétence normalement dévolue au Parlement – entre l'*Assemblée Constituante* et l'*Althing*. Cette distanciation de la sphère politique était nécessairement vouée à l'échec, et ce d'autant

¹⁶² E. Sales, *op. cit.* p. 57.

plus qu'il revenait *in fine* au Parlement de se prononcer sur le texte constitutionnel¹⁶³. Se préoccuper des normes régissant l'exercice du pouvoir politique tout en se coupant de ceux qui sont des *praticiens* de la vie publique – qu'ils soient dans la majorité ou l'opposition – est assez lacunaire, et somme toute préjudiciable. Ce qui a constitué la grande force du processus islandais est donc en même temps ce qui a fragilisé sa réalisation.

2.2.2. La place prépondérante des experts dans ce type d'expérience

Il a été démontré que toutes les expériences de démocratie directe ou participative s'accompagnent nécessairement de fonctions d'expertise attribuées à certains individus¹⁶⁴. Tout laisse à penser que ces expériences impliquent le recours à des experts qui vont exercer une influence essentielle sur la décision¹⁶⁵. L'on constate dès lors un certain assujettissement aux fonctions administratives et d'expertise placées hors du champ politique permettant de conjurer toute forme de représentation¹⁶⁶. L'Islande n'y a pas échappé. Il nous semble même que, tant d'un point de vue interne qu'externe, l'intervention d'une certaine *épistocratie* a été constante. Il est permis d'identifier deux sortes d'experts : ceux qui ont pris part au processus, et ceux qui sont intervenus indirectement.

Au plan interne, le processus constituant islandais a été le théâtre d'expertise officielle par la mise en place, avant toute intervention populaire, d'un organe spécialement composé d'experts, qui interviendra tout au long de l'expérience. Le rôle de ceux qui ont été appelés des « facilitateurs » est également à prendre en compte.

-L'encadrement par le *Comité Constitutionnel*, d'abord.

Bien que n'ayant pas de pouvoir décisionnel à proprement parler, il s'avère en réalité un organe de poids qui a joué un rôle bien plus important qu'on ne pourrait le penser. Composé de sept membres désignés par le Parlement, il rassemble des « experts académiques », c'est-à-dire des universitaires¹⁶⁷. L'*Althing* leur a attribué trois missions essentielles : organiser le *Forum National* qui rassemblera la même année des citoyens islandais tirés au sort le temps d'une journée afin d'exposer leurs opinions sur la future Constitution ; préparer l'élection de

¹⁶³ B. Thorarensen, *op. cit.*, p. 118.

¹⁶⁴ Récemment, V. A. Garric ; R. Barroux, « Convention citoyenne pour le climat : le rôle des experts dans la formation de l'opinion », *Le Monde*, 19/06/2020.

¹⁶⁵ B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie*, LGDJ, 2017, p. 240.

¹⁶⁶ V. P. Isnard, *La démocratie contre les experts*, Le Seuil, 2015.

¹⁶⁷ T. Gylfason, « Constitution on Ice », *op. cit.*, p. 7.

l'*Assemblée Constituante* composée de vingt-cinq citoyens en dehors de la sphère politique afin de rédiger une proposition de Constitution ; préparer les travaux de ladite assemblée en proposant une analyse détaillée de l'actuelle norme fondamentale et en collectant de nombreuses documentations qui pourront être utiles aux rédacteurs du texte. Le 24 février 2011, le *Comité* rend public son rapport, de 700 pages, et le transmet au Parlement qui saluera le travail effectué et qui s'inspirera de bon nombre de propositions formulées¹⁶⁸. Par ce rapport extrêmement complet et documenté¹⁶⁹, les « experts » sont allés au-delà de ce qui était attendu d'eux, en formulant des séries d'observations et de prises de positions plutôt modérées d'ailleurs, en témoigne leur volonté affichée de réviser quelques articles de l'actuelle Constitution plutôt que de tout réécrire¹⁷⁰. *In fine*, il est difficile d'établir avec certitude leur pouvoir dans le choix des axes constitutionnels et de leur impact réel sur le texte final. Il est revanche légitime de s'interroger sur la place qui doit être attribuée à ces collègues d'experts au sein des processus de participation citoyenne à la prise de décision. Même si des fonctions d'expertise et d'information par « ceux qui savent » sont souvent nécessaires et parfois légitimes, il y a tout lieu d'être *vigilant* sur cette tendance à la bipolarisation des acteurs, entre d'une part les *citoyens* et d'autre part les *experts*, évinçant au passage tout intermédiaire politique. La figure de l'expert, qui semble ainsi s'affirmer au sein de ces nouvelles méthodologies démocratiques, doit pourtant être contenue au minimum étant donné l'aspect politique qui doit prévaloir sur les considérations techniques, ces dernières ne devant être qu'un support¹⁷¹. Les experts doivent ainsi être des serviteurs et non des maîtres du processus.

-Le rôle ambigu des « facilitateurs », ensuite.

Pour l'organisation des *Forums nationaux*, des *facilitateurs* ont été recrutés pour faciliter les travaux constituants préparatoires. Un terme a été spécialement créé en islandais, *L'odds*, afin de dénommer ces personnes habilitées à encadrer les débats au sein des différents groupes de citoyens tirés au sort¹⁷². L'existence de ces *techniciens* se conçoit en ce que les citoyens désignés aléatoirement ne sont pas, c'est peu de le dire, rompus à ce genre d'exercice,

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 8.

¹⁶⁹ Le rapport, divisé en deux volumes, est accessible sur le site du *Conseil Constitutionnel*. Malheureusement il n'a pas été traduit en langue anglaise.

¹⁷⁰ J. Olafsson, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷¹ J. Elster, « Forces and Mechanisms in the Constitution-Making process », *op. cit.*, p. 395.

¹⁷² H. Landemore, « Inclusive Constitution-Making », *op. cit.*, p. 183.

et il convient alors de *faciliter* leur mission. Leur rôle officiel était de guider les échanges entre les membres des forums, en vérifiant simplement que chaque citoyen disposerait d'un droit de parole et d'une répartition équitable des idées. En théorie donc, ces *facilitateurs* ne devaient pas prendre part personnellement aux échanges, ni donner leur point de vue concernant les différents sujets qui faisaient l'objet des travaux des citoyens tirés au sort¹⁷³. Mais fut-ce réellement le cas ? Si aucune étude ne semble avoir été menée à ce propos, il convient de s'interroger sur ces personnages clefs des discussions citoyennes, et sur leur impact sur les décisions finales. On sait que dans ce genre d'exercice, il est finalement assez aisé d'orienter les débats dans un sens ou dans un autre. Qui étaient-ils ? On sait simplement que – contrairement aux citoyens – les *facilitateurs* n'ont pas été tirés au sort, mais désignés et recrutés par les organisateurs des forums, puis formés pour ce faire¹⁷⁴.

Au plan externe, il y a lieu de mentionner l'intervention de la *Commission de Venise pour la démocratie et le droit*¹⁷⁵. Saisi par la présidente de la *Commission Constitutionnelle* du Parlement islandais le 16 novembre 2012, l'organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles rend son avis concernant le texte le 11 février 2013. S'il n'est pas aisé d'identifier les motivations exactes de l'*Althing* qui l'ont conduit à faire appel aux experts de ladite Commission de Venise, cette décision n'est en revanche pas incongrue : en effet l'Islande est membre du Conseil de l'Europe depuis le 7 mars 1950. Par ses recommandations, la Commission de Venise est un véritable « assistant constitutionnel »¹⁷⁶, visant à « renforcer la compréhension des systèmes juridiques des États participants, notamment en vue du rapprochement de ces systèmes, promouvoir l'État de droit et la démocratie et enfin examiner les problèmes posés par le fonctionnement et le développement des institutions démocratiques »¹⁷⁷. L'avis se présente en une analyse article par article des dispositions du projet, et comporte trente-cinq pages¹⁷⁸. Si les membres de la Commission se félicitent de certaines avancées, ils n'hésitent pourtant pas à faire part de leurs préoccupations concernant de très nombreuses dispositions, et adoptent *in fine* une posture critique. Il est pour le moins

¹⁷³ V. Árnason, « To Model a New Way of Democracy. The Case of National Forums in Iceland », *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁷⁵ E. Sales, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁶ S. Granata-Menghini, « La Commission de Venise du conseil de l'Europe : méthodes et perspectives de l'assistance constitutionnelle en Europe », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 55/56, 2017, p. 71.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 71.

¹⁷⁸ V. *Avis de la Commission de Venise 702/2012* du 11 mars 2013, CDL-AD 010.

difficile de savoir quel impact a eu la décision de la Commission sur le déroulé des événements et sur l'abandon final du texte au printemps 2013, et si celle-ci a influencé substantiellement les parlementaires avant qu'ils ne décident de se désintéresser du projet. L'intervention de la Commission a été présentée par beaucoup d'observateurs comme un des facteurs majeurs de blocage du projet, si ce n'est la « justification externe de l'abandon du texte »¹⁷⁹. Rien n'est moins sûr. Tout au plus l'avis en question a-t-il constitué un possible argumentaire de plus pour les opposants au texte. Il semble également très peu probable que les doutes émis par les experts du Conseil de l'Europe aient eu une quelconque résonance sur les citoyens islandais – premiers concernés –, lesquels ne savent certainement même pas ce qu'est la Commission de Venise. L'avis n'a d'ailleurs pas été réellement médiatisé en Islande.

2.2.3. Le paradoxe d'une consultation populaire : la faiblesse de la participation

L'étude des failles du processus constituant islandais nous amène en troisième lieu à formuler le triste constat d'une expérience qui émane certes du peuple – du moins une frange importante – et qui confère un rôle prééminent aux citoyens, mais qui ne voit pas ceux-ci se ruer afin de prendre pleinement part à l'exercice. Dès lors, un paradoxe survient. Une chose est de permettre à la population de participer aux réformes institutionnelles. C'en est une autre pour le Peuple que d'user effectivement d'un droit que l'on réclame par ailleurs. Ce fossé entre la participation théorique et la participation effective s'explique peut-être en ce que les Islandais n'étaient pas tous informés des enjeux et du déroulement du processus. À l'ouverture théorique de ce dernier aux citoyens se heurte aussi la délicate problématique de l'accessibilité sur un plan pratique.

Si les enquêtes et autres sondages ont constamment relevé un soutien populaire majoritaire du projet constituant¹⁸⁰, il convient de constater que les Islandais n'ont pas participé activement à l'édiction du nouveau pacte fondamental du pays. Il est toujours plus facile de répondre à un sondage d'opinion que de peser de sa voix dans un exercice d'intérêt général. On touche là aux limites de la démocratie participative, en ce qu'elle intéresse toujours plus des citoyens déterminés que la population dans son entièreté. Ainsi le projet a institué une participation qui n'a pas été suivie d'effet. En réalité, lorsque l'on étudie les chiffres, force est

¹⁷⁹ E. Sales, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸⁰ T. Gylfason, « Constitutions: Send in the Crowds », *op. cit.*, p. 12.

de constater que les citoyens islandais n'ont pas été très nombreux à s'impliquer réellement dans le projet, même si celui-ci suscitait l'intérêt. Lors des deux reprises où le peuple a été amené à exercer directement son droit de vote, la participation a été très décevante. L'exemple parfait est l'élection de l'*Assemblée Constituante* du 27 novembre 2010, qui n'a attiré que 35,95 % des personnes inscrites sur les listes électorales¹⁸¹. Même le référendum consultatif de 2012, qui s'est soldé par une approbation majoritaire du projet de Constitution¹⁸², n'a fait se déplacer que 48,7 % des électeurs de l'île, ce qui est un score finalement très faible, bien plus bas que les taux habituels en matière d'élection présidentielle ou parlementaire, qui tournent aux alentours de 88 %¹⁸³. Enfin, en ce qui concerne l'étape majeure de l'expérience islandaise, à savoir le *crowdsourcing*, seulement 323 suggestions formelles ainsi que 3 600 commentaires sur la page Facebook de la Constituante ont été formulés¹⁸⁴. Sur une population de plus de 320 000 habitants à l'époque, c'est en fait assez peu, d'autant que la couverture internet de l'île est très importante, comme il a été précédemment souligné, et que la consultation était ouverte à des propositions venant du monde entier.

Si elle n'est pas une cause exclusive de la faiblesse de la participation des citoyens dans leur ensemble, l'absence de grande couverture médiatique peut l'expliquer en partie, en ce qu'elle n'a pas permis de mettre sur le devant de la scène le débat constitutionnel. Les analyses convergent en effet pour affirmer que le traitement médiatique du processus constituant a été plus que faible, sinon inexistant¹⁸⁵. Les médias islandais, pourtant assez nombreux pour un pays de petite taille¹⁸⁶, n'ont que peu couvert l'évènement dans sa durée, si ce n'est pour donner la parole aux opposants au projet. C'est surtout au niveau du travail de la Constituante que l'absence de couverture médiatique a été flagrante. Si ses membres n'avaient pas d'eux-mêmes décidé de diffuser massivement, en toute transparence, leurs travaux sur la plupart des plateformes numérisées ainsi que sur un site internet officiel, on est en droit de se demander comment les citoyens islandais auraient pu être tenus informés. Il semble que l'expérience

¹⁸¹ G. H. Kolbeins, « The Icelandic media coverage of the constitutional assembly election », *Icelandic Review of Politics and Administration*, vol. 8, n° 2, 2012, p. 367.

¹⁸² Pour rappel, 66,3 % en faveur du texte adopté par le Conseil Constitutionnel, 82,9 % pour l'appropriation collective des ressources naturelles.

¹⁸³ H. Hudson, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁴ H. Landemore, *op. cit.*, p. 182.

¹⁸⁵ J. Olafsson, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸⁶ En effet, trois entreprises de presse se partagent le paysage audiovisuel et journalistique, avec deux journaux quotidiens, deux revues hebdomadaires ainsi que qu'un périodique. V. V. Jóhannsdóttir, « The Icelandic news media in times of crisis and change », *Icelandic Review of Politics and Administration*, vol. 14, n° 1, 2018, p. 191.

islandaise ait suscité plus de curiosité et de couverture médiatique dans la presse internationale que dans les médias traditionnels de l'île¹⁸⁷. C'est là un paradoxe somme toute important, en ce que la popularité du processus à l'étranger, et en particulier dans les pays anglo-saxons, apparaît en réalité hautement plus grande qu'au sein du pays concerné. Aussi nous sommes en droit de nous demander si le succès de l'expérimentation n'est pas plus une construction des médias internationaux que des Islandais eux-mêmes. C'est ce qu'affirmait également Michel Sallé lorsqu'il déclarait, à propos de cette fascination pour le processus islandais, que « les Français aussi se sont passionnés pour cette histoire de Constitution islandaise, mais les Islandais ne s'y sont intéressés que modérément »¹⁸⁸.

2.3. Un projet de Constitution suscitant plus d'interrogations que de certitudes

Le projet de Constitution du 29 juillet 2011 est l'aboutissement du travail de l'*Assemblée Constituante* pendant quatre mois, avec la contribution des citoyens islandais, et était censé annoncer l'achèvement du processus. Il convient d'en expliciter les aspects principaux (2.3.1.), avant de constater que le texte en lui-même, contenant 114 articles, ne diffère pas matériellement de la Constitution de 1944 en ce qu'il ne modifie pas la nature du régime et des institutions islandaises, et comporte plusieurs failles (2.3.2.). Alors qu'il se veut le plus parfait possible et qu'il contient tout de même certaines améliorations démocratiques et sociales, le projet de s'avère in fine une compilation de *bonnes intentions* plus qu'un réel corpus normatif fiable.

2.3.1. Les caractéristiques du projet de Constitution

L'étude du contenu du projet de Constitution de 2011¹⁸⁹ passe par la prise en compte d'une place prépondérante des droits fondamentaux, ainsi que d'une pensée écologiste, pour enfin reconnaître les apports démocratiques indéniables du texte et les emprunts constitutionnels qui le caractérisent.

¹⁸⁷ T. Gylfason, « From Collapse To Constitution », *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁸ Cité in L. Lamant, « À l'approche des élections, la révolution islandaise mal en point », Médiapart, 21/04/2013, p. 2.

¹⁸⁹ Disponible en langue anglaise sur le site du Conseil Constitutionnel, et traduit en français par le DigiThèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan.

- Un catalogue de droits fondamentaux

Un constat d'ordre formel s'impose rapidement : la place faite aux droits fondamentaux est prégnante. Pas moins de trente articles sont relatifs aux droits des Islandais et confèrent à ceux-ci toute une série de droits politiques, sociaux et économiques, et même de *troisième* voire *quatrième* générations (droits de solidarité et numérique). Le titre deux du texte, après un premier titre court sur les principes généraux, est consacré aux droits fondamentaux. D'emblée, cette disposition des droits en début de texte dénote par rapport à la Constitution de 1944 qui commence par instituer le Président de l'Islande. Ainsi, les institutions semblent être passées au second plan, du moins bien après la liste des droits des citoyens, apposée au frontispice de la nouvelle Constitution¹⁹⁰. L'ordre des titres au sein d'un texte constitutionnel a son importance et reflète bien souvent la conception des priorités des rédacteurs. Un détail significatif peut être relevé en ce que l'article 36 du projet de Constitution est relatif à la protection des animaux, et est suivi par l'article 37 consacré ni plus ni moins au Parlement. La protection animale précède donc le rôle de l'institution parlementaire. Sont ensuite successivement consacrés les principes d'égalité, de dignité humaine, d'inviolabilité de la vie et de la propriété privée, le droit à la vie, le droit des enfants, ainsi qu'un cortège de libertés : liberté d'association, d'opinion et d'expression, de religion, de réunion, de circulation, de libre entreprise... La liste est longue. Certaines dispositions de ce chapitre sont plus étonnantes, comme la prohibition du service militaire (de fait logique, l'Islande n'ayant pas d'armée), ou novatrices, par la proclamation d'un droit à internet. Parmi l'énumération des droits fondamentaux des citoyens islandais, les articles 15 et 16 retiennent notre attention en ce qu'ils consacrent une des revendications phares de la *révolution des casseroles*, la transparence, et son corollaire, la publicité et l'accès aux documents de l'administration. Le projet de Constitution dispose également, en son article 16, que la loi garantit l'indépendance des médias, de même qu'une transparence sur leurs propriétaires, et surtout que la loi protège les journalistes et les lanceurs d'alertes. Enfin, la transparence proclamée s'accompagne d'une obligation de déclaration d'intérêts – notamment financiers – pesant sur les parlementaires, consacrée à l'article 50, ainsi qu'un financement des campagnes électorales visant à permettre une transparence totale et limiter la publicité. L'on constate ici une consécration de quelques

¹⁹⁰ H. Landemore, « What is a good constitution? Assessing the constitutional proposal in the Icelandic experiment », in T. Ginsburg, A. Huq (dir.), *Assessing Constitutional Performance*, Cambridge University Press, 2016, p. 34.

propositions phares du *Parti Pirate*, qui prône la moralisation de la vie publique. Afin de garantir l'effectivité des droits proclamés, et de lutter activement contre la corruption, trois organes seraient instaurés par le projet : un *vérificateur national des comptes*, élu par le Parlement, examinant les finances de l'Etat et des entreprises d'Etat ; des *commissions d'enquête, de gouvernance et de contrôle*, chargées par l'*Althing* d'investiguer sur toute question d'intérêt public, et un *Ombudsman* qui, sur le modèle suédois, serait élu par le Parlement pour une durée de cinq ans, dans le but de protéger les droits des citoyens face aux potentiels abus de la part de l'Etat et ses administrations.

- Une Constitution écologiste

La préservation des ressources naturelles et de l'environnement est une des préoccupations qui ont le plus été affirmées et plébiscitées par les Islandais dès le début du projet. C'est d'ailleurs sur cet objectif que le consensus le plus large a été recueilli, comme en témoignent les 82,9 % de votants qui – lors du référendum du 20 octobre 2012 – ont répondu positivement à la question de savoir si les ressources naturelles non privées devaient être déclarées propriété de la nation. Le texte instaure une véritable profession de foi écologiste, en déclarant la propriété commune sur les ressources naturelles ainsi qu'un droit fondamental d'accès à un environnement salubre, à l'eau douce et à une nature intacte. Les ressources naturelles constituent la richesse majeure de l'île, et la prospérité économique du pays en est directement issue. Les océans qui entourent l'île et sa « zone économique exclusive » de 758 000 km² ne peuvent ni ne doivent être privatisés, et les quelques 373 espèces d'oiseaux qui vivent en Islande sont naturellement à protéger¹⁹¹. Par ces mesures restrictives de l'impact environnemental des activités industrielles, la Constituante a entendu répondre aux attentes populaires, faisant prévaloir ainsi nettement le souci écologique et l'intérêt général sur les pressions des investisseurs et des lobbys. L'histoire d'un homme d'affaires Chinois qui avait offert neuf millions de dollars afin d'acheter 310 km² de territoire de l'île pour y construire un complexe de vacances avait fortement scandalisé les Islandais peu avant le projet constituant¹⁹². Ainsi, par l'appropriation collective des ressources naturelles de l'Islande, le projet de Constitution entend bien empêcher de telles situations de se reproduire. Ce genre de disposition

¹⁹¹ V. Michel Sallé, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹² A. Meuwese, *op. cit.*, p. 492.

ressort très souvent des assemblées de citoyens, car suffisamment général et ne nécessitant pas d'expertise particulière, celui-ci est très facile à adopter par une petite assemblée¹⁹³.

- Les apports démocratiques du texte

De toute évidence, le projet porte en lui l'ambition d'une démocratie renouvelée, et d'une participation accrue des citoyens à la prise de décision politique, ce qui est logique étant donné le processus populaire à l'origine de sa mise en œuvre et de sa rédaction. Nous retrouvons *le mot*, d'abord, employé à six reprises dans le texte, et la *chose*, ensuite, consacrée dans le projet constitutionnel par l'instauration de mécanismes dits de démocratie directe et la réforme du système électoral. Le recours au référendum est facilité dans de nombreuses matières. En outre, il est permis au peuple de destituer le Chef de l'Etat, par référendum statuant après un nécessaire vote des trois quarts des parlementaires, et tout candidat à l'élection présidentielle doit recueillir au préalable 1 % du corps électoral. La liberté de choix des électeurs est grandement garantie par la mise en place du *Vote transférable unique*, permettant aux citoyens non seulement de choisir un candidat, mais aussi de classer les autres dans un ordre de préférence propre à chacun. Là où le projet innove davantage, c'est dans le droit d'initiative reconnu aux citoyens : ainsi, 10 % des électeurs ont le pouvoir de demander un référendum national à propos d'une loi votée par le Parlement. Nous retrouvons ici ni plus ni moins un référendum d'initiative citoyenne, avec un seuil assez élevé pour éviter les consultations incessantes mais suffisamment accessible pour toute proposition sérieuse faisant débat. Il est important de relever que cette disposition est assortie d'un délai d'un an entre l'initiative et le référendum final, ce qui permet assurément d'instaurer une période de réflexion et de débat public, tout en évitant les réactions passionnelles, ce qui est louable. À côté de ce droit référendaire, le projet permet au peuple d'influer sur l'action parlementaire, en prévoyant la possibilité de soumettre, pour 2 % des électeurs, toute question à l'*Althing*. De plus, 10 % de ces derniers peuvent également proposer un projet de loi au Parlement. Enfin, l'article 113 du texte introduit le Peuple dans le processus de révision de la Constitution, ce qui fait défaut dans le texte actuel. Tout projet de loi constitutionnelle est soumis au vote de l'ensemble de l'électorat pour approbation ou rejet, sauf si cinq sixièmes des députés adoptent la proposition. Ces éléments de participation directe des citoyens, absents de la Constitution de 1944, ont été

¹⁹³ J. Ólafsson, *op. cit.*, p. 8.

salués par la Commission de Venise, qui pointe une claire intention d'augmenter les opportunités populaires pour influencer sur la législation¹⁹⁴.

Le deuxième volet des avancées démocratiques portées par le projet concerne la refonte du système électoral et la consécration d'une égalité réelle dans l'attribution des sièges à l'*Althing*, selon le principe « un homme, une voix ». L'article 39 dispose en effet que « les suffrages ont égale valeur partout dans le pays ». Ce point, qui était une des revendications majeures de la *révolutions des casseroles*, est crucial en ce qu'il rectifie le déséquilibre induit jusqu'alors par la Constitution de 1944 qui conduisait à une surreprésentation parlementaire des zones rurales et favorisant des formations politiques jugées conservatrices¹⁹⁵. C'est ainsi qu'on a estimé qu'en 2009, une voix dans les circonscriptions du Nord – Ouest valait environ deux voix de la région capitale¹⁹⁶.

Ceci étant dit, en voulant faire de cette nouvelle Constitution un texte parfait, il pourrait s'avérer que les promesses faites par les rédacteurs ne soient pas exemptes de toute tempérance, voire critique.

2.3.2. Un texte critiqué et critiquable

Alors que la Commission de Venise avait mis en exergue de nombreuses insuffisances du projet de Constitution, ce dernier dénote en ce qu'il ne diffère pas substantiellement du texte originel mais des questions relatives à sa praticabilité peuvent être soulevées.

Si la Commission déclare ne pas se prononcer sur la substance du processus, et si certains aspects sont salués, il n'en demeure pas moins que des craintes et des interrogations sont soulevées. Elles ont trait au caractère trop vague de nombreuses dispositions, d'une part, ainsi qu'à l'instabilité institutionnelle que cette nouvelle Constitution engendrerait, d'autre part. La Commission dénonce en effet un « manque de clarté » et un caractère vague du texte, l'avis mentionnant à plusieurs reprises des dispositions libellées en termes « trop généraux »¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Article 128 de l'Avis de la Commission de Venise 702/2012 du 11 mars 2013, CDL-AD (2013) 010, p. 25

¹⁹⁵ J. Skalski, *op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ V. par ex. Avis de la Commission de Venise 702/2012 du 11 mars 2013, CDL-AD 010, p. 7, dont l'extrait suivant nous semble être le plus éloquent pour résumer les craintes formulées par la Commission : « La Commission de Venise trouve ensuite regrettable que la plupart des dispositions concernées soient libellées en termes très généraux, sans donner suffisamment de clarté sur les droits et obligations concrets qui peuvent en

Paradoxe pour un texte qui devait justement corriger les imprécisions et défauts de l'ancienne Constitution... La Commission pointe mainte fois l'imprécision des droits fondamentaux proclamés dans le préambule, qui ne s'accompagnent pas de garanties juridictionnelles explicites et dont le caractère obligatoire ne semble pas prévu¹⁹⁸. Si l'on en croit l'avis des experts du Conseil de l'Europe, ce manque de clarté du texte constitutionnel pourrait en fin de compte conduire, s'il était mis en place, à des conflits et à une déception de la part de la population, dont les attentes ne seraient pas satisfaites par ce qui n'est que *promesse*¹⁹⁹. D'autre part, la Commission alerte à plusieurs reprises sur des très probables risques d'instabilité politique²⁰⁰. L'avis mentionne à ce propos la Constitution française de 1946 pour ériger en exemple ce qui pourrait advenir de l'Islande avec un tel texte constitutionnel. En effet, la subordination du cabinet et des ministres à la fois à l'*Althing* et au Premier ministre pourrait faire naître des situations de blocage et une impossibilité à gouverner efficacement dans le temps. La responsabilité individuelle des ministres pouvant être mise en jeu par le Parlement, l'on pourrait craindre alors des démissions en série, et des changements de têtes à la moindre difficulté. En tout état de cause, le système parlementaire ne fonctionnerait bien que si une solide majorité était élue au Parlement. Une Constitution qui, sans changer en profondeur les institutions²⁰¹, instaure pléthore de dispositifs de contrôle et de surveillance accrue des élus et en particulier de l'Exécutif peut s'avérer intenable et source d'instabilités permanentes. La participation accrue des citoyens, ayant la possibilité de remettre en cause une loi votée par le Parlement, pourrait nuire à la sécurité juridique et lancer de longs contentieux entre les différents organes et leurs légitimités. L'Islande deviendrait alors ingouvernable.

En définitive, une Constitution ne peut pas tout prévoir. Si elle ne doit pas être une tente dressée pour le sommeil, elle ne doit pas non plus être un texte « fourre – tout » au gré des particularismes de chacun, laissant place à une norme suprême *à la carte*. Une Constitution n'est pas et ne doit pas être *Patchwork* de bonnes intentions. Or, en analysant le projet constitutionnel, le doute est permis. L'expérience islandaise confirme la formule selon laquelle,

découler et elle craint véritablement que la population les considère comme la promesse d'une amélioration des conditions de vie ».

¹⁹⁸ Avis de la Commission de Venise, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 22.

²⁰¹ En effet, Lorsque l'on compare les deux textes constitutionnels (1944/ 2011), force est de constater que, si les ambitions sont grandes, le projet de nouvelle Constitution ne change en rien la nature institutionnelle de l'Islande. Le système de gouvernement du pays n'est pas fondamentalement modifié.

en matière d'institutions, *le mieux est l'ennemi du bien*. La recherche effrénée d'une Constitution *la meilleure qui soit* est peut-être ce qui a conduit les rédacteurs du projet à adopter un texte compilant les volontés de chacun plus qu'un corpus cohérent et lisible. Nous ne saurons jamais si le texte adopté le 29 juillet 2011 aurait été un succès. Les affirmations à ce sujet ne seraient que spéculations²⁰². Néanmoins, il est permis de supposer que la mise en œuvre de cette nouvelle Constitution aurait suscité quelques difficultés. N'oublions pas cette mise en garde du doyen Vedel : « soutenir qu'un texte a toutes les vertus sauf d'être appliqué est un refuge assez abstrait »²⁰³. Quand bien même elle serait parfaitement rédigée, une bonne Constitution ne dispensera jamais des personnes qui l'appliquent. C'est peut-être après tout la lacune originelle de l'expérience constituante islandaise : croire qu'en changeant de Constitution, on changerait la vie des citoyens. Mais ce n'est pas nécessairement par la norme, fût-elle constitutionnelle, que l'on fait obstacle aux crises financières et politiques.

CONCLUSION

« La réforme des institutions vient trop tard, lorsque le cœur des peuples est brisé »²⁰⁴.

Avec comme ambition de porter un regard constitutionnaliste à la question islandaise et à tous les sujets bien plus vastes auxquels elle revoie, l'étude de ce phénomène complexe a entendu démontrer que, assez loin des présentations qui ont pu en être faites, cette expérience constituante n'a pas été celle d'une Constitution écrite par le peuple grâce au numérique. Les termes « wiki-constitution », « e-constitution », s'ils ne sont pas totalement inexacts mais inappropriés, ne permettent pas d'identifier ce qui n'est autre qu'une tentative de collaboration citoyenne à l'édiction d'une nouvelle Constitution, du moins l'association du peuple à la modification du texte constitutionnel. Il faut ainsi d'emblée briser le mythe d'une Constitution réalisée sur internet ou encore produite par une assemblée de citoyens tirés au sort. L'usage du tirage au sort dans cette expérience a été largement surestimée. La particularité et l'apport du phénomène islandais résident dans le fait d'avoir compris que ces deux aspects seraient le seul

²⁰² H. Landemore, « What is a good constitution? [...] », *op. cit.*, p. 39.

²⁰³ G. Vedel, « Vers le régime présidentiel ? », *Revue française de science politique*, 14e année, n°1, 1964, p. 24.

²⁰⁴ G. Bernanos, *La France contre les robots*, Paris, 1947, Robert Laffont.

moyen de faire rencontrer les citoyens, mais qu'ils ne pouvaient se passer du travail plus classique d'une véritable Assemblée Constituante, et d'une nécessaire approbation populaire par votation directe. Ainsi, l'expérience islandaise est intéressante pour le juriste, car elle bouleverse les codes traditionnels des processus constitutants, teintés d'une certaine opacité, et semble faire évoluer les concepts de citoyenneté, de représentation et de légitimité. Le pays a montré que l'écriture constitutionnelle au XXI^{ème} siècle peut être ouverte et ne constitue plus ce moment secret entre parlementaires ou petits comités. De la même manière, ce phénomène préfigure peut-être ce que sera la démocratie de demain, avec un schéma normatif nouveau, en tout cas pour les reformes importantes : des initiatives populaires, déclenchant l'instauration de Commissions de citoyens tirés au sort, délibérant après des consultations de différents experts, puis une ouverture du débat public et une possibilité reconnue à chaque citoyen de proposer des modifications, notamment par le biais numérique, et enfin une approbation finale du texte par référendum.

De quoi l'expérimentation islandaise est-elle donc le nom ? Assurément, du « souverain captif »²⁰⁵ qui se libère. Dès lors, peut-elle être un modèle ? En tout état de cause, bien que démontrant des imperfections et des failles, elle est le fruit d'une réflexion intelligente sur la façon dont les Constitutions démocratiques doivent être confectionnées au XXI^{ème} siècle, inspirant par-là certainement de futures vagues constituantes²⁰⁶ sur la manière de procéder. Dans cet exemple, ce n'est pas tant l'issue du processus – qui s'est soldé par un échec – que le processus lui-même qui importe et constitue une riche source d'enseignements. L'image du sablier utilisée par Jon Elster afin de caractériser le phénomène constituant idéal²⁰⁷ peut être transposée ici, puisqu'il y a eu des moments de consultation largement ouverts en amont et en aval de la rédaction, mais avec une partie centrale plus étroite, correspondant au moment exclusif de l'écriture réelle par un petit nombre. Cette expérience peut-elle être également exportable ? Si l'utilisation de procédés similaires peut évidemment être envisageable dans d'autres pays, le doute est permis quant à la réalisation d'une telle entreprise. Il ne faut pas oublier les particularités du modèle islandais, avec une population très homogène et éduquée,

²⁰⁵ Formule empruntée à A. Tardieu, *Le souverain captif. La révolution à refaire*, Paris, Flammarion, 1936.

²⁰⁶ J. Ólafsson, *op. cit.*, p. 265.

²⁰⁷ J. Elster, *op. cit.*, p. 33. À noter que J. Elster ne fait que reprendre une image dont la paternité reviendrait à P. Russel, in « Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People », *University of Toronto Press*, 1993, p. 191.

seulement 360 000 habitants, au sein d'une démocratie stable et riche, et disposant d'un accès aux ressources numériques extrêmement élevé²⁰⁸.

Porter un regard intéressé et attentif à ce genre d'expériences citoyennes n'empêche pas de mettre en lumière les potentiels dangers et les failles qu'elles contiennent. Dans cet esprit, plusieurs remarques peuvent être formulées. Avant toute chose, il faut ne pas oublier le coût que représentent ces dispositifs, qui confirme la formule selon laquelle *si la démocratie n'a pas de prix, elle a un coût*. En effet, le processus constituant islandais n'a pas échappé à la règle, et s'il est difficile de déterminer avec exactitude les coûts engendrés par l'ensemble de l'expérience, il est certain que les Islandais ont dépensé pléthore d'argent public pour un processus qui n'a finalement pas abouti. Rien que l'élection des membres à l'*Assemblée Constituante*²⁰⁹ a coûté 200 millions de couronnes²¹⁰. Enfin, plus de 550 000 euros ont été alloués pour la réunion des citoyens tirés au sort lors du *Forum* officiel de 2010²¹¹ car, évidemment, il faut dédommager les « nouveaux représentants » que constituent les citoyens tirés au sort pour une journée lors des *Forums Nationaux*²¹². À cet égard, l'accroissement des outils numériques n'est pas en soi vecteur d'économie budgétaire, bien au contraire la création et la maintenance de telles plateformes représentent souvent un coût supérieur à l'organisation de scrutins comportant des bulletins de vote.

Le principe des assemblées délibérantes de citoyens tirés au sort, qui peuvent sembler séduisantes d'un point de vue démocratique et de renouvellement des pratiques politiques, doit conduire également à la prudence. Il faut veiller à ce que ces dispositifs ne viennent pas instaurer ce que Rousseau appelait une « aristocratie dominée par les orateurs et les savants »²¹³. Il y a là d'ailleurs un léger paradoxe puisque l'on répond à une demande de démocratie directe par plus de représentation. Car finalement, le cas islandais le démontre, on en arrive bien souvent à une concurrence des représentations : d'un côté les représentants apolitiques, censés représenter les citoyens et leur diversité, et de l'autre les représentants politiques, représentant les idées des électeurs et censés exprimer la volonté de la nation. En cela, il semblerait que tous

²⁰⁸ H. Landemore, « When Public Participation Matters », *op. cit.*, p. 36.

²⁰⁹ R. Axelsson, *op. cit.*, p. 1.

²¹⁰ Ce qui correspond à environ 1 274 700 euros.

²¹¹ H. Landemore, « « Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment », *op. cit.*, p. 172.

²¹² À hauteur de 17 500 ISK, soit environ 110 € par personne tirée au sort ayant participé.

²¹³ Cité dans B. Manin, « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine. Introduction, généalogie et éléments critiques », *Politix*, volume 15, n°57/2002, p. 47.

ces mécanismes délibératifs de citoyens, censés répondre à la crise de la représentation, ne viennent en réalité renforcer cette dernière. D'autant que la conception *descriptive* de la représentation, ici à l'œuvre, peut constituer un danger en ce qu'elle correspond à une vision communautariste de l'action politique, faisant primer les *apparences* sur les *compétences*. Cela dévalue d'ailleurs le tirage au sort, lorsqu'il est utilisé, car il n'est plus véritablement aléatoire mais se fait sur une base prédéfinie de « critères de représentativité », opérée par des instituts de sondages²¹⁴. L'on peut également considérer qu'il y a là une atténuation de la démocratie dans le sens où, lorsqu'il s'agit d'élire des représentants, les citoyens ne sont plus libres de choisir qui ils veulent réellement, notamment par l'instauration de *quotas*.

Autre aspect qui interroge, le numérique n'est pas et ne doit pas être l'espace unique où s'exprime la démocratie. Il est un instrument au service d'une plus grande information des citoyens et de l'expression des opinions de ces derniers plus qu'un lieu d'exercice de la souveraineté. L'utilisation des plateformes digitales, et spécifiquement des réseaux sociaux, soulève plus de questions qu'elle n'apporte de réponses, et présente souvent un bilan mitigé²¹⁵ : des taux de participation décevants ; une concrétisation des initiatives exceptionnelle ; une monopolisation par un noyau d'utilisateurs des espaces d'expression ; une mainmise des *GAFAs* sur l'ensemble des procédés, une difficulté à attirer des publics dont l'exclusion politique et sociale peut se doubler d'une exclusion numérique ; ce que l'on pourrait appeler un *clicktivism* qui réduit l'investissement politique à une simple participation électronique, ponctuelle et virtuelle ; des potentielles difficultés techniques à assurer la clarté et la sincérité des consultations, et à éviter les manipulations notamment.

L'on est en droit de se demander si, finalement, les Islandais ne sont pas embarqués dans une volonté constituante qui a dépassé le constat initial d'un dysfonctionnement institutionnel. L'ambition de certains activistes a certainement été trop grande et démesurée par rapport à la majorité des habitants de l'île qui ne se souciaient que peu du symbole et qui auraient simplement souhaité que quelques pratiques gouvernementales cessent, éventuellement en modifiant certains articles de l'actuelle Constitution. Il semble que la fameuse *jouissance paisible de l'indépendance privée*²¹⁶ du citoyen moderne relève d'une

²¹⁴ C'est ainsi ce qui a été récemment repris par la France, puisque l'institut Harris Interactive a été chargé de procéder au tirage au sort des cent-cinquante citoyens de la Convention citoyenne pour le climat.

²¹⁵ P. Türk, *op. cit.*, p. 625.

²¹⁶ B. Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819.

actualité toujours prégnante. L'ennui avec ces expériences, c'est que l'on s'aperçoit que la participation ne concerne dans le meilleur des cas qu'une petite minorité de citoyens, de manière assez inégale socialement, et ceux qui s'engagent le plus résolument tendent en fait à devenir à leur tour des professionnels de la politique²¹⁷. L'exemple islandais confirme le triste constat selon lequel le Peuple est toujours plus enclin à contester le pouvoir qu'à l'exercer.

Étudier ce processus historique, c'est ainsi très vite ressentir une frustration. Puisqu'une révolution se caractérise avant tout par une modification des règles institutionnelles²¹⁸, alors il n'y a pas eu révolution. En tout état de cause, la "e-révolution" annoncée par tous les médias européens n'a pas été à la hauteur des espérances²¹⁹. L'on ne peut que s'étonner de l'inertie de la classe dirigeante après le vote presque unanime des Islandais en 2012. Alors non, parfois, pour paraphraser Sieyès, il ne suffit pas *que la nation veuille*²²⁰. Dès lors, que reste-il aux citoyens désireux de voir le projet de Constitution entrer en vigueur ? Mise à part une véritable révolution par la force, ce qui serait certainement un peu excessif, les partisans de la nouvelle Constitution sont finalement condamnés à réclamer. La réclamation²²¹, c'est d'ailleurs ce qui s'est produit dernièrement, avec la mise en ligne par la *Société Constitutionnelle islandaise* d'une pétition afin de réclamer que les parlementaires et l'Exécutif se saisissent véritablement de la question²²².

Une décennie après cette expérience inédite, l'Islande est toujours régie par la Constitution « danoise » de 1944. Le pays ne s'en porte d'ailleurs pas si mal, avec une économie plus florissante que jamais et une destination touristiquement de plus en plus attractive²²³. La confiance dans la classe politique semble avoir ainsi remonté, mais cela reste encore friable, car cette dernière n'a pas été épargnée par les scandales des *Panama papers*, et le pays a connu

²¹⁷ V. Y. Sintomer, « Du savoir d'usage au métier de citoyen ? », *Presses de SciencesPo*, 2008/3 n°31 pp. 115 - 133.

²¹⁸ R. Pelloux, « Remarques sur le mot et l'idée de Révolution », *Revue française de science politique*, 1952, pp. 42-55.

²¹⁹ C. Chabas, « Les Islandais se prononcent sur une nouvelle Constitution écrite par "des gens ordinaires" », *Le Monde*, 20/10/2012.

²²⁰ Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, pamphlet de 1789, Editions du Boucher, 2002, p. 55.

²²¹ V. J. Jeanneney, « La réclamation en droit constitutionnel », in D. Rousseau (dir.), *Réclamer en démocratie*, Mare & Martin, 2019, pp. 51-117.

²²² <https://listar.island.is/Stydjum/nyjustjornarskrana>.

²²³ M. Sallé, *op. cit.*, p. 172.

des défections gouvernementales en série²²⁴. En cela la réforme constitutionnelle est naturellement passée à la trappe.

Le « moment constitutionnel islandais » est-il ainsi un rendez-vous manqué²²⁵ ? Le *kairos* constituant islandais, post crise économique, est probablement passé. Un tel processus ne peut aboutir s'il s'étirole à ce point dans le temps. Pour autant, conclure à une telle vision pessimiste serait faire du tort à l'ensemble de l'initiative. L'expérience a démontré que le petit peuple islandais était capable de prendre en main la mesure de son destin. Près de dix ans plus tard, les sondages donnent toujours une bonne partie de la population en faveur du texte constitutionnel de 2011²²⁶. Sa rédaction aura au moins eu le mérite de préparer le terrain au cas où l'actuelle Constitution venait réellement à être transformée. Très certainement aussi cet évènement historique aura éveillé l'intérêt du Peuple islandais pour les questions institutionnelles, et favorisé l'idée d'une participation en tant qu'école de citoyenneté, produisant ainsi des répercussions pédagogiques.

Le Gouvernement en place a récemment réaffirmé sa volonté de remettre sur table la question d'un changement constitutionnel, et ce pourrait bien être un enjeu majeur des prochaines élections parlementaires en septembre prochain. À moins que la crise sanitaire ne vienne encore occulter cette thématique... L'avenir nous le dira. Il ne faut pas oublier que la vie politique islandaise est comme le temps qu'il fait sur l'île. Imprévisible.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ T. Ginsburg, « Iceland: End of the Constitutional Saga ? », *I-Connect Blog*, 05/04/2013.

²²⁶ J. Ciric, « Petition for New Constitution Closes With 43,423 Signatures », *Icelandic Review*, 20/10/2020.

**DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT ET COVID-19 : UN INSTRUMENT NÉCESSAIRE MAIS
INSUFFISANT À L'AUNE D'UNE CRISE ÉCONOMIQUE GLOBALE**

Clara Grudler*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION.....	94
1. LE DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT, UN INSTRUMENT D'ABSORPTION DES CHOCS ÉCONOMIQUES NÉCESSAIRE ET ACCESSOIRE.....	98
1.1. UNE RÉPONSE COORDONNÉE ET COHÉRENTE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE POUR RÉPONDRE À LA CRISE ÉCONOMIQUE.....	98
1.2. L'AFFIRMATION D'UN DROIT DES AIDES D'ÉTAT DE L'UNION EUROPÉENNE FLEXIBLE ET ADAPTABLE.....	101
2. LE DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT, UN OUTIL INSUFFISANT À LONG TERME.....	105
2.1. UN MORCELLEMENT DES COMPÉTENCES PRÉJUDICIABLE À L'APPRÉCIATION GLOBALE DE LA SITUATION ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE	106
2.2. VERS UN RETOUR EN FORCE DE L'INTERVENTIONNISME DE LA PUISSANCE PUBLIQUE ?	110
CONCLUSION.....	116

* Doctorante en droit européen, Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Abstract

The Covid-19 health crisis fastly induced an economic and a global one. Facing the damages caused to the economy of member states by lockdowns and other restrictive measures, the European Commission has softened the framework of European Union (EU) state aid law to allow the states to support their companies and citizens. The paradigm shift provoked by the global crisis has led the EU institutions to make their vision of state aid law evolve. Initially conceived as a prohibitive and regulatory law part of the EU competition policy, the EU state aid law became an instrument intended to absorb economic shocks in the EU. However, the goals of the EU new state aid law framework are affected by the limited scope of action of EU institutions in increasingly strategic fields, namely health, cultural, educational, social, industrial, and transport policies. Such a limitation has led the member states to play a leading role by supporting both their national economy, and the EU one. This paper aims to examine the evolutions and prospects of the EU state aid law, in the light of the Covid-19 global crisis. It will involve more precisely to demonstrate that the mobilization of this component of EU competition law is necessary, but insufficient to respond to the above-mentioned crisis.

Résumé

La crise sanitaire liée à la Covid-19 a rapidement induit une crise économique d'ampleur mondiale. Face aux dommages causés à l'économie des États membres par les confinements et autres mesures restrictives, la Commission européenne a assoupli le cadre de la réglementation de l'Union européenne (UE) sur les aides d'État, afin de permettre aux États membres de soutenir leurs entreprises et leurs citoyens. Le changement de paradigme provoqué par cette crise a conduit les institutions européennes à faire évoluer leur vision du droit des aides d'État. Initialement conçu comme un droit prohibitif et régulateur intégrant la politique de concurrence de l'UE, le droit européen des aides d'État est devenu un instrument destiné à absorber les chocs économiques subis par l'UE. Cependant, la réalisation des objectifs du nouveau cadre juridique de l'UE en matière d'aides d'État est affectée par la limitation du champ d'action des institutions de l'UE dans des domaines de plus en plus stratégiques, à savoir les politiques sanitaires, culturelles, éducatives, sociales, industrielles et de transport. Cette limitation a conduit les États membres à jouer un rôle de premier plan, en soutenant à la fois leur économie nationale et celle de l'UE. Cet article vise à examiner les évolutions et les perspectives du droit européen des aides d'État, à la lumière de la crise économique liée à la

Covid-19. Il s'agira plus précisément de démontrer que la mobilisation de cette composante du droit de la concurrence de l'UE est nécessaire, mais insuffisante afin de répondre à ladite crise.

INTRODUCTION

Alors que les États membres de l'Union européenne peinent à se remettre des ravages occasionnés par le premier confinement¹, plusieurs pays de l'Union ont entamé un reconfinement dès le mois d'octobre 2020. L'Irlande et le Pays de Galles ont été suivis de près par la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique². Pour d'autres États comme l'Italie, des mesures restrictives telles que l'instauration de couvre-feu et la fermeture de nombreux commerces non essentiels ont, pour l'instant, été privilégiées³.

L'économie mondiale a été gravement affectée par les mesures adoptées afin d'endiguer l'épidémie de Covid-19. Les perspectives de croissance ont été sensiblement revues à la baisse⁴. Certains secteurs, tels que l'hôtellerie-restauration, le tourisme et les transports, ont été particulièrement touchés⁵. Cette crise sans précédent a également mis en exergue les inégalités existantes entre les petites et moyennes entreprises — lesquelles sont nombreuses à avoir fait faillite à la suite d'une chute brutale de leur chiffre d'affaires combinée à une insuffisance de trésorerie -, et les grandes firmes multinationales — naturellement plus résilientes face à ce genre de difficultés. À cet égard, la crise de la Covid-19 a été le catalyseur du renforcement de situations monopolistiques⁶.

Face à cette crise, les pouvoirs publics ne sont pas restés inactifs, tant au niveau européen que national. Malgré une impréparation des opérateurs politiques et économiques, ainsi qu'une disparité notable dans la gestion de la pandémie parmi les États membres⁷, de multiples initiatives ont été adoptées afin de prévenir un effondrement durable des secteurs économique et financier. La dernière communication de la Commission européenne, en date du 28 octobre 2020 (relative à des mesures de réponse additionnelles à la Covid-19), démontre la

¹ Ce premier confinement a été imposé en mars 2020 pour une durée moyenne de deux mois : pour une synthèse, V. A. Faure et N. Galland Beaune, « Coronavirus ; chronologie de la pandémie en Europe », *Toute l'Europe*, 2 novembre 2020.

² *Ibid.* ; Rapport de T. Wieder, « En Allemagne, les autorités craignent que la situation ne devienne critique d'ici quelques semaines », *Le Monde*, 30 octobre 2020.

³ *Ibid.*

⁴ M.-F. Bonneau, « Panorama des mesures de soutien aux entreprises face à la crise du COVID-19 », *Revue des procédures collectives*, mars 2020, n° 2, alerte 4.

⁵ D. Bensoussan, « L'économie à l'épreuve du reconfinement », *Challenges*, 3 novembre 2020 ; G. de Calignon, « Covid : la grande peur des entreprises face au nouveau tour de vis sanitaire », *Les Échos*, 28 octobre 2020.

⁶ Business Daily, "The billionaires' pandemic", BBC World Service, 3rd November 2020.

⁷ P. Véronique, « Coronavirus : pourquoi tant de disparités dans la lutte au niveau européen », *L'Express*, 13 mars 2020.

réactivité des institutions. Cette réactivité est d'autant plus remarquable que celles-ci sont confrontées à une situation complexe sur les plans à la fois médical, commercial, sécuritaire, social, juridique, budgétaire, et économique⁸.

Limiter les effets de la crise économique implique de soutenir les différents secteurs et domaines d'activités affectés par celle-ci. La situation, exceptionnelle, a donné lieu à des assouplissements successifs du régime européen des aides d'État. Ces assouplissements ont été consacrés dès l'adoption des premières mesures de confinement au sein de l'Union européenne. Dans sa communication du 20 mars 2020, la Commission européenne expliquait que toutes les catégories d'entreprises pouvaient se heurter à une grave insuffisance de liquidités⁹. Or, cette insuffisance est susceptible d'entraîner une insolvabilité des entreprises et, à terme, la fin de leur activité. C'est ainsi que la Commission a estimé nécessaire « une aide publique bien ciblée [...] pour veiller à ce que des liquidités suffisantes restent disponibles sur les marchés, pour neutraliser les dommages infligés aux entreprises en bonne santé et pour préserver la continuité de l'activité économique pendant et après la flambée de COVID-19 »¹⁰.

Cette reconnaissance de la légitimité des aides d'État par les institutions européennes, traduit un positionnement extraordinaire de ces dernières. En effet, il découle de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹¹, norme de droit primaire de l'Union européenne, que les aides d'État sont strictement prohibées. Cet article prévoit néanmoins que plusieurs aides sont compatibles de plein droit avec le marché intérieur, tandis que d'autres peuvent être considérées comme étant compatibles avec celui-ci. Le législateur de l'Union européenne a ainsi distingué les aides compatibles avec le marché intérieur — telles que les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, ou les aides destinées

⁸ Communication from the Commission on additional COVID-19 response measures, COM(2020) 687 final, Brussels, 28th October 2020 : *“The Commission has worked ceaselessly to support national efforts since the onset of the pandemic. The measures it has introduced have, amongst others, helped keep essential goods and services flowing, supported national healthcare systems which found themselves under pressure, supported the economy, facilitated free movement of people and crossing of borders and boosted preparedness [...] In October, the European Council underlined the need for more cooperation: “to continue the overall coordination effort based on the best available science, notably regarding quarantine regulations, cross-border contact tracing, testing strategies, the joint assessment of testing methods, the mutual recognition of tests, and the temporary restriction on non-essential travel into the EU”. This mirrors a strong wish amongst citizens for a strong EU role”*).

⁹ Commission européenne, Communication de la Commission européenne : Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, n° C/2020/1863, JO C 911, 20 mars 2020, pp. 1-9.

¹⁰ *Ibid.*, 1.1.9.

¹¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 326, 26 octobre 2012, pp. 47-390.

à remédier aux dommages provoqués par des calamités naturelles —, et les aides seulement susceptibles d'être considérées comme compatibles avec le marché intérieur — telles que les aides destinées à favoriser le développement économique de certaines régions, les aides destinées à la facilitation du développement de certaines activités, ou les aides destinées à la promotion de la culture et à la conservation du patrimoine. Dans cette dernière catégorie, sont notamment intégrées « les aides destinées [...] à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre »¹².

La Commission européenne a pris appui sur cette dérogation légale afin d'assouplir peu à peu le droit européen des aides d'État. La communication de mars 2020 instaurant un encadrement temporaire des mesures d'aides d'État¹³, a été suivie par une seconde communication modificative d'avril 2020¹⁴, et par une nouvelle communication de mai 2020 portant de nouvelles modifications à cet encadrement temporaire¹⁵. La Commission a apporté une troisième modification à l'encadrement temporaire en juin 2020, afin de permettre un soutien supplémentaire aux micro et petites entreprises et aux jeunes pousses, et encourager les investissements privés¹⁶. Ces modifications ont été consacrées par une communication de la Commission publiée en juillet 2020¹⁷. Le 13 octobre 2020, la Commission a décidé de prolonger et d'étendre, pour six mois, l'ensemble des dispositions du régime temporaire des aides d'État¹⁸. Par un communiqué du 28 janvier 2021, la Commission a instauré un nouveau

¹² Article 107, 3., b) TFUE.

¹³ Commission européenne, Communication de la Commission : Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, *op. cit.*

¹⁴ Commission européenne, Communication de la Commission : Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, n° C/2020/2215, JO C 112I, 4 avril 2020, pp. 1-9.

¹⁵ Commission européenne, Communication de la Commission : Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, n° C/2020/3156, JO C 164, 13 mai 2020, pp. 3-15.

¹⁶ Commission européenne, « Aides d'État : la Commission étend l'encadrement temporaire pour permettre un soutien supplémentaire aux micro et petites entreprises et aux jeunes pousses et encourager les investissements privés », communiqué n° IP/20/1221, 29 juin 2020.

¹⁷ Commission européenne, Communication de la Commission européenne : Troisième modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, n° C/2020/4509, JO C 218/3, 2 juillet 2020, pp. 3-8.

¹⁸ Commission européenne, « Aides d'État : la Commission prolonge et étend l'encadrement temporaire pour continuer à soutenir les entreprises confrontées à des pertes de chiffre d'affaires importantes », communiqué n° IP/20/1872, 13 octobre 2020.

prolongement de l'encadrement temporaire, jusqu'au 31 décembre 2021¹⁹. La Commission a également élargi ce cadre en relevant les plafonds initialement fixés pour certaines mesures de soutien (les montants des plafonds ont notamment été doublés pour les aides octroyées aux entreprises de nombreux secteurs), et en permettant la conversion de certains instruments remboursables (tels que les prêts, les garanties, les avances remboursables) en subventions directes jusqu'au 31 décembre 2022²⁰.

Le droit des aides d'État s'est ainsi imposé comme un outil mobilisé par la Commission européenne, afin de permettre aux États membres d'apporter un soutien à leurs économies en crise. Cela est passé par une réponse coordonnée et cohérente, progressivement développée par la Commission européenne. Au vu des incertitudes pesant sur la situation économique globale, la Commission a introduit des éléments d'adaptabilité et de flexibilité au droit des aides d'État, sous la forme de l'encadrement temporaire précédemment décrit. Toutefois, la seule mobilisation du droit des aides d'État apparaît insuffisante afin d'endiguer la crise économique induite par la situation sanitaire. En effet, il s'agit d'une crise économique majeure affectant de multiples secteurs. La gestion de celle-ci par la modulation d'une composante du droit de la concurrence, en déconnexion des politiques sectorielles définies par les États membres, pourrait se révéler préjudiciable à une appréciation globale de la situation économique de l'Union. Le morcellement des compétences de l'Union européenne se traduit alors, en matière économique, par un interventionnisme de plus en plus important des États membres. Le retour de la puissance publique dans la sphère économique, manifeste d'une insuffisance de l'Union européenne quant à cette appréciation globale.

Nous nous interrogerons sur le point de savoir si les circonstances exceptionnelles liées à la crise sanitaire de la Covid-19, peuvent être à l'origine d'une révision du cadre légal du droit des aides d'État de l'Union européenne, et si, le cas échéant, des modulations particulières de ce droit seraient souhaitables.

¹⁹ Commission européenne, « Aides d'État : la Commission prolonge et élargit encore l'encadrement temporaire afin de soutenir l'économie dans le contexte de la pandémie de COVID-19 », communiqué n° IP/21/261, 18 janvier 2021 ; v. Europe en France, « Covid-19 : assouplissement des règles relatives aux aides d'État », 29 janvier 2021.

²⁰ Commission européenne, « Aides d'État : la Commission prolonge et élargit encore l'encadrement temporaire afin de soutenir l'économie dans le contexte de la pandémie de COVID-19 », *op. cit.*

L'appréciation des retombées économiques de la crise sanitaire, a conduit les institutions européennes à faire évoluer leur vision des aides d'État. C'est ainsi que ce droit, spécifique à l'ordre juridique européen et originellement conçu dans une optique de régulation des comportements des opérateurs économiques sur le marché, a été mobilisé en tant qu'instrument, à la fois nécessaire et accessoire, d'absorption des chocs économiques à l'échelle de l'Union (1).

Toutefois, si le recours au droit des aides d'État se révèle nécessaire et adéquat afin de soutenir l'économie en crise, les spécificités de la situation actuelle dévoilent une tendance contradictoire parmi les États membres : une volonté commune de dépasser les particularismes nationaux pour aboutir à une gestion coordonnée de la crise de la Covid-19, et un retour massif à un interventionnisme de la puissance publique. À long terme, une mutation du droit européen des aides d'État apparaît, à elle seule, insuffisante afin d'assurer une gestion efficace des crises que l'Union européenne sera amenée à vivre (2).

1. LE DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT, UN INSTRUMENT D'ABSORPTION DES CHOCS ÉCONOMIQUES NÉCESSAIRE ET ACCESSOIRE

Depuis le mois de mars 2020, différents textes et mesures destinés à assouplir le droit européen des aides d'État ont été adoptés par la Commission européenne. Celle-ci manifeste une volonté des institutions de l'Union européenne de répondre de manière coordonnée et cohérente à la crise économique induite par la situation sanitaire (1.1.).

Contrairement à la rigidité habituelle de cette branche européenne du droit de la concurrence, le nouveau régime d'encadrement temporaire des aides d'État se révèle remarquable de flexibilité et d'adaptabilité (1.2.). Cette évolution du droit de l'Union européenne augure d'une approche davantage téléologique du régime des aides d'État.

1.1. Une réponse coordonnée et cohérente de la Commission européenne pour répondre à la crise économique

Comme le prévoit l'article 107 du TFUE, par principe, « les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions », sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où celles-ci affectent les échanges entre les États membres et restreignent la concurrence. Le maintien d'une concurrence

non faussée au sein du marché intérieur constitue la raison d'être de cette prohibition des aides d'État, justifiant une vision élargie de la notion même de l'aide.

Rappelons que l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive en matière d'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur²¹. Cette compétence exclusive confère à l'Union le pouvoir de légiférer et d'adopter des actes juridiquement contraignants. Les États membres ne peuvent procéder à de telles actions que s'ils possèdent une habilitation, ou bien s'il s'agit de mettre en œuvre les actes de l'Union²².

Le droit de la concurrence en règle générale, et le droit des aides d'État en particulier, peuvent être qualifiés de véritables piliers du droit européen. Ceux-ci consistent en des dispositifs de régulation sophistiqués, permettant de contrôler la compatibilité des aides étatiques accordées aux entités publiques ou privées répondant à la qualification européenne d'entreprise. La crise économique, entraînée par les mesures adoptées pour endiguer la pandémie de Covid-19, a contraint les institutions européennes à revoir certains aspects du régime des aides d'État. Au vu de ce contexte, la Commission a considéré que des aides d'État exceptionnelles sont pleinement justifiées²³. Ces dernières peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur, sur le fondement de l'article 107, 3., b) du TFUE²⁴.

Ces considérations ont amené la Commission à adopter un cadre temporaire des mesures d'aides d'État, visant à soutenir l'économie²⁵. La communication de mars 2020 a prévu que les États membres peuvent activer, temporairement, plusieurs aides au soutien de leurs entreprises. Sont visées les aides sous forme de subventions directes, d'avances remboursables ou d'avantages fiscaux²⁶, de garanties sur les prêts²⁷, de taux d'intérêt bonifiés pour les prêts²⁸, de garanties et de prêts acheminés par des établissements de crédit ou d'autres établissements financiers²⁹, et l'assurance-crédit à l'exportation à court terme³⁰.

²¹ Article 3, 1., b) du TFUE.

²² Article 2, 1. du TFUE.

²³ S. Leclerc, « La Commission européenne adopte un encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de Covid-19 », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, mai 2020, n°9, alerte 116.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Commission européenne, Communication de la commission : Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, *op. cit.*

²⁶ *Ibid.*, pt 3.1.

²⁷ *Ibid.*, pt 3.2.

²⁸ *Ibid.*, pt 3.3.

²⁹ Commission européenne, Communication de la commission : Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, *op. cit.*, pt 3.4.

³⁰ *Ibid.*, pt 3.5.

La communication indique que ces aides d'État pourront être validées par la Commission, sous réserve que les autorités nationales parviennent à démontrer que les mesures d'aide notifiées sont nécessaires, appropriées et proportionnées afin de remédier à une perturbation grave de l'économie de l'État concerné³¹. Il ne s'agit donc aucunement d'une révision globale du régime européen des aides d'État, mais d'un élargissement et d'un assouplissement du champ des dérogations déjà expressément consacrées par l'article 107 du TFUE. L'Union européenne est demeurée en parfaite cohérence avec ses standards de protection. Ceux-ci visent la préservation d'une concurrence non faussée au sein du marché intérieur, mais sans méconnaître les intérêts d'égale valeur pouvant justifier l'adoption d'un cadre avec de plus larges dérogations.

Cette vision a été confirmée par les initiatives ultérieures de la Commission. Au fil des évolutions de la crise économique liée à la situation sanitaire, la portée de l'encadrement temporaire a été sensiblement élargie. Cet élargissement s'est vérifié tant quant au champ des dérogations au droit des aides d'État³², qu'au nombre des outils mis à la disposition des autorités nationales³³. De tels instruments, consistant en des mesures de recapitalisation et autres instruments de dette subordonnée, peuvent s'avérer d'une importance cruciale, afin d'éviter les prises de contrôle hostiles d'entreprises nationales et européennes stratégiques, par des investisseurs étrangers³⁴. En effet, cette problématique se présente avec une acuité particulière, dans un contexte de crise économique affectant l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Il a été craint que des puissances étrangères se livrent à des acquisitions d'actifs stratégiques d'entreprises européennes, affaiblissant davantage l'économie de l'Union.

De l'ensemble des mesures adoptées par la Commission européenne, se dégage une volonté de l'Union de produire un cadre clair et cohérent au profit, non seulement des opérateurs économiques, mais également de l'ensemble des acteurs sociétaux et des citoyens appelés à

³¹ *Ibid.*, pt 19.

³² Commission européenne, Communication de la Commission : Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État, 4 avril 2020, *op. cit.*

³³ Commission européenne, Communication de la Commission : Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État, 13 mai 2020, *op. cit.*, pts 11 et 12 ; v. C. Paulhac, « Soutien massif aux économies européennes : 1900 milliards d'aides d'État autorisés », *Contrats Concurrence Consommation*, juin 2020, n° 6, alerte 18 ; C. Deves, « Synthèse — Interventions économiques des collectivités territoriales », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, mise à jour du 29 septembre 2020.

³⁴ C. Paulhac, « Soutien massif aux économies européennes : 1900 milliards d'aides d'État autorisés », *Contrats Concurrence Consommation*, juin 2020, n° 6, alerte 18 ; C. Deves, « Synthèse — Interventions économiques des collectivités territoriales », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, mise à jour du 29 septembre 2020.

jouer un rôle dans l'endiguement de la pandémie de Covid-19. En témoigne la communication de la Commission du 13 mars 2020, rendue une semaine avant la publication de la communication instaurant le régime d'encadrement temporaire des aides d'État³⁵.

La Commission expliquait que les conséquences financières et macroéconomiques de la Covid-19 imposaient une réaction « audacieuse et coordonnée »³⁶, au regard de l'ampleur des objectifs à atteindre. Ceux-ci consistent non seulement à atténuer l'incidence de la crise sur l'économie en utilisant tous les outils européens disponibles et un cadre européen souple pour l'action des États membres, mais également à protéger les travailleurs contre les pertes de revenus, et à assurer les dépenses et investissements pour les fournitures nécessaires afin de traiter et contenir la pandémie³⁷. Pour réaliser ces objectifs, les mesures adoptées par l'Union européenne en matière d'aides d'État doivent non seulement être cohérentes et s'ancrer dans une stratégie coordonnée, mais également faire preuve de flexibilité.

1.2. L'affirmation d'un droit des aides d'État de l'Union européenne flexible et adaptable

Si la gestion de la crise sanitaire a révélé d'importantes disparités au sein de l'Union européenne, il semblerait que la réactivité de la Commission européenne n'ait pas pâti de la confusion ayant régné, durant quelques semaines, entre les États membres. Le Professeur Laurence Idot note que la réponse des institutions européennes a été très rapide³⁸ : la Commission européenne a mis en place, en quelques jours, un dispositif d'aménagement du contrôle des aides d'État pour répondre à l'urgence économique posée par la crise sanitaire.

Précisons qu'un précédent a contribué à guider les institutions européennes dans l'adoption de régimes et cadres temporaires. En effet, la crise financière de 2007-2008 a déjà conduit les institutions européennes à mettre en place ce type d'encadrements³⁹. Dès le mois

³⁵ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe, Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, n° COM(2020) 112 final, Bruxelles, 13 mars 2020.

³⁶ *Ibid.*, pt 2.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ L. Idot, « COVID-19 et droit de la concurrence. Quelles adaptations ? », *Europe*, avril 2020, n° 4, étude 3.

³⁹ L. Idot, « Covid-19 et contrôle des aides d'État : les premières réponses », *Europe*, avril 2020, n° 4, alerte 24 ; M. Karpenschif, « Le régime français d'aides aux entreprises frappées par le Covid-19 : bien, mais doit mieux faire », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 6 avril 2020, n° 14, act. 200.

d'octobre 2008, la Commission européenne avait prôné une action coordonnée à l'échelle communautaire, destinée à stabiliser le système bancaire européen⁴⁰.

La Commission avait pris acte du ralentissement subi par l'économie et affectant à la fois les entreprises, les emplois et les ménages. Du fait des circonstances exceptionnelles induites par la crise financière, la Commission avait également décidé, pour soutenir le marché de l'emploi, d'« utiliser tous les moyens d'action offerts par le régime d'aides d'État pour permettre un soutien ponctuel, ciblé et temporaire en cas de nécessité »⁴¹.

Une logique similaire a présidé à l'adoption de l'encadrement temporaire des aides d'État dans le contexte de la crise de la Covid-19. Une perspective résolument finaliste du droit des aides d'État s'est concrétisée dès la communication de la Commission aux institutions européennes. Ce texte divisait la réponse de l'Union européenne à la flambée de Covid-19 en quatre axes, à savoir : assurer la solidarité au sein du marché unique, mobiliser le budget européen et la Banque européenne d'investissement, utiliser la flexibilité du cadre fiscal européen, et élaborer des mesures relevant du droit des aides d'État afin de réagir efficacement à la crise⁴². Une logique claire transparait de cet agencement, dans la mesure où des interactions sont inévitables entre la préservation d'une solidarité propre au marché commun, une mobilisation des ressources communes, et l'usage mesuré d'instruments et dispositifs juridiques adaptés. L'ensemble de ces axes révèle une stratégie de la Commission européenne, résolument dirigée vers un soutien apporté à l'économie des États membres. Par le recours à des mesures intégrant les axes développés, la Commission européenne se livre à une combinaison des politiques budgétaire, fiscale, de marché intérieur et de concurrence de l'Union européenne, avec pour objectif de limiter l'impact économique lié à la crise sanitaire.

Ce cadre temporaire s'est avéré adapté aux attentes des entreprises et des pouvoirs publics. Dans les jours ayant suivi la présentation de ce nouveau régime par la Commission, celle-ci a validé un nombre croissant d'aides d'État, jugées compatibles avec le marché intérieur. À titre d'exemple, dès le 21 mars 2020, la Commission a rendu sa première décision

⁴⁰ Commission européenne, Communication de la Commission : De la crise financière à la reprise : un cadre d'action européen, n° COM/2008/0706final, 29 octobre 2008.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² L. Idot, « Covid-19 et contrôle des aides d'État : les premières réponses », *op. cit.*

sur la base de ce nouveau régime⁴³. Trois régimes français, visant à soutenir l'économie durant la flambée de Covid-19, ont ainsi été validés⁴⁴.

Deux de ces régimes permettaient à la banque Bpifrance de fournir à certaines entreprises des garanties d'État sur les prêts commerciaux et des lignes de crédit. Le troisième régime constituait une aide directe aux entreprises, sous la forme de garanties d'État aux banques sur les portefeuilles de nouveaux prêts pour tous types d'entreprises. Lors de l'approbation de ces aides, Madame Margrethe Vestager (vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence) a exprimé la volonté de la Commission de travailler avec les États membres, afin de permettre à ces derniers d'adopter des « mesures rapides, efficaces et ciblées pour soutenir l'économie européenne en ces temps difficiles, tout en préservant le marché unique »⁴⁵.

La Commission a poursuivi sur sa lancée en validant, le 30 mars 2020, un autre régime français, dit de « Fonds de solidarité »⁴⁶. Ce fonds, doté d'un budget d'un milliard et deux millions d'euros, était constitué en faveur des petites entreprises rencontrant des difficultés financières temporaires en raison de la crise sanitaire⁴⁷.

Au 15 avril 2020, vingt-quatre États membres, à l'exclusion de la Finlande, de Chypre, de la Slovénie et de la Slovaquie, ont ainsi notifié des régimes d'aides ayant été approuvés par la Commission⁴⁸. Des notifications ont continué à affluer pour remédier aux difficultés économiques dont pâtissaient certains secteurs⁴⁹. Ces aides prennent les diverses formes prévues par le régime de l'encadrement temporaire, dont notamment des garanties de prêts, des plans de recapitalisation, et des subventions.

⁴³ Commission européenne, « Aides d'État : la Commission autorise les régimes français visant à soutenir l'économie durant la flambée de coronavirus », communiqué n° IP/20/503, 21 mars 2020.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Commission européenne, « Aides d'État : la Commission autorise un régime français de « Fonds de solidarité » doté d'un budget de 1,2 milliard d'euros en faveur des petites entreprises qui rencontrent des difficultés financières temporaires en raison de la flambée de coronavirus », communiqué n° IP/20/556, 30 mars 2020.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ L. Idot, « COVID-19 », *Europe*, mai 2020, n° 5, comm. 162.

⁴⁹ Avec une prédominance notable de l'industrie du transport, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1431, 31 juillet 2020 ; Commission européenne, communiqué n° IP/20/1463, 7 août 2020 ; Commission européenne, communiqué n° IP/20/1472, 11 août 2020 ; du secteur culturel et touristique, v. Commission européenne, actualité quotidienne n° MEX/20/1724, 22 septembre 2020 ; Commission européenne, actualité quotidienne n° MEX/20/1956, 20 octobre 2020 ; du secteur agricole, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/732, 24 avril 2020 ; Commission européenne, actualité quotidienne n° MEX/20/1520, 25 août 2020 ; Commission européenne, actualité quotidienne n° MEX/20/1533, 28 août 2020.

Les décisions de la Commission ont la particularité d'avoir été rendues dans des délais très brefs, parfois en moins de quarante-huit heures après la notification de l'aide par l'État membre concerné⁵⁰. Cette diligence portée au traitement des demandes des États membres vise à assurer une coordination des mesures d'aides nationales, et à maintenir une certaine cohésion à l'échelle de l'Union européenne.

La Commission européenne aurait pu se contenter de recourir au mécanisme dérogatoire de l'article 107, 2., b) du TFUE, prévoyant une compatibilité de plein droit avec le marché intérieur pour les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires. Toutefois, ce dispositif aurait rapidement montré ses limites face aux particularités inhérentes à la crise de la Covid-19. Ces particularités résultent du fait que les mesures adoptées afin d'endiguer la pandémie, ont provoqué une crise économique globale. C'est pourquoi la Commission européenne a fait le choix de fonder son encadrement temporaire sur la base de l'article 107, 3., b) du TFUE, prévoyant que peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur, les aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre. Un tel mécanisme permet d'appréhender les effets de la crise sanitaire, à l'aune d'une rémission de l'économie des États membres. Comme le remarque pertinemment le Professeur Laurence Idot, le cadre temporaire adopté au titre de cette dérogation textuelle est un instrument adapté puisque, même si la dérogation dépend de l'appréciation de la Commission, ce cadre permet de prononcer la compatibilité « des mesures tournées vers l'avenir et non le passé »⁵¹. Il s'agit effectivement d'un mécanisme ayant vocation à faciliter le recours, par les États membres, à des mesures d'aides permettant de soutenir des économies sensiblement fragilisées. De telles mesures sont donc adoptées dans l'optique d'une rémission économique des États membres.

Le régime temporaire visait initialement cinq catégories d'aides spécifiques. Celui-ci a été progressivement élargi à des mesures plus précises d'aide à la recherche et au développement et à l'investissement en faveur de la fabrication de produits médicaux, puis de recapitalisation à l'entrée et à la sortie de l'État. Cet élargissement a permis d'encadrer les soutiens publics, en accompagnant les procédures initiées par les États membres.

⁵⁰ Par exemple, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/503, *op. cit.*

⁵¹ L. Idot, « COVID-19 », *op. cit.*

La flexibilité et les capacités d'adaptation des institutions européennes⁵², n'excluent pas une fermeté de la Commission quant à l'importance du contrôle des aides d'État dans un contexte de crise. Dans sa première communication, la Commission appuyait sur la nécessaire « application ciblée et proportionnée du contrôle des aides d'État »⁵³. L'application plébiscitée est destinée à garantir non seulement une non-fragmentation du marché intérieur et la préservation des conditions de concurrence équitables, mais également une efficacité de l'aide publique *per se*. Cette vision implique d'analyser le droit des aides d'État non comme un obstacle à neutraliser, mais comme un outil à exploiter. À cet égard, le Professeur David Bosco relève le « rôle structurant » de la communication de la Commission européenne dans un contexte de crise⁵⁴.

Néanmoins, la seule mobilisation du droit des aides d'État ne saurait permettre de soutenir les économies nationales. Le droit des aides d'État n'a, par ailleurs, pas directement cette vocation, s'agissant en premier lieu d'un instrument de régulation de la concurrence. Ce seul outil se révélerait insuffisant pour apporter un soutien durable à l'économie des États membres. C'est pourquoi la Commission s'efforce d'ancrer ce régime temporaire dans une stratégie globale de gestion de la pandémie de Covid-19, malgré les limites imposées par le droit institutionnel et matériel européen.

2. LE DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT, UN OUTIL INSUFFISANT À LONG TERME

Le droit européen des aides d'État s'est révélé être un levier indispensable et flexible, au service du soutien de l'économie des États membres dans un contexte de crise sanitaire. Cependant, un tel soutien ne saurait résider uniquement dans un élargissement des dérogations au principe d'interdiction des aides d'État. Au regard des circonstances actuelles, le prisme de la politique de concurrence européenne doit être éclairé par des considérations, entre autres, sanitaires, sociales, culturelles, éducatives.

L'intervention des institutions européennes en matière d'aides d'État, pâtit d'un morcellement des compétences de l'Union européenne. Un tel morcellement est préjudiciable à l'appréciation globale de la situation économique européenne (2.1.). Cette défaillance

⁵² C. Paulhac, « Soutien massif aux économies européennes : 1900 milliards d'aides d'État autorisés », *op. cit.*

⁵³ Commission européenne, Communication de la Commission : Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État, 20 mars 2020, *op. cit.*

⁵⁴ D. Bosco, « Une communication exceptionnelle pour apprécier les aides de crise des États touchés par l'épidémie », *Contrats Concurrence Consommation*, mai 2020, n° 5, comm. 86.

explique un retour en force de plus en plus marqué de l'interventionnisme de la puissance publique (2.2.), les autorités nationales étant perçues comme les acteurs privilégiés habilités à soutenir leur propre économie.

2.1. Un morcellement des compétences préjudiciable à l'appréciation globale de la situation économique européenne

L'Union européenne dispose d'une compétence exclusive dans des domaines clefs tels que la politique de concurrence, la politique monétaire, l'union douanière et la politique commerciale commune. La mainmise européenne se relâche sur d'autres secteurs, tels que la politique sociale, la cohésion économique, sociale et territoriale, et le marché intérieur, pour lesquels l'Union détient uniquement une compétence partagée⁵⁵. En matière de politique industrielle, culturelle, éducative, et de tourisme, l'Union dispose d'une compétence d'appui⁵⁶. Pourtant, ces secteurs se révèlent cruciaux, car étroitement liés et stratégiques, dans certains contextes de crise.

La compétence d'appui de l'Union européenne demeure quant à « la protection et l'amélioration de la santé humaine »⁵⁷, tandis que les enjeux sécuritaires communs en matière de santé publique relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres⁵⁸. Cela signifie que l'Union est habilitée à coordonner, appuyer ou compléter l'action des États membres en la matière, mais sans pouvoir produire d'actes juridiquement contraignants tels que des directives et règlements⁵⁹. Ces compétences d'appui de l'Union traduisent un refus des États membres de transférer tout ou partie de leurs compétences, en matière médicale et sanitaire, aux institutions européennes. D'autres domaines sensibles ont provoqué la même réserve des États membres, notamment en matière de politique industrielle. Le projet de limitation à apporter aux compétences de l'Union européenne en la matière était soutenu par l'Allemagne et la France⁶⁰, désireuses d'éviter de voir cette politique leur échapper.

⁵⁵ Article 4, 2. du TFUE.

⁵⁶ Article 6 du TFUE.

⁵⁷ Article 6, a) du TFUE.

⁵⁸ Article 4, 2., k) du TFUE.

⁵⁹ J.-P. Hordies, « La réforme du contrôle des aides d'État », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2014, n° 3, entretien 3.

⁶⁰ J.-P. Hordies, « La réforme du contrôle des aides d'État », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2014, n° 3, entretien 3.

Il convient de s'intéresser plus particulièrement au secteur de la santé. La santé humaine est devenue un objectif de l'Union européenne dès 1992 avec la signature du traité de Maastricht, lequel a été maintenu en 1997 à l'occasion du traité d'Amsterdam⁶¹. Cet objectif a été renforcé en 2009 avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, à l'origine du TFUE et du traité sur l'Union européenne (TUE)⁶². En effet, le traité de Lisbonne a la particularité d'avoir rendu juridiquement contraignante la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE)⁶³, laquelle a acquis la valeur de norme de droit primaire. Dès sa proclamation à Nice en décembre 2000, cette Charte déroulait un véritable catalogue des droits fondamentaux, dont la protection de la santé faisait partie intégrante.

En acquérant une force égale aux traités, les objectifs présentés par le texte ont été renforcés. L'article 35 de la CDFUE, intégré au Titre IV intitulé « Solidarité », indique ainsi qu'« un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union »⁶⁴. Le même article proclame le droit, pour toute personne, « d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales »⁶⁵. Cette dernière phrase signe la pleine compétence des États membres en matière médicale et sanitaire. Si l'Union peut aider les États à atteindre les objectifs fixés à l'échelle européenne en matière de santé, et contribuer à la gestion de crise en cas de pandémie, l'action des institutions européennes dans le domaine de la santé demeure soumise au principe de subsidiarité⁶⁶. Aux termes de l'article 5, 3. du TUE, ce principe veut que, dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union, celle-ci intervienne uniquement :

« si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

⁶¹ D. Cristole, « Protection générale de la santé publique », *JurisClasseur Administratif*, fasc. n° 220, 28 octobre 2018.

⁶² Traité sur l'Union européenne, *JO C* 326, 26 octobre 2012, pp. 1-390.

⁶³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JO C* 202, 7 juin 2016, pp. 389-405.

⁶⁴ Article 35 de la CDFUE.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ D. Cristole, « Protection générale de la santé publique », *op. cit.*

Cette vision est confirmée par l'article 168, 7. du TFUE, qui dispose que l'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres relatives à la définition de leur politique de santé, de même qu'à l'organisation et à la fourniture de services de santé et de soins médicaux. À ce titre, l'Union européenne peut encourager la coopération entre les États membres, appuyer leur action, et prendre des initiatives tendant à promouvoir la coordination entre les États membres⁶⁷. Toutefois, cette influence sera nécessairement limitée puisque le pouvoir décisionnel revient directement aux autorités nationales. L'action de l'Union peut viser des enjeux de taille tels que la lutte contre les grands fléaux, la surveillance de menaces transfrontières graves pour la santé, et la prévention des maladies. Toutefois, les États jouissent d'une pleine liberté afin d'organiser et d'approvisionner à leur manière leurs systèmes de santé et de soins nationaux⁶⁸.

Le morcellement des compétences entre compétences exclusives, partagées et d'appui, affecte les capacités d'intervention de l'Union européenne. *A fortiori*, l'efficacité du régime d'encadrement temporaire des aides d'État mis en place par la Commission européenne, en pâtit. Le recours au mécanisme des aides d'État dépend de la dégradation de la situation économique et financière respective de chaque État membre. Cette dégradation dépend elle-même directement de la gestion de la crise sanitaire par les autorités étatiques. Or, cette gestion est, depuis le début de cette crise en février-mars 2020, disparate. À l'exception des aspects harmonisés par le droit de l'Union européenne, chaque État a adopté sa propre politique médicale, sociale et territoriale, éducative, culturelle, industrielle, de protection des consommateurs, de marché intérieur, de transports et de protection civile⁶⁹. Les choix présidant

⁶⁷ Article 168, 2. du TFUE.

⁶⁸ O. Dorgans, C. Mayet et N. Burnichon, « La place et les enjeux des mesures de contrôle à l'export et des sanctions économiques dans le contexte de la pandémie du Covid-19 », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 9 avril 2020, n° 15-16, 1167.

⁶⁹ S. Michalopoulos, "Seventy-one MEP's Ask EU Member States to Finally Break Silos in COVID-19 Crisis", *Euractiv*, 14th September 2020 ; v. également G. Verhofstadt, "The Union and COVID-19: Is There a Future After Failure ?", European Policy Centre, 25th March 2020 : "A pandemic is not like war; it is war. And what we have seen in Europe during these past eight weeks is exactly the opposite: 27 centres of decision, 27 lines of command [...] To overcome a pandemic crisis of this magnitude, we need far more. We need one centre of decision and one line of command, and this on a continental scale" ; I. Sabat, S. Neuman-Böhme, N. Elsem Varghese, et al., "United But Divided: Policy Responses and People's Perceptions in the EU During the COVID-19 Outbreak", *Health Policy*, September 2020, vol. 124, issue 9, pp. 909-918 : "These cross-country differences in economic anxieties may be related to people's perceptions of the economic and financial countermeasures taken by their national government and the EU [...] Nevertheless, there were substantial variations in the timing and specific content of these countermeasures across the states" ; B. Hall, G. Chazan, D. Dombey, et al., "How Coronavirus Exposed Europe's Weaknesses", *Financial Times*, FT Series, 20th October 2020 : "The early weeks of the outbreak were marked by a series of uncoordinated border closures, bans on exports of some medical products, interruptions to flows of goods through the single market and a leaden-footed response by EU authorities".

à ces politiques sont afférents aux mesures restrictives, telles que les couvre-feux, les quarantaines et les confinements, prononcées par les pouvoirs publics⁷⁰. Ces disparités criantes ont contribué à la création d'une véritable mosaïque de stratégies de gestion de crise, à l'échelle de l'Union européenne. Bien que les États membres aient été diversement affectés par la crise sanitaire, l'adoption rapide d'une réponse commune aurait pu permettre d'endiguer, à un stade précoce, les dégâts induits pour les économies nationales.

Cette même diversité peut être remarquée dans le recours des États membres au dispositif d'encadrement temporaire des aides d'État⁷¹. La cohésion économique européenne a déjà été mise à mal par le fait que les États ont été inégalement affectés par la crise sanitaire et ses conséquences économiques, mais les inégalités se creusent au stade de l'utilisation des aides d'État par les autorités publiques. Un usage différencié des aides d'État dans un contexte de crise, risque d'avantager certains pays par rapport à d'autres. Cet usage risque de créer, *in fine*, des distorsions de concurrence au sein du marché commun. Même si la procédure de notification des aides demeure contraignante et que les contrôles de la Commission sont substantiels, l'importance des variables extra-économiques influant sur la situation économique des États n'est pas à négliger. Ce constat relativise les contrôles de la Commission, et rend probable les ruptures d'égalité au niveau de l'Union européenne. Ces ruptures d'égalité, bien que momentanément justifiées afin de soutenir les économies nationales en difficulté, seraient susceptibles d'avantager à long terme certaines d'entre elles. L'apparition de phénomènes d'affectation des échanges entre les États membres et de restrictions de concurrence serait alors probable, induisant une modification pérenne de la structure du marché.

La Présidente Ursula von der Leyen a défini sa réponse européenne commune à la Covid-19, autour de sept axes prioritaires d'action⁷². Ceux-ci recourent l'économie, la santé publique, la gestion de la crise et la solidarité, les voyages et les transports, la recherche et

⁷⁰ Pour une analyse de la variabilité de la situation économique des États membres selon différentes politiques adoptées, v. par exemple A. Sapir, "Why Has COVID-19 Hit Different European Union Economies So Differently?", *Policy Contribution*, 2020/18, Bruegel : "Countries with stricter lockdown measures witnessed a greater economic collapse, with the causality running from the strictness of the lockdown measures to the economic collapse [...] Together, the factors of lockdown strictness, tourism and governance explain nearly 60 percent of the differences between countries in terms of the economic hit from COVID-19 [...]" ; v. également OECD, "The territorial impact of COVID-19: Managing the Crisis Across Levels of Government", OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), 16th June 2020.

⁷¹ B. Rios, "Germany's Massive Use of State Aid Could Serve as 'Locomotive', Vestager Says", *Euractiv*, 4th May 2020.

⁷² Commission européenne, Présentation de la réponse de la Commission, Réponse face au coronavirus.

l'innovation, l'éducation, et la lutte contre la désinformation⁷³. Cependant, ces différents domaines sont écartelés entre compétences partagées et compétences d'appui de l'Union européenne. L'importance de l'intervention de l'Union est directement tributaire du morcellement des compétences⁷⁴. Cette fragmentation est susceptible de produire des défauts d'efficacité du cadre temporaire des aides d'État. La politique économique et budgétaire européenne interagit avec la politique de santé publique des États membres, tandis que les mesures adoptées par les États dans le secteur culturel se heurtent à un défaut d'action européenne en matière éducative et touristique. Face à la réponse incomplète des institutions européennes, la responsabilité du soutien apporté à l'économie européenne repose sur l'action des États. Cette responsabilité renouvelée des États a provoqué un phénomène de retour de l'interventionnisme public.

2.2. Vers un retour en force de l'interventionnisme de la puissance publique ?

Le morcellement des compétences de l'Union européenne rend délicate une appréciation globale de la crise de la Covid-19⁷⁵, du fait d'un défaut de marge de manœuvre des institutions européennes. L'Union européenne possède bien une vision commune de réponse à la pandémie de Covid-19⁷⁶, mais la pleine action des institutions ne peut porter que sur certains domaines restreints relevant de sa compétence exclusive⁷⁷. Les secteurs les plus gravement affectés, tels que la santé, la culture, les transports, l'éducation, le tourisme, la protection civile, le marché intérieur, restent du ressort des compétences partagées et d'appui de l'Union. Cela explique que les mesures ciblées adoptées par les institutions européennes pâtissent d'un cloisonnement et d'une sectorisation.

En matière économique, le plan de relance européen prévoit la mobilisation de plus de mille milliards d'euros par l'association du budget de l'Union pour 2021-2027 et de l'instrument NextGenerationEU. Le plan consacrera ainsi des capacités d'emprunt de la Commission sur les marchés, dans le cadre de l'instrument temporaire pour la relance

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ L. Idot, « COVID-19 : De la réponse européenne commune à la stratégie de crise coordonnée », *Europe*, mai 2020, n° 5, alerte 31.

⁷⁵ G. Daniele, A. F.M. Martinangeli, F. Passarelli, W. Sas, L. Windsteiger, "Covid-19 and Socio-Political Attitudes in Europe: In Competence We Trust", *Vox EU & CEPR*, 1st October 2020, spéc. : "[...] *The pandemic was in fact mostly framed as a national rather than as a global struggle*".

⁷⁶ Réaction commune de l'UE face à la pandémie de COVID-19, Europa.

⁷⁷ V. C. Geissmann, H. Moritz, "COVID-19 : The Cost of a 'Non-Europe'", *The New Federalist*, 3rd April 2020.

NextGenerationsEU, jusqu'à la somme de sept cent cinquante milliards d'euros⁷⁸. L'encadrement temporaire en matière d'aides d'État, destiné à permettre aux gouvernements d'injecter des liquidités dans l'économie nationale, côtoie la flexibilité budgétaire résultant du déclenchement de la clause de sauvegarde, ainsi que les orientations relatives au filtrage des investissements directs étrangers⁷⁹. En matière de santé publique, les mesures adoptées par l'Union apparaissent moins poussées. Celles-ci se limitent à une allocation de trois milliards d'euros pour financer l'instrument d'aide d'urgence et la réserve commune de matériel médical. Notons également la publication de lignes directrices, recommandations et orientations visant la distanciation physique, l'optimisation de l'offre de médicaments, les méthodes de dépistage, et la mise au point des applications mobiles de traçage⁸⁰. Quant aux considérations liées à la libre circulation des personnes, la Commission s'est contentée de publier diverses lignes directrices et orientations relatives aux mesures de gestion des frontières, à la libre circulation des travailleurs et au rapatriement de certains passagers⁸¹. À l'heure actuelle, la mesure la plus coercitive adoptée en la matière consiste en la mise en place de restrictions temporaires, visant les déplacements non essentiels vers l'Union européenne⁸².

Dans sa communication du 13 mars 2020, la Commission européenne précisait que la principale réaction budgétaire à la Covid-19 devra provenir des budgets nationaux des États membres. La raison est que l'Union européenne dispose d'un budget limité⁸³. Ce sont en des termes identiques que la Commission a instauré les règles temporaires régissant le droit des aides d'État dans un contexte de flambée de Covid-19⁸⁴. Dans cette communication du 20 mars 2020, il était reconnu que les États membres devaient pouvoir adopter certaines mesures, afin de permettre aux opérateurs financiers de soutenir l'activité économique au sein de l'Union européenne⁸⁵. Cette prise de position de la Commission a été suivie d'effets de la part des États membres. Une réaffirmation de la légitimité de la puissance publique en a résulté, celle-ci étant

⁷⁸ Commission européenne, Présentation de la réponse de la Commission, *op. cit.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque Centrale européenne, à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁴ Commission européenne, Communication de la Commission : Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État, 20 mars 2020, *op. cit.*, pt 1.1.9.

⁸⁵ *Ibid.*, pt 1.1.5.

perçue comme le rempart par excellence pour maintenir la continuité des activités économiques, administratives et sociales⁸⁶. Certains ont qualifié ce phénomène de « grand retour de l'État »⁸⁷.

Le point d'orgue de l'incitation à un interventionnisme d'État, a été atteint dans la communication de mai 2020. Celle-ci a élargi le cadre dérogatoire des aides d'État, en permettant aux États membres d'apporter un soutien public aux entreprises en difficulté financière en raison de la pandémie de Covid-19⁸⁸. Ce soutien public prend la forme de fonds propres et d'instruments hybrides⁸⁹. De telles interventions peuvent aussi bien concerner une hypothèse d'entrée de l'État dans le capital d'entreprises, que de sortie de l'État du capital⁹⁰. Le régime instauré par la Commission européenne est toutefois assorti de conditions⁹¹, restreignant en pratique la faisabilité et l'attractivité de ce type d'opérations⁹². Une interdiction des acquisitions et des subventions croisées s'est assortie de règles de gouvernance strictes. Celles-ci consistent notamment en une interdiction, pour les bénéficiaires, des rachats d'actions et de dividendes. Il est requis que l'État soit suffisamment rémunéré pour le risque supporté en cas de recapitalisation à l'entrée de l'État, tandis que les États membres et les bénéficiaires doivent établir une stratégie de sortie du capital en cas de recapitalisation à la sortie de l'État. Enfin, l'intervention publique doit être absolument nécessaire, présenter un caractère approprié et être d'une taille raisonnable ; cela impliquant qu'une aide à la recapitalisation ne peut être accordée qu'en l'absence d'autre solution appropriée⁹³. Malgré ce cadre restrictif, certains États membres ont recouru à des mesures de recapitalisation. Ces opérations ont notamment pris la forme d'instruments de dettes convertibles, de souscriptions de nouvelles actions, et d'injections de capitaux propres⁹⁴.

⁸⁶ G. Eckert, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », *Contrats et Marchés publics*, juin 2020, n° 6, étude 4.

⁸⁷ *Le Monde*, 7 avril 2020, dossier, pp. 16-17.

⁸⁸ Commission européenne, Communication de la Commission : Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État, 13 mai 2020, *op. cit.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, spéc. cons. 7.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 9-17.

⁹² Le 13 octobre 2020, la Commission européenne a introduit la possibilité pour l'État, « de se retirer du capital d'entreprises recapitalisées tout en maintenant la participation antérieure dans ces entreprises et en limitant les distorsions de concurrence », v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1872, 13 octobre 2020, *op. cit.*

⁹³ C. Paulhac, « Soutien massif aux économies européennes : 1900 milliards d'aides d'État autorisés », *op. cit.*

⁹⁴ Pour une aide au profit de la Finlande, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1032, 10 juin 2020 ; pour une aide au profit de la Pologne, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1041, 11 juin 2020 ; pour une aide au profit de l'Allemagne, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1179, 25 juin 2020 ; pour une aide au profit de la Lettonie, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1274, 3 juillet 2020 ; pour une

Camille Paulhac fait référence à un « sursaut d'interventionnisme étatique »⁹⁵ qu'on ne saurait exclure, prenant la forme de nationalisations. Il convient de rappeler qu'une nationalisation, en tant qu'opération de changement d'actionnaires, ne constitue pas une aide d'État *per se*. En revanche, si la prise de participation de l'État au capital de l'entreprise nationalisée est assortie de mesures supplémentaires, ou si cet État confère un avantage économique indu à l'entreprise ayant pour effet d'affecter les échanges intra-communautaires et de restreindre la concurrence, le droit des aides d'État pourrait trouver à s'appliquer.

Sur ce point encore, les États membres sont divisés, puisqu'aucun pays n'adopte de réponse similaire à celle de son voisin. Alors que la France semble encore réticente à cette pratique, l'Italie a finalisé un accord sur un décret, lequel permet à l'État de transférer la totalité des actifs de la société Alitalia (proche de la faillite) vers une nouvelle société fraîchement créée⁹⁶. Face à la persistance des difficultés économiques posées par la crise sanitaire, il n'est pas à exclure que cette nationalisation constitue la première d'une liste destinée à s'allonger avec le temps⁹⁷.

Ce type de montages laisse craindre une généralisation de l'intervention de la puissance publique, dans la sphère habituellement réservée à l'initiative des acteurs privés. Le phénomène serait d'autant plus redoutable que la pandémie de Covid-19 conduit, selon les termes du Professeur Walid Chaiehloodj, à « une mise en sommeil temporaire et partielle du droit de la concurrence »⁹⁸. Les institutions européennes se reposent largement sur l'action de la puissance publique de chaque État membre pour soutenir l'économie européenne. L'équilibre entre l'assouplissement du régime des aides d'État et l'impératif du maintien d'une concurrence non faussée au sein du marché intérieur, apparaît délicat à trouver.

Nous avons vu que le modèle de répartition des compétences inhérent à l'Union européenne, a pour effet de limiter l'action des instances supranationales dans certains secteurs clefs, au profit de l'action des autorités nationales. Cette configuration, croisée à des

aide au profit de l'Espagne, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1426, 30 juillet 2020 ; pour une aide au profit du Danemark et de la Suède, v. Commission européenne, communiqué n° IP/20/1488, 17 août 2020.
⁹⁵ C. Paulhac, « Covid-19, aides d'État et nationalisations : à situation exceptionnelle, réactions exceptionnelles », *Contrats Concurrence Consommation*, avril 2020, n° 4, alerte 13.

⁹⁶ Reuters, « Alitalia : Rome trouve un accord en vue de la nationalisation, selon Il Messaggero », *Challenges*, 9 octobre 2020 ; O. Tossieri, « Alitalia : le gouvernement italien met enfin en piste la nationalisation », *Les Échos*, 11 octobre 2020.

⁹⁷ J. Gautheret, « L'État italien compte nationaliser la compagnie aérienne Alitalia », *Le Monde*, 18 mars 2020.

⁹⁸ W. Chaiehloodj, « Entre assouplissement et intensification : le droit de la concurrence à l'épreuve des vents contraires du coronavirus », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 9 avril 2020, n° 15-16, 1163.

circonstances exceptionnelles induisant un accroissement des mesures de soutien public aux opérateurs, peut favoriser l'apparition de distorsions de concurrence et de dérives de marché. En effet, les incertitudes durables caractérisant la crise pandémique⁹⁹ entraînent un recours différencié, en termes de fréquence, de types d'aides et d'importance du montant des aides d'État validées, au dispositif du régime temporaire par les États membres. Les États se trouvent dans des situations économiques et sanitaires inégales, et déploient à ce titre des politiques différentes pour contrecarrer les effets de la crise. Ce différentiel est susceptible de produire, à terme, une affectation des échanges intra-communautaires et des restrictions de concurrence, préjudiciables à l'objectif de maintien d'une concurrence effective et non faussée. En d'autres termes, aux disparités économiques entre les États membres de l'Union, peuvent très vite s'ajouter des asymétries d'ordre concurrentiel. Celles-ci seraient imputables à un environnement concurrentiel de plus en plus dégradé, du fait des tensions entre le renforcement des mécanismes protectionnistes d'une part, et les exigences atténuées relatives au maintien d'une concurrence non faussée d'autre part.

Il reste à noter que les opérations de recapitalisation et de nationalisation se réalisent sur fond de mise en place d'un droit spécial, d'essence nationale et résiduelle, dans certains domaines et matières mobilisés par les États membres afin de limiter l'ampleur du choc économique subi. Cela est notamment le cas de la commande publique (droit pourtant harmonisé par le biais de directives européennes), laquelle vise habituellement à satisfaire la demande publique par la fourniture de biens et de services. Comme le relève le Professeur Gabriel Eckert, depuis l'épidémie de Covid-19, le droit de la commande publique s'est vu investi d'un objectif de protection des opérateurs économiques, dans une logique pouvant être qualifiée d'interventionniste¹⁰⁰. Le droit de la commande publique s'impose, au même titre que les instruments constitués par les mesures de recapitalisation et de nationalisation, comme levier d'une action pragmatique des États membres de l'Union. Cette action manifeste d'une logique

⁹⁹ Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque Centrale européenne, à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe, *op. cit.*, p. 12 : « [...] la Commission examinera de la même manière les répercussions de l'épidémie de COVID-19 sur leur économie. Il s'agit d'une situation dynamique et évolutive. La Commission suit en permanence l'évolution de la situation dans l'ensemble de l'Union européenne, en contact étroit avec les États membres ».

¹⁰⁰ G. Eckert, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*

interventionniste des États membres, lesquels exploitent « la formidable plasticité des règles et techniques juridiques en temps de crise »¹⁰¹ afin de soutenir leur économie en difficulté.

Afin d'apprécier dans quelle mesure le droit européen des aides d'État est un outil insuffisant, à long terme, afin de remédier à la crise économique afférente à la situation sanitaire, il convient de revenir à la fonction même du droit de la concurrence. La finalité originelle de ce droit consiste à garantir le libre jeu de la concurrence entre entreprises dans le cadre d'une concurrence non faussée, avec pour objectif final l'amélioration du bien-être du consommateur¹⁰². La fonction de ce droit doit nécessairement être appréciée à l'aune des mutations économiques et, plus globalement, des bouleversements de société susceptibles de remettre en question les concepts établis. Certains domaines et secteurs peuvent revêtir une importance particulière selon la situation en cause, justifiant une protection accrue de ces derniers. Dans le contexte de la crise de la Covid-19, tel est notamment le cas des politiques médicale, sociale, industrielle, de protection civile et de marché intérieur. Le bien-être du consommateur pourrait ainsi s'effacer devant un intérêt général élargi, ou plus spécifiquement dirigé vers ces domaines et secteurs cruciaux. Une appréciation dynamique est justifiée par le fait que le Droit ne se résume pas en un corpus de textes voué à l'immobilisme ; les différents droits répondent à des finalités sociales par essence évolutives¹⁰³. Il convient de garder à l'esprit que, comme le rappelle à juste titre Monsieur Bruno Lasserre en sa qualité d'ancien président de l'Autorité de la concurrence et actuel vice-président du Conseil d'État, « la mise en œuvre des règles de concurrence vise à défendre l'intérêt général qui s'attache à ce que l'économie fonctionne de façon optimale, et non à arbitrer entre des intérêts particuliers »¹⁰⁴. Or, nous avons pu constater que la crise de la Covid-19 a révélé certains défauts dont pâtit le système juridique de l'Union européenne, notamment eu égard à son modèle de répartition des compétences. Ces défauts résident en un cloisonnement des compétences, entravant l'élaboration d'une stratégie globale de gestion de crise à l'échelle de l'Union européenne. L'efficacité de la politique de concurrence de l'Union européenne s'en trouve affectée. À défaut d'une telle efficacité de la régulation concurrentielle, le droit de la concurrence ne peut remplir la fonction qui est la

¹⁰¹ P. Idoux, « Les interventions publiques économiques urgentes dans la crise du Covid-19 », *Droit Administratif*, n° 5, mai 2020, étude 6.

¹⁰² M. Bazex, R. Lanneau, « Synthèse — Concurrence », *JurisClasseur Administratif*, 22 septembre 2020.

¹⁰³ L. Jossierand, « *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits* », Dalloz, 2006.

¹⁰⁴ B. Lasserre, « La régulation concurrentielle un an après sa réforme », *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 35.

sienne. En effet, dans un tel contexte, l'économie ne peut nécessairement connaître un fonctionnement optimal.

CONCLUSION

C'est dans l'urgence qu'en mars 2020, les institutions européennes ont élaboré un encadrement temporaire des aides d'État. Celui-ci a vocation à permettre aux autorités nationales de soutenir leur économie face à la flambée de Covid-19. Ce régime supplétif aux règles de concurrence de droit commun a fait l'objet de plusieurs modifications. Toutes les rectifications sont allées dans le sens d'un assouplissement progressif et d'une multiplication des dérogations, en faveur des États membres. Ce cadre particulièrement flexible a été prolongé et étendu dans sa matérialité en octobre 2020, puis en janvier 2021. Au vu des difficultés économiques persistantes liées à l'endiguement de la pandémie, nous pouvons encore compter sur de nouveaux développements en la matière, dans les semaines et mois à venir. La révision momentanée du droit des aides d'État, par la Commission européenne, a permis aux États membres de se voir accorder des aides, sous des formes multiples et dans des délais exceptionnellement brefs. L'encadrement temporaire des aides d'État a non seulement constitué un instrument indispensable d'absorption des chocs économiques subis par l'économie européenne, mais s'est ancré plus globalement dans une stratégie de réponse coordonnée des institutions européennes face à la crise de la Covid-19.

Cependant, la réponse économique et financière européenne, fondée dans une large mesure sur une adaptation du droit des aides d'État au contexte de crise, paraît insuffisante pour remédier aux difficultés économiques à long terme. L'Union européenne a pleinement tiré parti de sa compétence exclusive en matière de politique de concurrence, mais a dû prendre acte d'une marge de manœuvre restreinte concernant certains secteurs particulièrement touchés. Or, en temps de crise globale, une approche sectorielle peut biaiser l'efficacité de la réponse adoptée, puisqu'une multitude de secteurs s'avèrent interdépendants.

À l'échelle de l'Union européenne, il existe une véritable fracture quant aux politiques de gestion de la crise sanitaire adoptées. Cette asymétrie influe sur l'ampleur des difficultés économiques des États, ainsi que sur l'intensité du recours au dispositif des aides d'État par chaque pays. Une étroite corrélation peut être établie entre ces disparités de gestion de crise entre les États, la vision globale proposée par les institutions européennes mais l'incapacité de

celles-ci à fournir un cadre juridique général contraignant, et les éventuelles distorsions de concurrence conséquentes à des ruptures d'égalité entre les États membres.

C'est avec une certaine légitimité que la puissance publique est venue s'imposer pour pallier les défaillances institutionnelles de l'Union européenne. Le droit des aides d'État repose sur le postulat que l'intervention étatique au profit d'une entreprise rompt artificiellement l'égalité des moyens et des chances, dans la concurrence, sur le marché¹⁰⁵. Cela n'a pas empêché la Commission d'assouplir le droit substantiel des aides d'État dans le cadre de son encadrement temporaire, au point d'intégrer les mesures de recapitalisation au champ des dérogations possibles. En sus de ce dispositif, l'investissement public permet aux États d'effectuer des prises de participation au sein des entreprises. Même si les aides directes aux entreprises garantissent une réponse ciblée et rapide pour soutenir les économies nationales¹⁰⁶, les États membres n'en négligent pas pour autant les processus de nationalisation.

La généralisation des aides d'État, matérialisant un retour de l'interventionnisme d'État, dévoile les limites d'un certain libre-échange et de l'économie de marché¹⁰⁷. À l'heure où les pays luttent pour injecter des liquidités dans leur économie, l'État s'est replacé au centre de l'attention des décideurs économiques et financiers. À n'en pas douter, la pandémie de Covid-19 emportera des retentissements durables sur le cadre du droit européen des aides d'État, avec pour ligne de mire une juste balance des intérêts en présence : d'une part, la préservation des conditions d'une concurrence non faussée au sein du marché intérieur de l'Union européenne, de l'autre, les exigences liées au soutien des économies nationales en crise.

¹⁰⁵ L. Vogel, « *Droit européen des affaires* », Dalloz, 2^e éd., 2019, p. 948 ; v. également J. Derenne, « Aides d'État : les États membres font-ils partie de la solution ou du problème ? », *Revue de Droit de l'Université de Liège*, 2019, vol. 1, p. 199, spéc. p. 205 : « *l'État restera toujours un problème en soi car il est la source même de l'illégalité en aides d'État* ».

¹⁰⁶ M. Karpenschif, « COVID-19 et droit des aides d'État », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 30 mars 2020, n° 13, 2083.

¹⁰⁷ L. Idot, « COVID-19 et droit de la concurrence. Quelles adaptations ? », *op. cit.*, plus spéc. : « Ce modèle montrant chaque jour davantage ses limites, les politiques de concurrence devront être revues pour mieux s'articuler avec les autres politiques publiques ».

LA DISCRIMINATION À REBOURS : ÉTAT DES LIEUX D'UNE SANCTION AU PARCOURS SINUEUX

Charlotte Magnien *

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	121
1. UNE SANCTION INCERTAINE DES DISCRIMINATIONS À REBOURS DEVANT LES JURIDICTIONS ORDINAIRES	124
1.1. LA MISE EN ŒUVRE VARIABLE DE LA SANCTION DES DISCRIMINATIONS À REBOURS À L'ENCONTRE DE RESSORTISSANTS NATIONAUX	124
1.1.1. <i>Une sanction progressive des discriminations à rebours par le juge administratif fondée sur le droit national</i>	125
1.1.2. <i>Une sanction précoce des discriminations à rebours par le juge judiciaire oscillant entre droit européen et droit national</i>	127
1.2. LA MISE EN ŒUVRE PONCTUELLE DE LA SANCTION DES DISCRIMINATIONS À REBOURS ENVERS DES CITOYENS EUROPÉENS	130
1.2.1. <i>La décision Muntean, une discrimination à rebours non sanctionnée par le juge en raison de la non-interchangeabilité des catégories d'étrangers</i>	130
1.2.2. <i>La neutralisation d'une discrimination à rebours par une circulaire impérative</i>	131
2. UNE SANCTION RENFORCÉE DES DISCRIMINATIONS À REBOURS PAR LA COLLABORATION DES JUGES	133
2.1. LA NEUTRALISATION SOUHAITABLE DES DISCRIMINATIONS À REBOURS PAR UNE VOLONTÉ PARTAGÉE DES JUGES INTERNES ET EUROPÉENS	133
2.1.1. <i>La décision Leur-Bloem, l'harmonisation bienvenue du traitement des situations purement internes et communautaires</i>	133
2.1.2. <i>La décision Metro Holding : la sanction inédite d'une discrimination à rebours par le juge constitutionnel impliquant une situation purement interne</i>	135
2.2. LA MAÎTRISE OPPORTUNE DES DISCRIMINATIONS À REBOURS POTENTIELLES PAR UNE COOPÉRATION ENTRE LES JUGES INTERNES ET EUROPÉENS	138
2.2.1. <i>La décision Jacob : illustration d'une discrimination à rebours potentielle sanctionnable uniquement par l'action commune des juges internes et européens</i>	138
2.2.2. <i>La décision Jacob : reflet de l'articulation complexe entre le renvoi d'une question préjudicielle et le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité</i>	141

* Doctorante en droit public comparé à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Abstract

Reverse discrimination, which leads to treating community situations more favorably than purely internal or extra-community situations, leads to a break in the application of the principle of equality based, in short, on the non-submission of the situation to European law. While the Court of Justice of the European Union refers the task of remedying such discrimination to the national courts, sanctioning reverse discrimination in domestic law is proving to be a perilous path due to the diversity of the judges involved in its implementation and the complex mechanisms it gives rise to. Thus, the contours of the sanctioning of reverse discrimination oscillate between uncertainties and prospects for improvement.

Résumé

La discrimination à rebours, conduisant à traiter plus favorablement des situations communautaires que des situations purement internes ou extra-communautaires, entraîne une rupture dans l'application du principe d'égalité fondée, en somme, sur la non-soumission de la situation au droit européen. Alors que la Cour de justice de l'Union européenne renvoie aux juridictions nationales le soin de remédier à de telles discriminations, la sanction des discriminations à rebours en droit interne s'avère être un chemin périlleux en raison de la diversité des juges concernés par sa mise en œuvre et des mécanismes complexes qu'elle suscite. Ainsi, les contours de la sanction des discriminations à rebours oscillent entre incertitudes et perspectives d'amélioration.

INTRODUCTION

Le 3 avril 2020, le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2019-832/833 QPC *Marc S. et autre*¹, a jugé qu'une différence de traitement entre les situations purement internes et celles relevant du droit de l'Union européenne, en matière de traitement fiscal de plus-values réalisées par des particuliers et placées en report d'imposition, ne méconnaissait pas le principe d'égalité devant la loi dans la mesure où d'une part, celle-ci était justifiée par une différence de situation et d'autre part, que cette dernière se trouvait en rapport direct avec l'objet de la loi. Par cette décision, le juge constitutionnel relance le débat sur la question de la sanction des discriminations à rebours.

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une situation communautaire est traitée de manière plus favorable qu'une situation purement interne ou extra-communautaire². La discrimination à rebours induit une rupture dans l'application du principe d'égalité et peut être décelée dans différents domaines comme celui de l'emploi, en matière fiscale ou encore en matière de droit d'entrée et de séjour dans un État membre. Selon le Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, « *l'égalité et la non-discrimination sont généralement perçues comme les facettes indissociables d'un seul et même principe* »³. L'égalité renvoie à une logique arithmétique tandis que la notion de discrimination est relative à une différence de traitement illégitime. Alors que la rupture d'égalité peut être justifiée par un motif d'intérêt général, la discrimination⁴ repose sur un critère prohibé comme l'origine, les mœurs, le handicap.

La discrimination à rebours se trouve au cœur de l'application du principe d'égalité protégé tant en droit national⁵ qu'en droit de l'Union européenne. En droit interne, le principe d'égalité est constitutionnellement protégé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatif à l'égalité devant la loi ainsi que par son article 13 relatif

¹ CC, Décision n° 2019-832/833 QPC du 3 avril 2020, *Marc S. et autre* [Exclusion de certaines plus-values mobilières du bénéfice de l'abattement pour durée de détention].

² A. Jaureguiberry, « La discrimination à rebours devant le juge national », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, n° 1, p. 39 ; L. Perrin, « Discrimination à rebours : domaine et portée de la prohibition », *Recueil Dalloz*, 2008, p.1339 ; M.-F. Tchakaloff, « Le principe d'égalité. L'admission des discriminations à rebours », *AJDA*, 1996 (n° spécial), p. 172.

³ F. Mélin-Soucramanien, « Commentaire de l'article II-80, Egalité en droit », in L. Burgogue-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II- La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.283.

⁴ A. Iliopoulou, « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in J. Rossetto, A. Berramdane (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, pp. 243-261.

⁵ Voir notamment L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p.309.

à l'égalité devant les charges publiques. Ce principe a également été consacré comme un principe général du droit par le juge administratif dans la décision *Société des concerts du conservatoire* rendue par le Conseil d'État le 9 mars 1951⁶. Le principe d'égalité n'est toutefois pas absolu. Le Conseil constitutionnel, dans une décision n°2013-346 QPC du 11 octobre 2013 *Société Schuepbach Energy LLC*⁷, rappelle une jurisprudence constante en ce qui concerne les dérogations au principe d'égalité selon laquelle ce dernier « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁸. Le juge constitutionnel s'est ainsi aligné sur la jurisprudence du Conseil d'État relative au principe d'égalité établie dans la décision *Denoyez et Chorques* du 10 mai 1974⁹.

En droit de l'Union européenne, le principe d'égalité est affirmé à l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000. Le juge européen reconnaît le principe d'égalité comme un « *principe fondamental de la communauté* » dans une décision *Ruckdeschel* rendue le 19 octobre 1977¹⁰, jurisprudence qui sera réaffirmée de manière continue¹¹. Des dérogations sont également admises en matière de situations comparables comme le rappelle la Cour de justice de l'Union dans sa décision *Arcelor Atlantique* du 16 décembre 2008¹², réaffirmant ainsi une jurisprudence bien établie en droit de l'Union. En effet, une différence de traitement est justifiée lorsqu'elle se trouve en rapport avec un but légalement admissible, comme un motif d'intérêt général, poursuivi par l'objet de la loi et que cette différence de traitement est proportionnée au regard du but recherché. Si le droit de l'Union européenne et le droit français convergent en ce qui concerne le traitement des situations comparables, il existe une différence notable en matière de situations différentes. Alors que le droit français n'interdit

⁶ CE, Sect., 9 mars 1951, n° 92004, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. Lebon, p. 151.

⁷ CC, Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC [Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures - Abrogation des permis de recherches]*,

⁸ *Ibid.*, cons. n°7.

⁹ CE, Sect., 10 mai 1974, n° 88032 et 88148, *Denoyez et Chorques*, Rec. Lebon, p. 274.

¹⁰ CJCE, 19 octobre 1977, aff. 117/76 et 16/77, *Ruckdeschel*

¹¹ CJCE, 25 novembre 1986, aff. 201 et 202/85, *Klensch* ; CJCE, 21 février 1990, aff. C-267/88 à C-285/88, *Wuidart*.

¹² CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-127/07, *Arcelor Atlantique*.

pas de traiter de la même manière des situations différentes¹³, le droit de l'Union européenne impose un traitement différencié de ces dernières¹⁴.

La discrimination à rebours survient lorsqu'une personne se trouve dans une situation comparable à celle régie par le droit de l'Union européenne mais ne réunit pas les conditions lui permettant de bénéficier de l'application de ce dernier¹⁵. Alors que deux situations sont comparables, un traitement différent s'applique à la défaveur de la situation purement interne. Cela se produit notamment en matière de droit du marché intérieur. En effet, celui-ci dispose d'un champ d'application conditionné par la présence d'un élément de rattachement au droit de l'Union. Le bénéfice de la liberté d'établissement ou de la liberté de prestation de service ne peut être invoqué par le ressortissant d'un État membre exerçant sur son territoire une activité professionnelle non salariée pour laquelle il ne peut se prévaloir d'aucune formation ou pratique antérieure dans un autre État membre¹⁶. Des situations purement internes ou extra-communautaires sont donc exclues du champ d'application du droit de l'Union dans la mesure où le ressortissant n'a pas fait usage des libertés précédemment évoquées qui supposent le déplacement d'un État membre à un autre. La discrimination à rebours peut également dans certaines hypothèses concerner des situations dans lesquelles le ressortissant d'un État membre est traité de manière moins favorable que l'étranger ressortissant d'un État tiers.

Face aux discriminations à rebours, le droit de l'Union européenne est impuissant dans la mesure où la situation ne relève pas de son champ d'application mais du droit national. Selon le Maître de conférences Morgan Sweeney, « *les conditions d'application du droit communautaire aboutissent à cette situation paradoxale : les ressortissants européens exerçant leur liberté de circulation peuvent, au nom du droit communautaire, exiger un traitement égal vis-à-vis des nationaux, en revanche les nationaux ne peuvent exiger une telle égalité de traitement qu'à l'encontre des autorités nationales et non des institutions de l'Union européenne* »¹⁷. Si la Cour de justice de l'Union reconnaît son incompetence pour sanctionner

¹³ CE, Ass., 28 mars 1997, n° 179049, 179050, 179054, *Société Baxter*.

¹⁴ CJCE, 13 décembre 1984, aff. 106/83, *Sermide* ; CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-133/93, C-300/93 et C-362/93, *Crispoltoni* ; CJCE, 11 juillet 2006, aff. C-313/04, *Franz Egenberger* ; CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-127/07, *Arcelor Atlantique*.

¹⁵ A. Jaureguiberry, « La discrimination à rebours devant le juge national », *op. cit.*

¹⁶ L'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « *les restrictions à la libre prestation de service à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation* ».

¹⁷ M. Sweeney, « Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2012, pp. 42-61.

des discriminations à rebours effectuées dans le cadre de situations purement internes, elle prend le soin de renvoyer aux juridictions nationales la tâche de mettre en œuvre une telle sanction¹⁸. Dans le cadre de notre étude, nous appréhenderons la notion de sanction comme la mesure répressive infligée par une autorité administrative ou juridictionnelle en raison du non-respect d'une règle de droit, en l'espèce du principe d'égalité. La sanction des discriminations à rebours relève donc du droit interne. Celle-ci a été mise en place progressivement par les juges judiciaires, administratifs et constitutionnels et a nécessité la création de mécanismes complexes et tortueux. Au cours de notre étude, nous tâcherons d'analyser les contours de cette sanction ainsi que leur évolution.

Au regard de sa mise en œuvre en droit interne français, quel regard est-il possible de porter sur la sanction des discriminations à rebours ? Nous verrons, d'une part, que celle-ci se révèle incertaine devant les juridictions ordinaires (1), et d'autre part, qu'elle se trouve renforcée par la collaboration des juges (2).

1. UNE SANCTION INCERTAINE DES DISCRIMINATIONS À REBOURS DEVANT LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

La sanction des discriminations à rebours devant les juridictions ordinaires apparaît incertaine. D'une part, la mise en œuvre de cette sanction est variable lorsqu'elle se produit à l'encontre de ressortissants nationaux (1.1). D'autre part, celle-ci demeure ponctuelle lorsqu'elle concerne des citoyens européens (1.2).

1.1. La mise en œuvre variable de la sanction des discriminations à rebours à l'encontre de ressortissants nationaux

Tant l'ordre administratif que l'ordre judiciaire sont confrontés à des discriminations à rebours préjudiciables envers des ressortissants nationaux. Si le juge administratif opère une sanction progressive des discriminations à rebours fondée sur le droit national (1.1.1), le juge judiciaire s'est montré pionnier pour mettre en œuvre cette dernière oscillant entre droit européen et droit national (1.1.2).

¹⁸ CJCE, ord., 19 juin 2008, aff. C-104/08, *Kurt*.

1.1.1. Une sanction progressive des discriminations à rebours par le juge administratif fondée sur le droit national

La sanction des discriminations à rebours a été admise progressivement par le juge administratif. Dans une décision *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau* rendue le 27 juillet 1979¹⁹, le juge administratif se fonde sur le principe d'égalité du droit français pour examiner un cas de discrimination à rebours marquant ainsi le début d'une construction jurisprudentielle en la matière²⁰. Il convient de noter que le juge administratif refuse, selon une jurisprudence constante²¹, d'appliquer le droit de l'Union européenne à des situations purement internes. Cette position a notamment été adoptée dans une décision *Société Sea Land Service* rendue par le Conseil d'État le 25 juillet 1986²². Dans la décision du 27 juillet 1979, le Conseil d'État a considéré qu'une exonération d'une surtaxe de compensation et d'une taxe compensatoire, uniquement applicable pour les produits finis en provenance des États membres de la Communauté économique européenne, ou en provenance de pays tiers et mis en libre pratique dans l'un de ces États, et non pour les produits d'origine française, ne saurait être regardée comme une atteinte portée au principe d'égalité devant les charges publiques en raison des avantages que les professionnels français retirent de l'intervention du service des alcools. Le juge administratif écarte ainsi l'atteinte au principe d'égalité en raison de l'existence d'un motif d'intérêt général lié à la présence d'un service des alcools.

Dans une décision du 6 octobre 2008 *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres*²³, le juge administratif s'inscrit dans la lignée de la construction jurisprudentielle précédemment évoquée et sanctionne pour la première fois²⁴ une discrimination à rebours en se fondant également sur le principe d'égalité prévu par le droit national. En l'espèce, il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret n°2007-1405 du 28 septembre 2007, portant statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques et adaptation au droit communautaire des règles applicables à la restauration des immeubles classés. L'article 9 de ce décret restreignait l'accès à la maîtrise

¹⁹ CE, Ass., 27 juillet 1979, n° 09664, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*.

²⁰ A. Iliopoulou, A. Jaureguiberry, « La première condamnation d'une discrimination à rebours », *RFDA*, 2009, p. 132.

²¹ CE, 22 janvier 1982, n° 11029, 11050, *Conseil régional de Paris de l'ordre des experts comptables* ; CE 3 juin 1987, n° 65228, *Association professionnelle des guides interprètes* ; CE, 20 décembre 2017, n°414935, *Kaddouch* ; CE, 18 juillet 2018, n°411796, *Langlois*.

²² CE, 25 juill. 1986, n° 63643, *Société Sea Land Service*.

²³ CE, 6 octobre 2008, n°310146 et 311080, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres*.

²⁴ *Ibid.*

d'œuvre des travaux de restauration des monuments historiques classés n'appartenant pas à l'État aux architectes établis hors de France sans condition de nationalité. Autrement dit, cet article réalisait une différence de traitement entre des architectes de diplôme et d'expérience équivalents en raison de leur situation géographique. Le juge administratif considère, en l'espèce, que la différence de traitement des professionnels disposant d'une qualification et d'une expérience suffisantes en ce domaine, selon qu'ils sont établis en France ou bien dans un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, n'est pas en rapport avec l'objet de cet article 9 qui était de permettre de confier la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments historiques classés n'appartenant pas à l'État à d'autres catégories de professionnels que les architectes en chef des monuments historiques. Le juge administratif sanctionne ainsi cette discrimination à rebours en se fondant sur le non-respect du principe d'égalité et se conforme, à cette occasion, à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, cette dernière s'est prononcée en faveur de la sanction des discriminations à rebours par le juge interne en application de son droit national. Selon le Professeur Anastasia Iliopoulou, dans la décision *Steen II* du 16 juin 1994²⁵, « *la Cour a, pour la première fois, expressément affirmé la possibilité pour le juge national d'examiner les cas de discrimination à rebours à la lumière des normes et des principes de son ordre juridique interne garantissant l'égalité de traitement* »²⁶. Cette position de la Cour de justice a été réaffirmée à plusieurs reprises notamment dans une décision *Uecker et Jacquet* du 5 juin 1997²⁷ ainsi que dans une ordonnance *Kurt* du 19 juin 2008²⁸ dans laquelle la Cour retient que « *s'agissant d'une situation purement interne telle que celle en cause au principal, le principe d'égalité de traitement consacré par le droit communautaire ne peut pas être invoqué. Dans une telle situation, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier s'il existe une discrimination prohibée par le droit national et, le cas échéant, de déterminer comment celle-ci doit être éliminée* »²⁹. La sanction des discriminations à rebours par le juge administratif a donc progressivement été acceptée et fondée de manière constante sur le droit national. Le juge judiciaire, quant à lui, a

²⁵ CJCE, 16 juin 1994, aff. C-132/9, *Steen II*.

²⁶ A. Iliopoulou, A. Jaureguiberry, « La première condamnation d'une discrimination à rebours », *op. cit.*, p. 136.

²⁷ CJCE, 5 juin 1997, aff. C-64/96 et C-65/96, *Uecker et Jacquet*, § 16.

²⁸ CJCE, ord., 19 juin 2008, aff. C-104/08, *Kurt*.

²⁹ *Ibid.*, § 23.

sanctionné de manière précoce les discriminations à rebours mais en utilisant un fondement oscillant entre droit européen et droit national.

1.1.2. Une sanction précoce des discriminations à rebours par le juge judiciaire oscillant entre droit européen et droit national

En matière de sanction des discriminations à rebours, le juge judiciaire adopte, au départ, une position audacieuse. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt *Rossi di Montalena* rendu le 16 juin 1983³⁰, sanctionne pour la première fois une discrimination à rebours en se fondant sur le droit communautaire à propos de l'affaire dite de la « publicité des boissons alcoolisées »³¹. Il applique alors le droit européen à une situation purement interne. Dans un autre arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 10 décembre 2002 *Association Goethe*³², le juge judiciaire condamne à nouveau une discrimination à rebours en se fondant sur le droit communautaire alors même qu'il s'agissait d'une situation purement interne. En l'espèce, une ressortissante française contestait une discrimination salariale fondée sur la nationalité. Celle-ci étant employée par l'Institut Goethe de Lille, celui-ci appliquait à ses employés allemands la convention collective fédérale allemande des employés publics accordant une rémunération supérieure à celle perçue par la requérante. En se fondant sur les articles 12 et 39 du traité CE et sur l'article 7 du Règlement n° 1612-68 du 15 octobre 1968, la chambre sociale retient que « *l'Institut ne pouvait adopter en France un régime salarial différent selon la nationalité de son personnel* » et que la Cour d'appel a pu décider que « *le maintien au profit des salariés de nationalité allemande engagés avant le 31 mars 1991 d'un système de rémunération plus avantageux que celui prévu pour les salariés français engagés avant cette même date, constituait à l'égard de ces derniers la pérennisation d'une discrimination prohibée* ».

Le juge judiciaire est toutefois revenu par la suite sur cette jurisprudence et refuse, à présent, d'appliquer le droit communautaire à une situation purement interne³³. Dans un arrêt *Wattecamps* rendu le 17 avril 2008³⁴ par la chambre sociale de la Cour de cassation, un salarié de nationalité française avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant au

³⁰ Crim, 16 juin 1983, 81-92.532, *Rossi di Montalena*.

³¹ V. G. Isaac, « La condamnation du régime français de publicité pour les boissons alcoolisées », *RTDE*, 1983, p.470 ; A. Iliopoulou, A. Jaureguiberry, « La première condamnation d'une discrimination à rebours », *op. cit.*, p. 138.

³² Soc. 10 déc. 2002, n° 00-42.158, *Association Goethe*.

³³ Crim, 23 octobre 1990, n° 87-84.512 ; Crim, 8 mars 1995, n°94-83.708.

³⁴ Soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270, *Wattecamps*.

paiement d'une indemnité d'expatriation réservée par l'article 50 de la convention d'entreprise de 1993 aux salariés de nationalité étrangère. Il invoquait que, d'une part l'octroi d'une prime d'expatriation versée aux seuls salariés de nationalité étrangère indépendamment de toute expatriation effective présentait un caractère discriminatoire et qu'une inégalité de traitement entre des salariés ne pouvait être justifiée qu'à la condition de reposer sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée. Autrement dit, selon le requérant, le versement aux seuls salariés de nationalité non française d'une prime d'expatriation indépendamment de toute expatriation effective méconnaissait le principe d'égalité de traitement en matière de rémunération. Une discrimination à rebours pouvait être identifiée dans la mesure où un avantage particulier était accordé aux travailleurs étrangers alors que ceux-ci se trouvaient dans une situation professionnelle identique à celle des travailleurs français.

Dans cet arrêt, la chambre sociale considère que « *le principe de non-discrimination en raison de la nationalité énoncé par l'article 12 du traité CE n'a vocation à s'appliquer que dans les situations régies par le droit communautaire ; qu'ainsi, en matière d'emploi, il n'est destiné, en vertu de l'article 39 du traité qu'à garantir la libre circulation des travailleurs ; qu'il en résulte que ces dispositions ne peuvent pas être invoquées par un salarié qui n'a pas exercé cette liberté de circulation pour travailler dans un autre État membre* »³⁵. En premier lieu, la chambre sociale retient qu'il s'agit d'une situation purement interne dans la mesure où le requérant de nationalité française n'a pas fait usage de la liberté de circulation. Les situations sont donc différentes. En second lieu, elle juge que la privation de cet avantage pour les salariés français repose sur une raison objective, pertinente, étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par les États contractants. La discrimination à rebours n'est donc pas sanctionnée.

Il s'agit de la réaffirmation d'une position déjà adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 novembre 2005³⁶. Dans cette affaire, il s'agissait également d'une contestation par un salarié de nationalité française du versement d'une prime d'expatriation aux seuls salariés de nationalité étrangère. La chambre sociale avait retenu « *qu'une inégalité de traitement entre des salariés peut être justifiée lorsqu'elle repose sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée* »³⁷ et qu'en l'espèce « *cette*

³⁵ Soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270, Wattecamp.

³⁶ Soc., 9 novembre 2005, n°03-47.720, *Synchrotron*.

³⁷ *Ibid.*

inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international »³⁸. Si le juge judiciaire refuse à présent de sanctionner les discriminations à rebours en se fondant sur le droit de l'Union, il n'en demeure pas moins attentif à la neutralisation de telles discriminations.

En effet, dans un arrêt du 29 janvier 2019³⁹ dans lequel les prévenus invoquaient une inégalité devant la loi pénale entre les producteurs nationaux et européens ainsi qu'une discrimination à rebours à l'encontre des producteurs nationaux, la chambre criminelle de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel en raison du refus de celle-ci de procéder à l'examen de constitutionnalité des dispositions de l'acte administratif en question. La Cour de cassation retient :

« qu'en statuant ainsi, alors que d'une part, si le décret du 9 août 1993 a été pris en application de l'article L. 214-1 du code de la consommation, alors en vigueur, ce dernier texte, qui renvoyait au pouvoir réglementaire le soin de définir les règles tenant notamment à la composition et à la dénomination des marchandises de toute nature, ne contenait en lui-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que la conformité du décret à des normes constitutionnelles soit examinée par la juridiction correctionnelle, d'autre part, la violation du principe d'égalité devant la loi pénale par la combinaison des articles 1er et 13-1 du décret, telle qu'alléguée par les prévenus, était de nature, à supposer établie, à emporter leur illégalité, de sorte que la solution du procès pénal dépendait de cet examen, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

Cet arrêt illustre à la fois la volonté du juge judiciaire de sanctionner les discriminations à rebours et l'utilisation par ce dernier du droit national pour obtenir un tel résultat. La mise en œuvre de la sanction des discriminations à rebours est ainsi variable lorsqu'elle se produit à l'encontre de ressortissants nationaux, tant d'un point de vue des juridictions compétentes que des fondements susceptibles d'être mobilisés même si une convergence vers le droit national a été réalisée. Cette sanction apparaît, en revanche, ponctuelle dans l'hypothèse où des citoyens européens sont concernés.

³⁸ Soc., 9 novembre 2005, n°03-47.720, *Synchrotron*.

³⁹ Crim., 29 janvier 2019, n° 17-84.366.

1.2. La mise en œuvre ponctuelle de la sanction des discriminations à rebours envers des citoyens européens

La sanction des discriminations à rebours envers des citoyens européens apparaît ponctuelle. Alors que le juge administratif, dans la décision *Muntean*, refuse de sanctionner une discrimination à rebours en raison de la non-interchangeabilité des catégories d'étrangers (1.2.1), témoignant ainsi des limites des juridictions ordinaires à remédier aux discriminations à rebours, celle-ci est finalement neutralisée par l'intervention d'une circulaire impérative (1.2.2).

1.2.1. La décision *Muntean*, une discrimination à rebours non sanctionnée par le juge en raison de la non-interchangeabilité des catégories d'étrangers

Dans une décision *Muntean* rendue par le Conseil d'État le 22 juin 2012⁴⁰, le juge administratif a refusé de sanctionner une différence de traitement à la défaveur d'un citoyen européen. En l'espèce, un ressortissant de nationalité roumaine, malade, avait introduit une demande de séjour sur le fondement de l'article L. 313-11-11° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), alors qu'il relevait du régime applicable aux citoyens européens prévu à l'article L. 121-1 du CESEDA, puisque le régime européen ne comprenait pas de disposition relative à l'état de santé du ressortissant étranger. Une hypothèse de discrimination à rebours contre les citoyens européens pouvait ainsi être identifiée dans la mesure où les dispositions relatives à la régularisation de la situation des étrangers pour des raisons de santé n'étaient applicables qu'à des ressortissants d'États tiers et non aux citoyens de l'Union. La délivrance d'un titre de séjour lui ayant été refusée par le préfet du Rhône le 9 janvier 2009, il contestait le fait de ne pas pouvoir se prévaloir des dispositions de droit commun applicables aux ressortissants des États tiers qui lui auraient été plus favorables. Le Tribunal administratif de Lyon, lors d'un jugement du 26 janvier 2010⁴¹ a considéré que le citoyen européen qui ne remplissait pas les conditions de droit au séjour réservées aux ressortissants de l'Union européenne pouvait invoquer les dispositions de droit commun relatives aux étrangers provenant des États tiers. Par la suite, la Cour administrative d'appel de Lyon, dans une décision du 7 octobre 2010⁴², a annulé le jugement de première instance et confirmé la décision du préfet en se fondant sur l'adage « *specialia generalibus derogant* » empêchant le citoyen européen se

⁴⁰ CE, 22 juin 2012, n°347545, *Muntean*.

⁴¹ Tribunal administratif de Lyon, 26 janvier 2010, jugement n° 0904877.

⁴² Cour administrative d'appel de Lyon, 7 octobre 2010, arrêt n° 10LY00348.

trouvant dans une situation particulière de se prévaloir des dispositions de droit commun des étrangers.

Le Conseil d'État confirme l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon et refuse toute interchangeabilité des catégories selon Maître Héloïse Gicquel⁴³. Il retient que « *le ressortissant d'un État membre de l'Union européenne qui ne remplit pas l'une des conditions prévues à l'article L. 121-1 du [CESEDA] pour bénéficier du droit de séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois (...) ne peut invoquer le bénéfice des dispositions nationales de droit commun pour obtenir la délivrance d'un titre de séjour* »⁴⁴. Le citoyen européen se trouvant dans une catégorie différente de celle de l'étranger ressortissant d'un pays tiers, il ne peut invoquer le droit applicable à une autre catégorie d'étranger quand bien même celui-ci lui serait plus favorable. Le Conseil d'État raisonne en trois étapes. Selon Maître Héloïse Gicquel,

*« dans la première, il a considéré que les citoyens européens demeurent enfermés dans cette catégorie et ne peuvent ainsi pas se prévaloir, à titre subsidiaire, des dispositions applicables aux étrangers ordinaires. Dans la deuxième, il a rappelé que l'article 37 de la directive 2004/38 ne fait pas obligation aux États de maintenir des dispositions plus favorables que celles énoncées par ce texte pour les citoyens européens. Dans la dernière étape, il a affirmé que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 18 du TFUE n'a pas vocation à s'appliquer dans le cas d'une éventuelle différence de traitement entre les citoyens européens et les ressortissants de pays tiers »*⁴⁵.

La décision *Muntean* s'inscrit dans la lignée de la décision *Vatsouras* du 4 juin 2009⁴⁶ dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne avait considéré pour la première fois que le droit de l'Union n'interdit pas aux États membres de mieux traiter un ressortissant d'un État tiers qu'un citoyen européen. Le juge administratif refuse ainsi de sanctionner une discrimination à rebours portant préjudice à un citoyen européen. Il faudra attendre l'intervention d'une circulaire impérative pour remédier à cette différence de traitement.

1.2.2. La neutralisation d'une discrimination à rebours par une circulaire impérative

Maître Héloïse Gicquel met en exergue que la décision *Muntean* présente des difficultés dans la mesure où, d'une part, la situation du requérant ne pourra être régularisée ni sur le

⁴³ H. Gicquel, « Citoyenneté européenne, qualité d'étranger et éventualité d'une discrimination à rebours », *AJDA*, 2013, p.863.

⁴⁴ CE, 22 juin 2012, n°347545, *Muntean*.

⁴⁵ H. Gicquel, Citoyenneté européenne, qualité d'étranger et éventualité d'une discrimination à rebours, *op. cit.*, p. 865.

⁴⁶ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-22/08, *Vatsouras*.

fondement des dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union ni sur celles relatives aux étrangers ayant la nationalité de pays tiers, et d'autre part, il ne fera pas forcément l'objet d'une mesure d'éloignement en raison des différentes circonstances devant être prises en compte pour le prononcé d'une telle mesure⁴⁷. Le citoyen européen peut alors se trouver dans une situation de vide juridique. Le Professeur Denis Martin s'interroge ainsi sur l'utilité du statut de citoyen européen si celui-ci ne peut pas assurer qu'un tel citoyen ne puisse pas être moins bien traité qu'un ressortissant d'un pays tiers⁴⁸. Maître Héloïse Gicquel souligne que « *sur le plan des principes, cette problématique des discriminations à rebours contre les citoyens européens est contestable au regard de la philosophie qui sous-tend la création de la citoyenneté de l'Union et l'intégration européenne* »⁴⁹.

L'hypothèse de la discrimination à rebours de la décision *Muntean* a finalement été neutralisée par l'intervention d'une circulaire impérative du 10 septembre 2010⁵⁰ portant sur les conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres États parties de l'Espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que les membres de leur famille. Cette circulaire, venant combler le vide juridique précédemment évoqué, a introduit de nouvelles règles permettant de remédier à la différence de traitement. Ainsi, lorsque la situation d'un ressortissant européen a été examinée au regard des articles relatifs à son statut spécial et que sa demande n'a pas abouti, sa situation peut être appréciée au regard du régime général applicable aux étrangers relevant du droit commun. Néanmoins, il convient de noter que cette circulaire ayant été adoptée postérieurement à sa demande, et celle-ci n'ayant pas d'effet rétroactif, le requérant n'a pu s'en prévaloir. Si la mise en œuvre de la sanction des discriminations à rebours est variable lorsqu'elle se produit à l'encontre des ressortissants nationaux, elle demeure toutefois ponctuelle dans l'hypothèse où des citoyens européens sont concernés. Au regard de ces développements, la sanction des discriminations à

⁴⁷ H. Gicquel, « Citoyenneté européenne, qualité d'étranger et éventualité d'une discrimination à rebours », *op. cit.*, p. 865.

⁴⁸ D. Martin, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 339.

⁴⁹ H. Gicquel, *op. cit.*, p. 866.

⁵⁰ Circulaire n° NOR IMIM1000116C du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire sur les conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres États parties de l'Espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que les membres de leur famille.

rebours devant les juridictions ordinaires apparaît incertaine. Celle-ci se révèle néanmoins renforcée par la collaboration des juges.

2. UNE SANCTION RENFORCÉE DES DISCRIMINATIONS À REBOURS PAR LA COLLABORATION DES JUGES

La collaboration des juges internes et européens permet un renforcement de la sanction des discriminations à rebours. D'une part, la neutralisation souhaitable de telles discriminations s'effectue par une volonté partagée des juges internes et européens (2.1). D'autre part, la coopération entre ces derniers permet la maîtrise opportune des discriminations à rebours potentielles (2.2).

2.1. La neutralisation souhaitable des discriminations à rebours par une volonté partagée des juges internes et européens

La neutralisation des discriminations à rebours a été encouragée par une volonté partagée des juges internes et européens de remédier à de telles différences de traitement. Cela s'illustre notamment à travers la décision *Leur-Bloem* à l'origine de l'harmonisation bienvenue du traitement des situations purement internes et communautaires (2.1.1) ainsi que par la décision *Metro Holding* dont découle la sanction inédite d'une discrimination à rebours par le juge constitutionnel impliquant une situation purement interne (2.1.2).

2.1.1. La décision *Leur-Bloem*, l'harmonisation bienvenue du traitement des situations purement internes et communautaires

Afin d'éviter le développement de discriminations à rebours, certaines législations nationales étendent le régime prévu par le droit de l'Union européenne à des situations purement internes lors de la transposition des textes en droit interne. Cette situation pose la difficulté de l'application de l'interprétation du droit de l'Union à une situation purement interne. La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt *Leur-Bloem* du 17 juillet 1997⁵¹, tranche cette difficulté et applique les principes relevant du droit de l'Union européenne à une situation purement interne, en l'espèce, un échange d'actions entre deux sociétés néerlandaises. Elle se déclare ainsi compétente pour interpréter le droit de l'Union européenne lorsque celui-ci ne régit pas directement la situation en cause mais que le législateur national a décidé, lors de la transposition en droit national des dispositions d'une directive, d'appliquer le même traitement aux situations purement internes et aux situations entrant dans le champ

⁵¹ CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, § 32.

d'application de la directive en question. Dans une décision *Guimont* du 5 décembre 2000⁵², la Cour de justice de l'Union européenne réaffirme cette position et assouplit ainsi l'étanchéité entre les situations purement internes et les situations communautaires. Elle considère, au sujet de la portée de son pouvoir d'interprétation du droit de l'Union, que « *la réponse de celle-ci peut néanmoins être utile à la juridiction de renvoi, notamment dans l'hypothèse où le droit national lui imposerait de faire bénéficier un ressortissant d'un État membre donné des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit de l'Union dans la même situation* ».

Bien que les situations communautaires et les situations purement internes sont, dans cette hypothèse, régies par les mêmes dispositions, une différence existe en ce qui concerne la méconnaissance de la directive européenne par la norme de transposition. En effet, dans le cas où une opération est réalisée entre deux sociétés d'États membres différents et que les dispositions de la loi de transposition sont contraires à la directive, le texte contraire au droit de l'Union européenne ne peut être applicable⁵³. En revanche, si une opération est réalisée entre deux sociétés établies en France, les dispositions restent applicables dans la mesure où elles sont fondées sur une norme de droit national régissant une situation purement interne et n'ayant donc pas l'obligation de se conformer à la directive européenne⁵⁴. Ces dispositions législatives ne pourront être contestées qu'en cas de méconnaissance d'une norme qui leur est supérieure au sein de la hiérarchie des normes, autrement dit une norme constitutionnelle ou internationale.

Cette faculté d'étendre l'interprétation issue du droit de l'Union européenne a une situation purement interne en raison de l'harmonisation des régimes est appliquée par le juge administratif. Dans une décision *SARL Méditerranée automobile* rendue le 17 juin 2011⁵⁵, le Conseil d'État retient « *qu'il ressort des travaux préparatoires de l'article 25 de la loi du 30 décembre 1991 portant loi de finances rectificative pour 1991, dont sont issues ces dispositions, que celles-ci avaient pour objet de transposer la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 et que le législateur n'a pas entendu, à cette occasion, traiter moins favorablement les fusions opérées*

⁵² CJCE, 5 décembre 2000, aff. C-448/98, *Guimont* § 23.

⁵³ CE, Ass. 28 Février 1992, n° 56776 et 56777, *SA Rothmans international France* ; CE, Sect., 8 Décembre 2000, n°204756, *Commune de Breil-sur-Roya*.

⁵⁴ L. Nayberg, « Le contentieux fiscal des discriminations à rebours : un jeu de billard à trois bandes », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2016, p. 593.

⁵⁵ CE, 17 juin 2011, n° 324392, *SARL Méditerranée automobile*. Voir également CE, 17 juin 2011, n°314667, *Société Finaparco*.

uniquement entre sociétés françaises, qui sont hors du champ de cette directive, par rapport à celles qui mettent en cause les sociétés d'un autre Etat membre, qui sont dans le champ de cette directive ; que, dès lors, la notion de fusion prévue par ces dispositions doit être interprétée à la lumière de la définition qu'en donne la directive ». Cette position du juge administratif a été réaffirmée à plusieurs reprises⁵⁶.

Il résulte ainsi de la jurisprudence *Leur-Bloem* que lorsque le législateur national décide, en transposant une directive applicable aux situations communautaires, d'étendre le régime prévu par celle-ci aux situations purement internes, le juge national, face à une situation purement interne, peut appliquer au texte la même interprétation que celle que la Cour de justice de l'Union européenne donne à ce dernier en présence d'une situation communautaire. Cette harmonisation du traitement des situations purement internes et communautaires apparaît bienvenue dans la mesure où elle permet de remédier aux discriminations à rebours. Au-delà de ce premier remède, la neutralisation de telles discriminations va trouver une solution inédite dans la décision *Metro Holding*.

2.1.2. La décision *Metro Holding* : la sanction inédite d'une discrimination à rebours par le juge constitutionnel impliquant une situation purement interne

Dans l'affaire *Metro Holding*⁵⁷, la société française CRFP Cash avait cédé à son actionnaire, la société *Metro Holding France*, les actions qu'elle détenait dans le capital de celle-ci. La société CRFP décide d'appliquer le régime applicable aux sociétés « mère-fille » au produit de cette cession. Il s'agissait d'une situation purement interne en raison de l'absence d'élément d'extranéité. Ce régime permet aux sociétés mères de bénéficier de l'exonération des dividendes reçus de la part de leurs filiales, sous réserve de la taxation d'une quote-part de frais et charges d'un montant de 5%. Il permet ainsi de prévenir les doubles impositions économiques en évitant que les bénéfices imposés au niveau d'une filiale soient de nouveau soumis à imposition au niveau de la société mère après distribution⁵⁸. Ces dispositions relevaient de la transposition de la directive n°90/434 du 23 juillet 1990⁵⁹ concernant le régime fiscal commun

⁵⁶ CE, 20 février 2012, n° 321224, *Société civile Participasanh* ; CE, 15 décembre 2014, n° 380942, *SA Technicolor*.

⁵⁷ CC, Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote]*.

⁵⁸ Article 145 et 216 du code général des impôts.

⁵⁹ Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, Journal officiel n° L 225 du 20/08/1990.

applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents. L'article 1^{er} de cette directive prévoit que celle-ci ne peut créer d'obligations à l'égard des États membres qu'au regard d'opérations qui concernent des sociétés d'au moins deux États membres, c'est-à-dire à l'égard des situations présentant un élément d'extranéité. Le législateur avait souhaité instituer un régime de droit commun applicable à toutes les distributions, de façon à ce que les situations purement internes et les situations communautaires soient traitées de la même manière. Il excluait, toutefois, l'application de ce régime aux produits des titres auxquels n'étaient pas rattachés des droits de vote. L'administration fiscale avait contesté l'application de ce régime au motif que ce produit exceptionnel se rattachait à des actions qui n'étaient pas assorties de droits de vote alors que la loi fiscale applicable à l'époque nécessitait que l'ensemble des titres bénéficient d'un droit de vote, condition non prévue par la directive dite « mère-fille ». Les conditions de la loi française étaient donc plus sévères que cette dernière. Alors que les dispositions pouvaient être écartées au profit de la directive pour les situations communautaires, elles étaient applicables aux situations purement internes.

Par une décision du 12 novembre 2015⁶⁰, le Conseil d'État, après avoir constaté que les dispositions contestées créent « *une différence de traitement entre les sociétés mères françaises, selon que les filiales dont elles perçoivent des distributions sont établies en France ou dans d'autres États membres de l'Union européenne* »⁶¹, décide de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à cette discrimination à rebours au Conseil constitutionnel. Celui-ci, dans une décision n°2015-520 QPC du 3 février 2016, se fonde sur le principe d'égalité devant la loi et le principe d'égalité devant les charges publiques protégés respectivement par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 pour considérer que la condition de détention minimale de droits de vote induit une différence de traitement qui ne repose pas sur une véritable différence de situation. En effet, après avoir établi que les sociétés se trouvaient dans une même situation au regard de l'objet du régime fiscal des sociétés mères⁶², le juge constitutionnel met en exergue que la différence de traitement n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général en lien avec l'objet de la loi. Il retient « *qu'en édictant une condition relative aux droits de vote attachés aux titres des filiales pour*

⁶⁰ CE, 12 novembre 2015, n° 367256.

⁶¹ *Ibid.*, cons. 8.

⁶² CC, Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *op. cit.*, cons. 8.

pouvoir bénéficier du régime fiscal des sociétés mères, le législateur a entendu favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales ; que la différence de traitement entre les produits de titres de filiales, qui repose sur la localisation géographique de ces filiales, est sans rapport avec un tel objectif ; qu'il en résulte une méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques »⁶³.

Dans la décision *Metro Holding*, le Conseil constitutionnel sanctionne ainsi pour la première fois une discrimination à rebours concernant une situation purement interne. La loi de finances rectificative pour 2005 du 30 décembre 2005⁶⁴ apporta une modification à l'article 145 6 b *ter* du code général des impôts. Aux termes de cet article le régime fiscal « mère-fille » n'était pas applicable « *aux produits des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote, sauf si la société détient des titres représentant au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice* ». Le Conseil constitutionnel, dans une décision n°2016-553 QPC du 8 juillet 2016 *Société Natixis*⁶⁵, considère que ces dispositions établissent une différence de traitement entre les sociétés bénéficiant du régime fiscal des sociétés mères lorsqu'elles détiennent des titres de participation de filiales représentant moins de 5% du capital et des droits de vote de la filiale et les autres. Comme dans sa décision *Metro Holding*, le juge constitutionnel déclare ces dispositions contraires à la Constitution en se fondant sur les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques et sanctionne à nouveau une discrimination à rebours⁶⁶.

La portée de cette jurisprudence doit néanmoins être nuancée au regard de la récente décision *Marc S. et autre*, rendue par le Conseil constitutionnel le 3 avril 2020⁶⁷, dans laquelle ce dernier rejette deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives au traitement fiscal de plus-values réalisées par des particuliers et placées en report d'imposition. Le juge constitutionnel considère que « *au regard de l'objet de la loi, telle que désormais interprétée, il existe une différence de situation, tenant au cadre, européen ou non, de l'opération d'échange de titres. Par conséquent, la différence de traitement instaurée par les dispositions contestées est fondée sur une différence de situation et en rapport direct avec l'objet de la loi* ». Il refuse

⁶³ *Ibid.*, cons. 10.

⁶⁴ Loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005.

⁶⁵ Décision n° 2016-553 QPC du 8 juillet 2016 *Société Natixis* [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote II].

⁶⁶ Voir également : CC, Décision n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière* [Contribution de 3 % sur les montants distribués].

⁶⁷ CC, Décision n° 2019-832/833 QPC du 3 avril 2020, *Marc S. et autre* [Exclusion de certaines plus-values mobilières du bénéfice de l'abattement pour durée de détention].

alors de sanctionner la différence de traitement apparente et retient que les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe d'égalité devant la loi. Selon le Professeur Marc Pelletier, cette décision « *a fortement réduit la portée de la jurisprudence Metro Holding et les possibilités d'obtenir la censure des discriminations par ricochet sur le terrain de la méconnaissance du principe d'égalité corrélative* »⁶⁸. Bien que sa portée soit aujourd'hui remise en cause, la décision *Metro Holding* a marqué une évolution notable dans la mise en œuvre de la sanction des discriminations à rebours. Au-delà de la neutralisation souhaitable de telles discriminations par une volonté partagée des juges internes et européens, la coopération entre ces derniers permet également la maîtrise opportune des discriminations à rebours potentielles.

2.2. La maîtrise opportune des discriminations à rebours potentielles par une coopération entre les juges internes et européens

La décision *Jacob*, adoptée par le juge administratif, illustre une discrimination à rebours potentielle sanctionnable uniquement par l'action commune des juges internes et européens (2.2.1) et reflète l'articulation complexe entre le renvoi d'une question préjudicielle et le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (2.2.2).

2.2.1. La décision *Jacob* : illustration d'une discrimination à rebours potentielle sanctionnable uniquement par l'action commune des juges internes et européens

Dans l'affaire *Jacob*⁶⁹, le requérant avait effectué un apport de titres qu'il détenait dans la SAS Dubocage à la SAS Dubocage Développement et a reçu en échange des titres émis par cette dernière. La plus-value réalisée à l'occasion de cette opération d'échange de titres a été placée, à sa demande, en report d'imposition conformément aux dispositions alors en vigueur du II de l'article 92 B et du 4 du I *ter* de l'article 160 du code général des impôts. Après avoir changé de domicile fiscal, le requérant a cédé la totalité des titres qu'il détenait dans la SAS Dubocage Développement. La plus-value qui avait été mise en report d'imposition a été imposée à la suite de cette cession. Selon l'interprétation constante du Conseil d'État du II de l'article 92 B et du 4 du I *ter* de l'article 160 du code général des impôts, « *ces dispositions ont pour seul effet de permettre, par dérogation à la règle suivant laquelle le fait générateur de*

⁶⁸ M. Pelletier, « Le Conseil d'État et les discriminations à rebours », *Revue de droit fiscal*, n°28, 9 juillet 2020, étude 303, p. 1.

⁶⁹ CE Ass., 31 mai 2016, n° 393881, *Jacob*.

l'imposition d'une plus-value est constitué au cours de l'année de sa réalisation, de constater et de liquider la plus-value d'échange l'année de sa réalisation et de l'imposer l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition, qui peut notamment être la cession des titres reçus au moment de l'échange »⁷⁰.

Le requérant considère que l'opération d'échange d'actions ne peut être regardée comme le fait générateur d'une imposition mais consiste en une opération intercalaire fiscalement neutre. Il considère que cette interprétation méconnaît l'article 8 de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990⁷¹ concernant le régime fiscal applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents selon lequel « l'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions, de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou acquérante à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société, ne doit, par elle-même entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé ». Par application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le juge administratif peut par un renvoi préjudiciel saisir la Cour de justice de l'Union afin qu'elle se prononce sur l'interprétation à donner aux dispositions de la directive précédemment évoquée. Le requérant soulève une question prioritaire de constitutionnalité dans la mesure où, en cas d'incompatibilité entre les dispositions nationales et le droit de l'Union, les dispositions nationales seraient écartées au profit de la directive pour les situations communautaires mais elles demeureraient applicables pour les situations purement internes entraînant une discrimination à rebours contraire aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. En effet, dans ce cas une plus-value d'échange d'actions entre sociétés françaises serait imposable en vertu des règles nationales tandis qu'une plus-value d'échange d'actions résultant d'une opération de fusion, de scission ou d'apport entre sociétés d'États membres différents ne serait pas imposable conformément aux dispositions de la directive du 23 juillet 1990. Le juge administratif décide de ne pas renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel dans la mesure où l'existence de la discrimination à rebours est subordonnée à l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne et qu'en l'état actuel elle ne demeure que potentielle. Le

⁷⁰ CE Ass., 31 mai 2016, n° 393881, *Jacob*, cons. 9.

⁷¹ Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, Journal officiel n° L 225 du 20/08/1990.

juge administratif procède néanmoins à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union afin que celle-ci se prononce sur l'interprétation de l'article 8 de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990.

Le juge administratif renouvelle cette position dans une décision du 27 juin 2016 *Association française des entreprises privées*⁷² en exerçant un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne dans la mesure où, de l'interprétation effectuée par cette dernière du droit dérivé de l'Union, découlait l'existence d'une discrimination à rebours. En l'espèce, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, les requérants contestaient l'imposition dénommée contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés à laquelle les sociétés ou organismes ayant reçu les produits des participations de leurs filiales sont assujettis lorsqu'ils procèdent à la redistribution de ces produits. Selon l'article 4 de la directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011⁷³ relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, dans sa rédaction résultant de la directive 2014/86/UE du 8 juillet 2014⁷⁴, lorsqu'une société mère ou son établissement stable perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices autrement qu'à l'occasion de la liquidation de cette dernière, l'État membre de la société mère et l'État membre de son établissement stable peuvent s'abstenir d'imposer ces bénéfices, cette possibilité ayant été retenue par la France.

Le Conseil d'État souligne que selon les requérants, « *les dispositions de la directive s'opposeraient à l'application de la contribution additionnelle dans une telle hypothèse, alors que, s'agissant des redistributions de dividendes perçus par une société mère française en provenance d'une filiale ayant son siège en France ou dans un État tiers à l'Union européenne, qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive, les dividendes correspondants y seraient assujettis, (...) qu'il en résulterait ainsi une discrimination à rebours, contraire aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques garantis par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁷⁵. Le juge administratif

⁷² CE, 27 juin 2016, n° 399024, *Association française des entreprises privées*.

⁷³ Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, Journal officiel n° L 345 du 29.12.2011.

⁷⁴ Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, Journal officiel n° L 219 du 25.07.2014.

⁷⁵ CE, 27 juin 2016, n° 399024, *Association française des entreprises privées*, cons. 8.

saisit la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en raison d'une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union afin d'anticiper la survenance d'une discrimination à rebours. La décision *Association française des entreprises privées*⁷⁶ réitère la position tenue par le juge administratif dans la décision *Jacob*. Cette dernière illustre ainsi l'hypothèse d'une discrimination à rebours potentielle sanctionnable uniquement par l'action commune des juges internes et européens et reflète l'articulation complexe entre le renvoi d'une question préjudicielle et celui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

2.2.2. La décision *Jacob* : reflet de l'articulation complexe entre le renvoi d'une question préjudicielle et le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité

La décision *Jacob* reflète l'articulation complexe entre le renvoi d'une question préjudicielle et le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité⁷⁷ dans la perspective de neutraliser une discrimination à rebours potentielle. Dans cette affaire, le juge administratif se conforme à la décision *Melki et Abdeli*⁷⁸, rendue par la Cour de justice de l'Union européenne le 22 juin 2010, selon laquelle cette dernière accepte que les États membres instaurent une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois avec un caractère prioritaire à la condition que plusieurs règles soient respectées. Les juridictions nationales doivent ainsi rester libres de saisir à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. Cette articulation entre le renvoi de la question préjudicielle et celui de la question prioritaire de constitutionnalité apparaît également dans la décision *Société Apsis*⁷⁹ rendue par le Conseil d'État le même jour que la décision *Association française des entreprises privées* et dans laquelle était en cause la constitutionnalité des mêmes dispositions du code général des impôts.

En effet, dans la décision *Société Apsis*, le juge administratif retient que « dans le cas où, à la suite de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne rendue dans l'affaire n°

⁷⁶ Voir également : CE, 31 mai 2016, n°393881, *M.B.*

⁷⁷ Voir notamment : J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, *Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques*. « Quand le principe d'égalité vient perturber l'équilibre fragile de l'articulation entre QPC et question préjudicielle à la CJUE », *Nouveau Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} oct. 2016, n° 53.

⁷⁸ CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10, *Melki et Abdeli*. § 57.

⁷⁹ CE, 27 juin 2016, n°398585, *Société Apsis*.

399024, la société requérante présenterait à nouveau devant la juridiction saisie du litige la même question prioritaire de constitutionnalité, l'autorité de la chose jugée par la présente décision du Conseil d'Etat ne ferait pas obstacle au réexamen de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 235 ter ZCA du code général des impôts »⁸⁰. Il poursuit en précisant l'articulation entre le rôle de juge de droit commun de l'Union européenne qui incombe au juge administratif et celui de juge de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité. Il considère :

« qu'il appartiendrait alors d'abord à la juridiction saisie, soit de juger que les dispositions contestées doivent être regardées comme incompatibles avec la directive du 30 novembre 2011, en tant qu'elles ne prévoient pas de règles spécifiques pour les redistributions de bénéfices reçus par une société mère française d'une filiale établie dans l'Union européenne relevant du régime mère-fille, soit de juger qu'elles ne sont pas incompatibles avec la directive, compte tenu, le cas échéant, de la possibilité d'en donner une interprétation conforme aux objectifs de celle-ci ; qu'il lui appartiendrait ensuite d'en tirer les conséquences quant au caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée devant elle »⁸¹.

Bien que les décisions *Jacob* et *Société Apsis* semblent présenter une articulation claire entre le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité et celui d'une question préjudicielle dans le but de préserver, d'une part, les exigences liées au délai de procédure de la première et d'autre part, la primauté du droit de l'Union européenne, des difficultés subsistent. En effet, selon le Professeur Vanessa Barbé, « dans l'affaire *Jacob*, un seul moyen d'inconstitutionnalité était invoqué, laissant subsister un doute en cas de multiplicité de moyens, dont certains potentiellement recevables. Ce sont les arrêts du 27 juin 2016 qui auraient dû apporter un éclairage sur l'office du juge du filtre et la concurrence des questions de constitutionnalité, mais cet éclairage n'est que partiel »⁸². Ainsi, bien que la sanction des discriminations à rebours apparaisse renforcée par la collaboration des juges, les mécanismes permettant d'aboutir à celle-ci demeurent complexes et tortueux.

⁸⁰ CE, 27 juin 2016, n°398585, *Société Apsis*, cons. 21.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² V. Barbé, « L'enchevêtrement des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité », *AJDA*, n°43, 2016, p. 2448.

**LE CONGÉ DE MATERNITÉ DES DOCTORANTES CONTRACTUELLES : QUELQUES
TÉMOIGNAGES ET PRÉCISIONS NÉCESSAIRES SUR LES RÈGLES EN VIGUEUR**

Denys-Sacha Robin *

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	146
1. LES CONDITIONS DU CONGÉ.....	148
2. LA PROROGATION DU CONTRAT DOCTORAL	151
3. LES EFFETS DU CONGÉ SUR LA MISSION D'ENSEIGNEMENT	153
CONCLUSION	157

* Maître de conférences en droit public, Université Paris Nanterre, Centre de droit international de Nanterre (CEDIN) - EA 382.

Abstract

The consequences of a maternity leave can be a source of an inequality of opportunities between male and female doctoral candidates and constrain the entry of the latter into the academic career. Rules applicable to contractual doctoral students precisely aim at limiting such effects by helping them conciliate private and professional life. In practice, however, such rules are neither always known nor respected. That is the reason why a broad presentation of the applicable regime, intended to the concerned people and administrations, appears necessary. Firstly, the granting of a maternity leave is supposed to exempt the concerned doctoral students of all their contractual duties. Secondly, if the maternity leave is longer than four months, the doctoral contract must be extended for a period equivalent to the duration of such leave. Thirdly, concerning a possible teaching mission, all the rules applicable to statutory academic teachers/researchers apply to contractual doctoral candidates. Thus, an automatic reduction of teaching hours should be granted to them.

Résumé

Les conséquences découlant de la maternité peuvent être source d'inégalité des chances entre doctorants hommes et femmes et peser sur l'entrée de ces dernières dans la carrière universitaire. L'objet des règles applicables aux doctorants contractuels en matière de congés vise précisément à limiter de tels effets en favorisant la conciliation des vies familiale et professionnelle. En pratique, cependant, ces règles ne sont ni nécessairement connues, ni toujours suivies. C'est la raison pour laquelle un panorama du droit applicable destiné aux intéressées et aux administrations apparaît nécessaire. D'une part, l'octroi d'un congé de maternité est censé libérer les doctorantes concernées de leurs obligations de service comme des obligations découlant de leurs activités complémentaires. D'autre part, si le congé est supérieur à 4 mois, le contrat doctoral peut être prorogé de plein droit pour une durée égale à celle du congé. Enfin, s'agissant de la réalisation d'une éventuelle mission d'enseignement, toutes les règles applicables aux enseignantes-chercheuses statutaires s'appliquent aux doctorantes contractuelles. Une décharge minimale de service doit ainsi leur être accordée.

INTRODUCTION

La question du congé de maternité des doctorantes contractuelles se pose avec acuité pour différentes raisons. Premièrement, même si certains pourraient noter que le travail de thèse, principalement en sciences humaines et sociales, peut être réalisé en partie à domicile (comme d'ailleurs tout travail solitaire de réflexion, de création, d'écriture, ce qui dépasse donc de loin le seul cas des chercheurs), le congé de maternité est un droit impliquant un temps de repos. C'est d'abord un droit fondamental garanti au niveau international et européen¹. C'est ensuite un droit reconnu et encadré par les textes nationaux applicables. Le contrat doctoral est régi par le droit de la fonction publique, en particulier par le décret n° 2009-464 du 23 avril 2009 (modifié par le décret n°2016-1173 du 29 août 2016) relatif aux doctorants contractuels des établissements publics d'enseignement supérieur ou de recherche et, plus généralement, par le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 modifié relatif aux dispositions générales applicables aux contractuels de l'État². Deuxièmement, au-delà du droit au congé se pose une question plus vaste liée aux conséquences inhérentes à la grossesse et à la naissance d'un enfant et qui relève de l'égalité des chances entre femmes et hommes. Le congé de maternité, ses conditions et ses effets poursuivent un but précis qui consiste à permettre et faciliter la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle³. À cet égard, il semble d'ailleurs utile de souligner que si le contrat doctoral est envisagé comme un moyen d'« assurer une stabilité juridique et financière aux doctorants permettant un meilleur investissement dans les travaux de recherche

¹ L'article 33-2 de la Charte européenne des droits fondamentaux indique qu'« [a]fin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant ». V. aussi la lecture conjointe des articles 3 et 9 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels de 1966 opérée par le Comité qui en contrôle la mise en œuvre dans ses observations générales n° 16 du 11 août 2005, E/C.12/2005/4, p. 8, para. 26.

² Le contrat doctoral est un contrat à durée déterminée de trois ans (article 3 du décret n° 2009-464 du 23 avril 2009) passé entre un ou une doctorante et certains types d'établissements publics administratifs assurant une mission d'enseignement supérieur et/ou de recherche (article 2) et ayant pour objet « *d'encourager la formation à la recherche et par la recherche des diplômés de l'enseignement supérieur au niveau du doctorat* » (article 1). C'est en raison de son régime particulier que l'on se focalise sur le cas du congé de maternité accordé dans le cadre du contrat doctoral. Pour les doctorants recrutés dans le cadre d'une convention CIFRE (Convention industrielle de formation par la recherche) par un employeur privé, le droit du travail s'applique. Pour les Attachés temporaires d'enseignement et de recherche (ATER), le décret n°88-654 du 7 mai 1988 relatif à leur recrutement ne régit pas la question des congés et il convient donc de se référer aux dispositions générales du décret n°86-83 du 17 janvier 1986 relatifs aux contractuels de l'État. Les autres doctorants ne disposant d'aucun contrat de travail sont soumis au régime applicable aux étudiants.

³ Pour un témoignage, v. par exemple l'article de B. Peslier-Peralez, « Concilier doctorat et maternité » sur le blog de l'association ENThèse publié le 22 mars 2012 : <https://enthes.hypotheses.org/157>.

et un meilleur taux de succès au doctorat »⁴, la maternité et le congé s’y rattachant ne sont pas censés aller à l’encontre d’un tel objectif. Troisièmement, même si les règles applicables au congé de maternité des enseignantes-chercheuses en général et aux doctorantes contractuelles en particulier ont été précisées ces dernières années, elles ne sont ni nécessairement connues, ni toujours claires, ni forcément suivies en pratique. En 2011, un article rédigé par O. Bui-Xuan révélait les résultats d’une vaste étude de terrain concernant les congés maternité des enseignantes-chercheuses statutaires. Les nombreux témoignages rapportés à l’époque montraient les difficultés auxquelles celles-ci se trouvaient confrontées et la grande disparité des décisions prises par les administrations universitaires⁵. Or, des problématiques similaires se posent pour les doctorantes contractuelles. L’auteur de ces lignes a également reçu trois témoignages portant sur les années 2016-2017 pour les deux premiers et 2019-2020 pour le troisième. Tous évoquent des pratiques administratives éloignées des textes en vigueur. Cela justifie donc de proposer un panorama des règles applicables à destination des personnes et acteurs potentiellement intéressés par la question.

Les enjeux généraux d’une telle étude méritent aussi d’être soulignés et apparaissent plus prégnants au fil des ans. D’une part, si le nombre de doctorants en France affiche une légère baisse depuis 2010, le nombre de doctorants disposant d’un contrat doctoral tel que défini par le décret n° 2009-464 du 23 avril 2009 augmente. Selon une note de la Direction générale des ressources humaines du ministère de l’Enseignement supérieur et de la Recherche, les doctorants contractuels en France étaient en 2015 au nombre de 14 423. En 2018, ils étaient 16 059, dont 43% de femmes, et parmi eux 7 110 disposaient d’une mission d’enseignement⁶. D’autre part, la conséquence de cette augmentation, à laquelle s’ajoute la faiblesse du nombre de postes d’enseignants titulaires disponibles à l’issue du doctorat, génère une pression plus forte sur les jeunes chercheurs du fait des tâches attendues d’eux : assurer des enseignements variés, organiser ou participer à des colloques ou divers événements académiques, publier des articles de qualité en dehors du champ de la thèse et en nombre suffisant, publier des notes

⁴ Circulaire DGRH A162/DM// n° 0194 du 29 novembre 2016 relative à l’application des dispositions du décret n° 2009-464 du 23 avril 2009 relatif aux doctorants contractuels des établissements publics d’enseignement supérieur ou de recherche, dans sa version modifiée par le décret n° 2016-1173, p. 1.

⁵ O. Bui-Xuan, « Le congé de maternité des enseignantes-chercheuses », *Droit et société*, 2011/1, n° 77, p. 109-136 (on se référera aux paragraphes tels qu’indiqués dans la version en ligne).

⁶ Note de la Direction générale des ressources humaines du Ministère de l’enseignement supérieur et de la recherche, « Les enseignants non permanents affectés dans l’enseignement supérieur », n° 6, juin 2019, p. 2, disponible sur la page internet du Ministère consacrée aux bilans et statistiques relatifs aux personnels enseignants du supérieur : https://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/statistiques/62/3/Note_NP_2017_2018_1146623.pdf.

d'actualité, recensions d'ouvrages ou notes de blog en ligne, s'investir dans la vie universitaire ou dans les instances des sociétés savantes, tout cela en plus de réaliser une thèse de bonne facture. Dans ces conditions, un congé de maternité peut être vu comme un handicap et susciter diverses craintes : peur d'être oubliée, déconsidérée ou de rater des opportunités, difficultés liées à la constitution d'un dossier en vue de la qualification par le Conseil national des universités (CNU) ou liées aux conditions d'entrée dans la carrière universitaire. Enfin, il est possible de souligner la faible « conscience de la légalité »⁷ de la part des intéressées ou, plus simplement, l'absence de volonté, au milieu d'un doctorat et à l'orée d'une carrière universitaire éventuelle, de se confronter trop directement à l'administration voire aux réticences et remarques des collègues titulaires (qui peuvent d'ailleurs révéler diverses injonctions contradictoires : tantôt il faudrait maintenir un travail régulier sur la thèse pour ne la laisser trop longtemps de côté, tantôt il conviendrait de ne pas demander le renouvellement d'une mission d'enseignement pour, selon les cas, se reposer ou se focaliser sur la recherche).

Conjugués les uns aux autres, tous ces éléments peuvent s'avérer source d'importantes inégalités des chances présentes ou futures entre jeunes chercheur(e)s femmes et hommes. Pourtant, le droit applicable est censé limiter – à défaut de faire disparaître – de tels effets pervers. Afin d'établir un panorama suffisamment clair, il convient de distinguer les points suivants : les conditions relatives à l'ouverture du droit au congé (1), la question de la prorogation éventuelle du contrat doctoral (2) et celle des effets du congé sur la mission d'enseignement et le calcul des heures de service réputées effectuées, qui semble donner lieu à des pratiques variables (3).

1. LES CONDITIONS DU CONGÉ

L'identification des règles applicables au congé de maternité des doctorantes contractuelles fait appel à différents instruments législatifs et réglementaires. Le texte de référence est le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État. Son article 15 (modifié par le décret n° 2014-364 du 21 mars 2014) fixe le cadre général :

⁷ Les statistiques établies par O. Bui-Xuan lui ont permis de souligner en 2011 la méconnaissance du droit applicable par les intéressées, en particulier par les juristes, « Le congé de maternité des enseignantes-chercheuses », *op. cit.*, para. 27.

« [l]’agent non titulaire en activité a droit, après six mois de services, à un congé de maternité, de paternité, d’accueil de l’enfant ou d’adoption rémunéré, d’une durée égale à celle fixée par la législation sur la sécurité sociale. Pendant toute la durée de ce congé, l’intéressé perçoit son plein traitement ».

L’article 2 prévoit quant à lui l’application aux agents contractuels du régime général de la sécurité sociale ainsi que l’affiliation aux caisses primaires d’assurance maladie pour bénéficier des assurances telles que celle prévue en cas de maternité. Ainsi, en premier lieu, une doctorante contractuelle ne peut bénéficier d’un congé de maternité rémunéré qu’après six mois de services. Sur ce point, les textes les plus récents recourent plutôt à la notion d’ancienneté. Le calcul de l’ancienneté « pour l’ouverture des droits à congés » démarre à la date de conclusion du contrat selon l’article 11 du décret n° 2009-464 du 23 avril 2009 relatif aux doctorants contractuels et la circulaire du 29 novembre 2016 relative à l’application du même décret⁸. Pour les doctorantes ne bénéficiant pas de six mois d’ancienneté, l’article 16 du décret de 1986 relatif aux agents contractuels de l’État prévoit qu’elles doivent être placées « en congé sans traitement pour une durée égale à celle prévue à l’article 15 ». Dans ce cas, elles peuvent percevoir des indemnités journalières de la Sécurité sociale si elles remplissent les conditions pour en bénéficier. En second lieu, à l’exception de celles qui ne bénéficient pas du droit à un congé rémunéré, les doctorantes contractuelles doivent recevoir leur plein traitement de la part de l’Université qui les emploie durant toute la durée de leur congé. En troisième lieu, que le congé soit ou non rémunéré, sa durée est égale à celle déterminée pour toutes les salariées des secteurs public et privé. À cet égard, le droit de la fonction publique est calqué sur le Code du travail et il convient de se référer à ses articles L.1225-16 et suivants⁹. La durée d’un congé de maternité pour les deux premiers enfants est de 16 semaines (6 semaines de congé prénatal et 10 semaines de congé postnatal). La durée du congé est portée à 26 semaines à partir du troisième enfant (8 semaines avant et 18 semaines après l’accouchement), 34 semaines s’il s’agit de jumeaux (12 avant et 22 après l’accouchement) ou 46 semaines (24 avant et 22 après l’accouchement) si les enfants à naître sont plus nombreux. À cette question de la durée, deux précisions peuvent être ajoutées. D’un côté, il est possible que la durée prévue du congé de maternité se cumule avec un éventuel congé pathologique (notamment en cas de grossesse à risque). De la même façon, le congé de maternité est censé être clairement distingué du congé

⁸ Circulaire DGRH A162/DM// n° 0194 du 29 novembre 2016 relative à l’application des dispositions du décret n° 2009-464 du 23 avril 2009, précitée, p. 12, point 9.

⁹ Si le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatifs aux contractuels de l’État renvoie à la législation sur la sécurité sociale, la circulaire DGRH A1-2 n° 2012-0157 du 30 avril 2012 relative aux congés légaux des enseignants-chercheurs et des autres enseignants exerçant dans l’enseignement supérieur se fonde explicitement sur le Code du travail.

annuel auquel ont droit tous les fonctionnaires et contractuels de l'État, si bien que le chevauchement des deux devrait en principe permettre le report du congé annuel¹⁰. D'un autre côté, si l'intéressée en fait la demande et sous réserve de l'avis favorable du professionnel de santé, il est permis de réduire la durée du congé prénatal de trois semaines au maximum. Dans ce cas, le congé postnatal est automatiquement augmenté d'autant (article L.1225-17 du Code du travail).

S'agissant des procédures à suivre pour bénéficier d'un congé de maternité, les doctorantes contractuelles ont l'obligation d'informer, d'une part, l'Assurance maladie de leur grossesse avant la fin du troisième mois. Elles doivent, d'autre part, informer leur employeur avant la date de début du congé prévu en envoyant au service des ressources humaines une attestation de grossesse établie par un médecin ou une sage-femme et précisant la date présumée de l'accouchement. Il leur faut de plus transmettre au même service les dates de départ et de retour telles qu'indiquées par l'Assurance maladie et calculées selon les conditions mentionnées plus haut. Ces dates sont reprises par le service des ressources humaines et la doctorante est ensuite censée recevoir un arrêté de congé du Président de l'Université qui l'emploie. Il s'agit d'un document important dans la mesure où, durant la période indiquée, le travail de l'agent n'est ni autorisé ni couvert. Au-delà de l'interdiction d'enseigner pour celles qui ont une mission d'enseignement, cela inclut tout ce qui relève du « service »¹¹ et des « activités complémentaires » définis aux articles 5 et 5-1 du décret du 23 avril 2009, notamment les surveillances d'examens, la correction des copies ou la présence aux réunions de délibérations. Pour lesdites tâches, l'administration est censée prévoir le remplacement de la doctorante concernée¹². Il est néanmoins utile de rappeler qu'un tel remplacement ne peut être effectué par un enseignant vacataire, un autre doctorant contractuel ou un ATER que dans le cas où celui-ci n'a pas déjà atteint son plafond annuel d'heures d'enseignement. Contrairement aux

¹⁰ V. les explications fournies par la circulaire DGRH A1-2 n° 2012-0157 du 30 avril 2012, *ibid.*, p. 9-10, qui s'appuie sur une décision de la CJCE du 18 mars 2004, *María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA*, aff. C-342/01.

¹¹ À noter que le « service » des doctorants contractuels inclut, selon l'article 5 du décret du 23 avril 2009, les « activités de recherche liées à la préparation du doctorat ». À cet égard, le statut hybride des doctorants contractuels, à la fois étudiants et contractuels de l'État, rend les choses complexes. On suppose qu'en cas de congé le travail à domicile au titre du statut d'étudiant n'est en rien prohibé. En tant que contractuelle protégée par le régime évoqué, en revanche, aucune obligation ne peut être imposée à la doctorante (envoi obligatoire de travaux, réunions liées à la thèse ou d'autres travaux, *etc.*).

¹² O. Bui-Xuan pointait déjà des problèmes fréquents liés à l'absence de remplacement, « Le congé de maternité des enseignantes-chercheuses », *op. cit.*, para. 53. Pour ce qui concerne l'effet du congé sur la mission éventuelle d'enseignement et le calcul des heures réputées faites, v. *infra*, para. 3.

enseignants-chercheurs statutaires, les heures complémentaires effectuées par les contractuels ne sont pas rémunérées.

Sur ces différents points, les trois témoignages rapportés à l'auteur font état d'un même phénomène. D'un côté, la procédure permettant aux doctorantes concernées de se voir reconnaître un congé de maternité a bien été respectée malgré des remarques de certains membres du personnel (enseignant comme administratif) traduisant leur perplexité quant à son utilité. Toutes ont ainsi reçu un arrêté de congé provenant de la Présidence de leur Université. D'un autre côté, il a été très difficile sinon impossible pour les doctorantes concernées de s'extraire de leurs obligations de service. Si les trois ont pu laisser leur thèse de côté durant l'intégralité ou une grande partie de leur congé (décision souvent laissée à leur libre appréciation), toutes ont été invitées à corriger des copies, à assister à diverses réunions des équipes pédagogiques ou encore à répondre à leurs courriels concernant l'avancement de certains projets collectifs de recherche.

2. LA PROROGATION DU CONTRAT DOCTORAL

Dans certaines conditions, les congés applicables aux contractuels de l'État peuvent permettre aux doctorants contractuels et en particulier à celles qui bénéficieraient d'un congé de maternité durant leurs trois années de contrat d'en demander la prorogation. L'article 8, alinéa 1^{er}, du décret du 23 avril 2009 relatif aux doctorants contractuels modifié par le décret n° 2016-1173 du 29 août 2016 indique que :

« [s]i durant l'exécution du contrat, le doctorant a bénéficié d'un congé de maternité, de paternité, d'un congé d'adoption, d'un congé de maladie d'une durée supérieure à quatre mois consécutifs (...), la durée du contrat peut être prorogée par avenant si l'intéressé en formule la demande avant l'expiration de son contrat initial. La durée de cette prorogation est au plus égale à la durée du congé obtenu dans la limite de douze mois ».

À cet égard, plusieurs éléments méritent des précisions. En premier lieu, la circulaire du 29 novembre 2016 relative à l'application du décret précité précise que « tous les congés prévus aux Titres IV et V du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986, à l'exception du congé sans rémunération pour convenances personnelles, ouvrent droit à une prolongation du contrat doctoral ». Elle indique surtout que cette prolongation « est accordée de plein droit »¹³. La

¹³ Circulaire DGRH A162/DM// n° 0194 du 29 novembre 2016, précitée, p. 6.

Présidence de l'Université qui l'emploie est donc tenue de répondre favorablement à une demande formulée avant la fin du contrat doctoral de la doctorante concernée.

En deuxième lieu, il convient de préciser le cadre temporel ouvrant droit à une telle prorogation. Selon les termes de l'article 8 précité, la doctorante doit avoir bénéficié d'un congé « durant l'exécution du contrat ». Par conséquent, la condition d'ancienneté de 6 mois (ouvrant droit à un congé *remunéré*) ne s'applique pas. Même si le congé a été pris dès les premières semaines du contrat doctoral, la prorogation peut être accordée. En revanche, la question est plus complexe lorsque le congé approche la fin du contrat car la condition d'ouverture du droit à prorogation, toujours selon l'article 8 précité, est que le congé doit avoir été supérieur à 4 mois consécutifs. Sur ce point, l'article 27 du décret du 17 janvier 1986 relatif aux agents contractuels de l'État prévoit que « [l]orsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, les congés prévus aux titres III, IV, V et VI ne peuvent être attribués au-delà de la période d'engagement restant à courir ». Autrement dit, si le congé d'une doctorante contractuelle a débuté moins de 4 mois avant la fin de son contrat, la durée prise en compte du congé ne pourra satisfaire la condition relative à l'ouverture du droit à prorogation.

En troisième lieu, s'agissant de la durée de la prorogation accordée (si le congé a été supérieur à 4 mois), celle-ci doit correspondre à la durée du congé accordé en vertu de la législation applicable. Sur ce point, deux remarques sont nécessaires. D'une part, dans l'hypothèse où il s'agit d'un premier ou d'un deuxième enfant, la durée légale du congé de maternité est de 16 semaines. C'est en réalité une durée légèrement inférieure à 4 mois qui n'offre donc pas la possibilité de demander la prorogation du contrat doctoral. La question ne se pose pas, en revanche, s'il s'agit d'un troisième enfant ou d'une naissance multiple car la durée du congé est supérieure à 4 mois. La durée de la prorogation sera alors équivalente à la durée du congé légal (par exemple, 26 semaines à partir du troisième enfant). D'autre part, les termes de l'article 8 du Décret de 2009 laissent ouverte la possibilité d'un cumul de congés consécutifs différents. Par conséquent, si une doctorante contractuelle enchaine un congé pathologique de 2 semaines puis un congé de maternité de 16 semaines, le total est censé permettre l'ouverture du droit à prorogation. Dans ce cas, la durée de la prorogation devra logiquement être de 18 semaines. L'alinéa 2 de l'article 8 précise néanmoins que « la durée cumulée des prorogations accordées au titre du présent article ne peut excéder un an ».

Enfin, il convient de souligner que ce n'est pas seulement le contrat doctoral dont la durée peut être prolongée mais également la durée globale du doctorat. Sur ce point, l'arrêté du

25 mai 2016 fixant le cadre national de la formation et les modalités conduisant à la délivrance du diplôme de doctorat indique, en son article 14, que « la durée de préparation du doctorat peut être au plus de six ans ». Il prévoit toutefois une exception pour les doctorants ayant bénéficié d'un congé d'une durée supérieure à 4 mois, ce qui peut utilement être mentionné aux comités de suivi contrôlant l'avancement du travail de thèse ou pour une demande de réinscription au-delà de la sixième année.

Les témoignages rapportés en la matière démontrent une certaine frilosité des doctorantes comme des administrations concernées à mettre en œuvre ces principes. Sur les trois témoignages, une personne n'était pas concernée par la prorogation, une ne l'a pas demandée de peur de se confronter à d'interminables difficultés administratives et la dernière a obtenu une prorogation après un parcours administratif fastidieux. Dans ce dernier cas, la demande de la doctorante concernée est restée sans réponse durant plusieurs mois. Après une relance de l'administration, le principe d'une prorogation de plein droit a été reconnu au niveau de la Présidence de l'Université. Toutefois, la doctorante a ensuite été mise en copie de dizaines de courriels d'échanges entre plusieurs services administratifs et son laboratoire de recherche. Ceux-ci soulignaient les difficultés à déterminer quelle entité devait assurer la charge financière de la prorogation et en vertu de quelles recettes budgétaires. À plusieurs reprises, la doctorante a fait l'objet d'une certaine culpabilisation en raison du fait que plusieurs budgets destinés à la recherche devraient être amputés pour lui permettre de bénéficier d'une prorogation. La doctorante concernée a finalement dû formuler la demande expresse de ne pas être en copie des échanges et souligner que la prorogation de son contrat était un droit que l'administration devait être apte à financer sans difficulté. Elle n'a pas connaissance de l'origine des recettes budgétaires ayant finalement financé les six mois de prorogation de son contrat.

3. LES EFFETS DU CONGÉ SUR LA MISSION D'ENSEIGNEMENT

S'agissant de la mission d'enseignement susceptible d'être dévolue à une doctorante contractuelle, dans la majorité des cas de 64 heures de travaux dirigés par an, deux problématiques doivent être distinguées. La première est celle de la candidature à une telle mission ou de la demande de son renouvellement (la même question se pose d'ailleurs pour les ATER). À cet égard, la maternité expose la doctorante à un risque de refus ou à des incitations à ne pas candidater pour divers motifs : inviter celle-ci à avancer sa thèse ou à se reposer avant, éventuellement, de recandidater l'année suivante ou encore à éviter des troubles dans la gestion des services d'enseignement de l'équipe pédagogique dont elle fait partie. Ce risque est d'autant

plus grand que les universités ont d'importants besoins humains afin d'assurer l'ensemble des enseignements. La perspective d'un congé de maternité en cours d'année pourrait ainsi donner l'impression d'un recrutement partiellement inutile. Cependant, le rejet d'une candidature ou un refus de renouvellement motivé par la maternité s'avère, nécessairement, discriminatoire et constituerait une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics¹⁴. La prise en compte de l'état de grossesse au stade du recrutement est prohibée tant par l'article L.1132-1 du Code du travail que par l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à laquelle le décret du 17 janvier 1986 relatif aux agents contractuels de l'État renvoie dans ses visés. Plus généralement, la prise en compte de l'état de grossesse en vue de justifier un traitement moins favorable est constitutive d'une discrimination directe au sens de l'article 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. En définitive et dans ces conditions, la candidate n'a nullement l'obligation d'informer son employeur potentiel de sa grossesse.

Comme dans tout autre domaine professionnel (tout cela relevant d'une question socio-culturelle), le congé de maternité ne devrait pas être envisagé sous l'angle des « problèmes » qu'il cause mais plutôt en termes d'égalité des chances entre jeunes chercheurs. De ce point de vue, le refus ou le non-renouvellement liés à la maternité constitue une perte de chances à laquelle s'ajoute une perte conséquente de revenus (et, à plus long terme, de droits éventuels aux indemnités chômage). Afin de limiter ce double effet pervers du congé et favoriser la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle, certaines pistes existent. S'agissant des doctorantes contractuelles, elles pourraient, d'un côté, conserver leur contrat d'enseignement et les revenus y relatifs durant leur congé. Cela suppose un service d'heures d'enseignement réduit en fonction de la durée du congé auquel elles ont droit ainsi qu'un remplacement par une autre personne. Pareille possibilité, comme dans tout autre domaine relevant des secteurs public ou privé, constitue bien l'objectif poursuivi par le droit applicable au congé de maternité. D'un autre côté, la doctorante peut, si elle le souhaite, coupler la prorogation éventuelle de son contrat doctoral avec l'octroi d'une nouvelle mission

¹⁴ Sur le principe d'égalité dans l'accès aux emplois publics, v. l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il s'agit d'un principe général de droit (CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des finances*, Rec. p. 163) et d'un principe à valeur constitutionnelle (CC, décision n° 76-67 du 15 juillet 1976, *Statut général des fonctionnaires*).

d'enseignement dont le volume est calculé selon la durée de la prorogation accordée¹⁵. Cela lui permettrait, à terme, de bénéficier d'une expérience équivalente ou presque aux autres doctorants quant au nombre d'heures enseignées. Elle aura ainsi bénéficié d'un congé, d'un revenu complet, du temps supplémentaire nécessaire pour travailler sa thèse et de la possibilité d'assurer des heures d'enseignement pouvant être portées à son dossier académique¹⁶.

La seconde problématique est celle du calcul des heures d'enseignement devant être réputées effectuées en raison du congé de maternité. À cet égard, trois séries de remarques méritent d'être formulées. En premier lieu, toutes les dispositions de la circulaire DGRH A1-2 n° 2012-0157 du 30 avril 2012 relative aux congés légaux des enseignants-chercheurs et des autres enseignants exerçant dans l'enseignement supérieur s'appliquent aux doctorants contractuels. Cela est affirmé explicitement par ladite circulaire¹⁷ comme par la circulaire du 29 novembre 2016 relative à l'application des dispositions du décret du 23 avril 2009 relatif aux doctorants contractuels¹⁸.

En deuxième lieu, le principe applicable est celui de la dispense de service. Comme l'a souligné O. Bui-Xuan dans son étude publiée en 2011, il arrive qu'en cas de congé, une enseignante soit *de facto* contrainte de devoir effectuer la totalité de ses heures avant ou après le congé (notamment par la difficulté soit administrative soit liée à son domaine d'expertise à trouver un remplaçant). Toutefois, cette pratique du report des heures d'enseignement a un caractère manifestement illégal¹⁹. À cet égard, il faut faire l'analogie avec le fait qu'il n'est jamais demandé à une salariée travaillant 35 heures par semaine dans les secteurs public ou privé de faire plus d'heures avant ou après son congé. La circulaire du 30 avril 2012 précitée est très claire : « les périodes de congés réglementaires de toute nature dont les personnels

¹⁵ Cette possibilité nous a été confirmée par le témoignage d'une doctorante se fondant sur des échanges, au cours de l'année 2019, entre la Direction des ressources humaines de son Université avec la Direction générale des ressources humaines du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche.

¹⁶ Pour ce qui concerne les ATER, la possibilité d'une prorogation liée à la prise d'un congé n'existe pas. Les contrats d'ATER ne sont en principe accordés que pour un an renouvelable une seule fois. Cependant, il est permis de noter que la possibilité d'effectuer une troisième année de contrat existe pour certaines catégories de jeunes chercheurs comme les fonctionnaires titulaires ou stagiaires (par exemple les doctorants issus de l'École normale supérieure), v. l'article 5 du décret n°88-654 du 7 mai 1988 relatif au recrutement d'attachés temporaires d'enseignement et de recherche.

¹⁷ Circulaire DGRH A1-2 n° 2012-0157 du 30 avril 2012, précitée, p. 3, para. 2, 2°).

¹⁸ Circulaire DGRH A162/DM// n° 0194 du 29 novembre 2016, précitée, p. 12, point 9.

¹⁹ Cela était déjà affirmé clairement par la circulaire anciennement applicable DPE A2/FD n° 892 du 7 novembre 2001, selon laquelle « [u]ne telle répartition revêtirait en effet un caractère manifestement illégal. Tout tableau de service qui méconnaîtrait ce principe serait susceptible d'un recours devant le juge administratif », citée par O. Bui-Xuan, « Le congé de maternité des enseignantes-chercheuses », *op. cit.*, para. 18. Voir aussi les témoignages cités par l'auteur qui confirme la pratique régulière du report des heures.

concernés peuvent bénéficier entraînent une dispense de service pour toutes les obligations prévues. Elles ne supposent donc aucune obligation de rattrapage a posteriori ». Elle souligne en outre qu'« un enseignant qui accepte de rattraper le service statutaire qu'il n'a pu accomplir du fait de son congé régulier doit être rémunéré en heures complémentaires », ce qui est cependant impossible pour les enseignants contractuels.

En troisième lieu, le calcul des heures réputées effectuées en raison du congé doit être opéré selon le mécanisme suivant. Le congé de maternité (contrairement aux autres types de congé) donne droit à une décharge minimale de service. Ainsi, le volet « Principes généraux » de la circulaire de 2012 précitée indique :

« [qu'u]n congé de maternité de 16 semaines est prévu par l'article L. 1225-17 du code du travail. Il est reconnu pour un demi-service au minimum, soit 803,5 heures de travail fonction publique ou 96 heures de travaux dirigés ou pratiques pour une enseignante-chercheuse au service non modulé de 192 heures (...). Selon le même raisonnement, un congé de maternité de 26 semaines, prévu à l'article L. 1225-19 du code du travail, est reconnu pour 156 heures de travaux dirigés ou pratique (...) ».

La circulaire précise en dessous de ces différents points et en gras que ces minima « ont vocation à s'appliquer quelle que soit la durée de l'année universitaire et quelle que soit la période où le congé est accordé »²⁰. Dans ces conditions et dans la mesure où la circulaire s'applique explicitement aux doctorantes contractuelles, un congé de 16 semaines équivaut à un demi-service de 32 heures si la mission d'enseignement est de 64 heures durant l'année du congé (y compris si le congé intervient durant l'été, en dehors des périodes d'enseignement). Pour un congé de 26 semaines, la décharge de service doit donc être de 52 heures. Quant aux congés d'une durée supérieure, la décharge de service est intégrale, comme l'indique aussi la circulaire. En définitive, l'administration doit d'abord calculer ces minima en fonction de la durée du congé de maternité accordée à la personne concernée. L'application de toute autre méthode de calcul – telle que la « méthode proportionnelle » évoquée plus loin dans la circulaire de 2012 – ne peut intervenir que pour d'autres types de congé que le congé de maternité²¹.

²⁰ Circulaire DGRH A1-2 n° 2012-0157 du 30 avril 2012, précitée, p. 5, 7°).

²¹ La méthode proportionnelle consiste à établir un prorata des heures d'enseignement réputées faites calculé selon de la durée du congé imputable sur la période d'enseignement. Par exemple, sur une année universitaire de 32 semaines (selon la décision prise par le Conseil d'administration de l'Université concernée), le nombre d'heures d'enseignement sur l'année est divisé par 32 pour ensuite retirer au service initial un nombre d'heures équivalent au nombre de semaine de congé. V. *ibid.*, p. 7-8.

Cependant, dans les faits, ces principes ne sont pas nécessairement suivis. Parmi les trois témoignages qui nous ont été rapportés, plusieurs pratiques sont apparues contestables. D'un côté, deux des doctorantes concernées ont été poussées à reporter l'intégralité des heures non effectuées durant leur congé, ce qui a entraîné une surcharge de travail avant et après le congé prévu. D'un autre côté, la troisième doctorante a d'abord été invitée à ne pas candidater au renouvellement de sa mission d'enseignement. De plus, elle s'est vue signifier par un enseignant-chercheur titulaire qu'elle pouvait assurer ses enseignements de façon totalement bénévole, considérant que la charge n'était pas très lourde et que cela « rendrait service » à l'institution. Réalisant les risques encourus par le caractère illicite de la démarche, d'autres membres du personnel enseignant l'ont finalement invitée à candidater et bénéficier de toutes les règles de protection applicables. Après de longues et nombreuses tergiversations des services administratifs (parmi elles, la mobilisation de plusieurs membres de la direction des ressources humaines, explicitement reprochée à la doctorante, ainsi qu'une interrogation du ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche), une décharge de service lui a finalement été accordée. Cependant, la méthode proportionnelle a été appliquée sans tenir compte des minima prévus. Dans la mesure où il s'agissait d'un troisième enfant, la personne concernée bénéficiait d'un congé de 26 semaines (soit environ 6 mois). Sa mission d'enseignement de 64 heures sur l'année a alors été réduite à 32 heures alors que le minima de la circulaire de 2012 prévoit une décharge de 52 heures. Le calcul était en outre erroné dans la mesure où la circulaire prévoit que la méthode proportionnelle doit se fonder sur le nombre de semaines prévues pour l'année universitaire (conformément aux décisions prises par les Conseils d'administration des universités) et non pour l'année civile. En utilisant correctement la méthode proportionnelle, le résultat aurait d'ailleurs aussi été de 52 heures de décharge de service sur les 64 heures prévues (selon le calcul suivant : 64 heures divisées par 32 semaines d'année universitaire et multipliées par 26 semaines de congé de maternité = 52 heures de décharge de service).

CONCLUSION

La maternité entraîne nécessairement diverses conséquences sur l'ensemble des tâches accomplies par les doctorantes contractuelles. Ces conséquences peuvent être visibles sur un *curriculum vitae* et peser sur une entrée éventuelle dans la carrière universitaire. À cela s'ajoute le fait que le développement des contrats courts d'enseignement après la thèse (comme les

« contrats LRU », dont le nombre a été en hausse de 50% entre 2015 et 2018²²) rendent d'autant plus complexe la conciliation des vies familiales et professionnelles. Dans ce contexte, les règles applicables évoquées contribuent, incontestablement, à l'équilibre des chances et méritent d'être connues et scrupuleusement respectées.

²² Note de la Direction générale des ressources humaines du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, « Les enseignants non permanents affectés dans l'enseignement supérieur », n° 6, juin 2019, précitée, p. 4.

MARITAL RAPE : STRIPPING THE SANCTITY OF MARITAL RELATION. AN INTERNATIONAL ANALYSIS

Ashwani Tripathi*, Anjali Tripathi*, Nikunj Bhatnagar**

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	163
1. MARRIAGE : MEANING	165
1.1. SOCIOLOGY.....	165
1.2. THEOLOGY.....	166
1.3. LEGAL	170
2. MARITAL RAPE : DEFINITION AND TYPES.....	171
2.1. DEFINITIONS	171
2.2. TYPES.....	173
3. IMPLIED CONSENT AND CONTRACT THEORY.....	174
4. MARITAL RAPE AND DOMESTIC VIOLENCE	175
5. LEGAL STATUS THROUGHOUT THE WORLD	177
5.1. COUNTRIES HAVING LAWS ON MARITAL RAPE.....	178
5.1.1. <i>United States of America</i>	179
5.1.2. <i>United Kingdom</i>	180
5.1.3. <i>Israel</i>	181
5.1.4. <i>Poland</i>	182
5.2. COUNTRIES REFUSING TO TREAT MARITAL RAPE AS A CRIME.....	183
5.2.1. <i>India</i>	184
5.2.2. <i>Sri Lanka</i>	186
5.2.3. <i>Botswana</i>	187
6. LAW ON MARITAL RAPE AND THE SANCTITY OF MARRIAGE	188
7. MARITAL RAPE AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF WOMEN.....	190
8. EFFECTIVENESS OF PRESENT LAWS ON MARITAL RAPE.....	192
9. THE NEED FOR AN INTERNATIONAL CONVENTION	195
CONCLUSION	197

• Lawyer, Tripathi & Associates, India.

* Student, 4th Year, Amity Law School Delhi (affiliated to Guru Gobind Singh Indraprastha University, India).

** Student, 4th Year, Amity Law School Delhi (affiliated to Guru Gobind Singh Indraprastha University, India).

Abstract

Marital rape is an important socio-legal concept which has been attracting the attention of the international community since decades. The political debates and social discourses surrounding it have fuelled various discussions on feminism and the rights of women in a marriage. Such discussions are even extended to the sexual rights of a married woman and the denial of the same that has been happening due to the patriarchal mindset of society. Considering a woman as a property has been hailed and criticized time and again by jurists and courts. Various municipal legislations are dedicated towards this crime and some international instruments also mention it. However, the level of expected change in society throughout the world, especially in countries where marital exception still exists, hasn't been seen. Thus, there is a demand for an international convention on the subject, which is analyzed in this article. The research questions are the following : is the present legal framework surrounding marital rape sufficient and effective? Does the international community need to formulate a draft law for criminalizing marital rape in domestic jurisdictions without hurting the sanctity of marriage? The hypothesis assumed by the authors is that the world needs an international convention and commensurate regional and national legislations to penalize the offence of marital rape. The hypothesis also assumes that the existing legal framework surrounding spousal rape is ineffective and insufficient.

Résumé

Le viol marital (viol conjugal commis dans le cadre d'une relation maritale) est un concept socio-juridique qui a attiré l'attention de la communauté internationale depuis plusieurs décennies. Les débats politiques et sociaux ayant porté sur ce sujet ont alimenté diverses discussions sur le féminisme et les droits des femmes dans le mariage. De telles discussions se sont étendues à la question des droits sexuels des femmes mariées, le déni de ceux-ci ayant pu avoir lieu en raison de la mentalité patriarcale qui prévaut dans la société. Le fait, pour un homme, de considérer une femme comme sa propriété a été tant encensé que critiqué par les juristes et par les tribunaux. Diverses lois nationales portent précisément sur le crime du viol marital et quelques instruments internationaux le mentionnent également. Toutefois, le niveau de changement attendu dans la société, à travers le monde et particulièrement dans les pays où « l'exception maritale » existe toujours, n'a pas encore été observé. Il y a un besoin d'élaboration d'une nouvelle convention internationale à ce sujet, qui

sera analysé dans cet article. Ses questions de recherche sont les suivantes : le cadre juridique actuel concernant le viol marital est-il suffisant et effectif ? Est-ce que la communauté internationale doit établir un projet de convention en vue de criminaliser le viol marital devant les juridictions nationales, sans porter atteinte au caractère sacré du mariage ? L'hypothèse des auteurs de cet article est qu'il y a un besoin de convention internationale et de législations nationales et régionales correspondantes pour pénaliser le viol marital. Il est également supposé que le cadre juridique actuel sur le viol marital est inefficace et insuffisant.

INTRODUCTION

Marriage is a sacred relationship signifying the togetherness of two people for the rest of their lives. Across cultures and religions, the relationship born out of sacramental marital vows is considered to be pious and pure. In some religions, like Hinduism, the relationship is considered to be one which lasts beyond one lifetime¹. The verses of religious texts talk about marriage as a rite of utmost importance in human life.

Marriage is always about two persons and their lives. The families and off-springs are secondary parties. The primary and most important parties are the spouses who are expected to provide companionship to one another and support each other. While earlier, in patriarchal societies, the status of the woman in a marital relationship was considered to be lower than that of the man, this isn't the scenario now. In the egalitarian civilizations, the work of a woman was restricted to being a homemaker and feeding the family while the man was expected to be the bread earner. However, these are the talks of primitive societies in which intellect and sense of rights weren't developed.

Even in ancient times, various religious texts, including religious texts in Hinduism, give immense importance to women and consider them an important and integral part of the family and society². With changing times, modern ideas replaced archaic beliefs. The earlier deplorable condition of women in society was replaced by the rights and opportunities which were conferred on them so that they could find an equal pedestal as men in society.

Over the years, the inalienable human and fundamental rights were extended to women. Rather, going a step ahead, various countries made provisions³ for positive discrimination in favour of women for neutralizing cumulative socio-economic, educational and political hardships that were faced by women in society.

Apart from these, various conventions⁴ and laws have also been brought in force to protect women in households. After various cases of physical and psychological assault against women in marriages came to light, countries made efforts to protect such existing and

¹ Punamchand, *Hindu Marriage, a tie for 7 lives*. Available online : <http://www.punamchand.com/2016/07/hindu-marriage-tie-for-7-lives.html> [retrieved on August 3rd, 2020].

² S. Zaidi et al, "Sexual Rights and Gender Roles in Religious Context", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2009, vol. 106, issue 2, p. 151.

³ Indian Constitution, art. 15, § cl. 3.

⁴ Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), 1979.

prospective victims from abusive relationships. These laws included laws against dowry⁵, property rights of married women⁶, right to maintenance⁷, protection from domestic violence⁸ amongst others. However, these legislations, which were curated with utmost intelligence, leave out an important aspect of marital relationship.

Sexual intercourse is an integral part of marriage⁹ and has been considered by society for thousands of years. Sexual intercourse between spouses is one of the pillars on which a marital relationship stands¹⁰. Consummation is fundamental to a marriage¹¹. While sexual relationship remains an innate pillar to marital bond, we need to consider its downside as well.

Rape is a heinous offence against men and women alike. However, the offence is widely committed against women in various countries¹². One of the reasons for this is the comparatively lesser physical power of the woman when compared to the man. It is an offence graver than murder¹³ as the woman who suffers dies a thousand times while recollecting the incidence. Apart from tearing out the victim physically, the unfortunate and abominable act also leaves the soul and the conscience of the victim in shreds. Imprints are left on the mental health of the woman as she is stripped off her dignity in the worst possible manner.

While considering the marital relationship and the resultant sexual relation which gets a sanction from society, we need to keep in mind the concept of rape or forced sexual relation between the spouses.

Before discussing marital rape, let us have a look at the definition of marriage given in sociology, theology and law.

⁵ Dowry Prohibition (1961) (India); Dowry Prohibition Act (1980) (Bangladesh); Social Practices (Reform) Act, (2033/1976) (Nepal).

⁶ Married Women's Property Act (1848) (United States of America); The Married Women's Property Act (1882) (United Kingdom); Married Women's Property Act (1874) (Pakistan); Married Women's Property Act (1874) (India).

⁷ Code of Hamurabi (1754 BC); Code of Justinian.

⁸ Protection of Women from Domestic Violence Act (2005) (India); Violence Against Women Act (1994) (United States of America); Domestic Violence, Crimes and Victims Act (2004) (United Kingdom); Family Law Act (1975) (Australia).

⁹ *Cox v. Cox*, 493 S.W.2d 371, 373 (Mo. Ct. App. 1973).

¹⁰ *Hangar v. Hangar*, Civ. No. D138274 (D.C. Super Ct. 1974).

¹¹ Hindu Marriage Act § 11 (1955) (India); Matrimonial Clauses Act § 12 (1973) (England and Wales); *A v. J (Nullity)* 1 FLR 110 (1989) (UK).

¹² M.c. Black et al, *The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey: 2010 summary report*, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Injury Prevention and Control. Available online : http://www.cdc.gov/ViolencePrevention/pdf/NISVS_Report2010-a.pdf [retrieved on August 3rd 2020].

¹³ *State of Maharashtra v. Chandrabhan Sudam Sanap*, 2018 SCC OnLine Bom 6576.

1. MARRIAGE : MEANING

The concept of marriage has been described from different points of view for ages. These views include analytical and scientific perspectives which are derived after the study of society. Others include religious definitions which are traced back to the religious texts and scriptures. Another branch of meanings is made of the legal definitions which derive recognition from Constitutions, parliament acts and the judiciary in some countries, and are backed by the sanction of the monarch in others.

1.1. Sociology

Sociology is the study of the society and its elements. There have been various renowned sociologists like Émile Durkheim, Roscoe Pound and others whose detailed analysis and theories on society, law and justice have attracted the attention of jurists and social stakeholders.

Marriage is an indispensable part of the society. Aristotle had rightly said that man is a social animal¹⁴. An individual who is unsocial naturally and not accidentally is either beneath our notice or more than human. St. Thomas Aquinas was also of similar opinion¹⁵.

Humans seek companionship in fellow humans and marriage ensures such companionship. Also, no society can exist without individuals. Thus, in order to ensure that humankind continues, procreation is important¹⁶. Marriage is a socially sanctioned way to procreate¹⁷.

Marriage can be conceptualized in three ways: as an institution, as a rite/ritual and as a process¹⁸. As an institution, marriage consists of a set of patterned behaviours, expectations and relationships that are organized and endured over time¹⁹. As a rite/ritual, it includes the ceremonies through which marital status is achieved and as a process, it is a phenomenon which is marked by gradual changes that lead to ultimate dissolution through separation, divorce or death²⁰.

¹⁴ Aristotle, *Politics*, Chapter 2(9), University of Chicago Press, pp. 12-13.

¹⁵ St. Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, 1485, I-II.

¹⁶ N. Bostrom, "The Future of Humanity", *Geopolitics, History, and International Relations*, 2009, vol. 1, issue 2, pp. 41-78.

¹⁷ P.B. Horton, C.L. Hunt, *Sociology*, McGraw Hill Book Company, 1964, p. 206.

¹⁸ A.P. Thakur, A. Banerjee, *Encyclopaedia of Theoretical Sociology*, Global Vision Publishing House, 2004, p. 494.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ A.P. Thakur, A. Banerjee, *Encyclopaedia of Theoretical Sociology*, Global Vision Publishing House, 2004, p. 494.

Marriage defines womanhood, manhood and adult status. It governs living arrangement and is also central in determining the division of labour and authority within the family²¹. Historically, the status of wife and husband is one of the most important transitions in people's lives. Marriage is the central element in defining economic well-being, physical health and mental health.²²

In the above given definitions, the meaning of marriage revolves around men and women however, post the legalization of same-sex marriage and its recognition in various societies, these definitions are required to be viewed from a gender-neutral angle.

1.2. Theology

Theology refers to the study of religious faith and experiences. It can also be defined as the study of God and his relation with the world²³. The study of religion can be traced to the Greek and Roman civilizations²⁴ in the western world. However, in the eastern parts of the globe, the study of religion wasn't restricted to Christianity²⁵. It spanned over Hinduism, Islam, Buddhism, Zoroastrianism and Judaism amongst other religious beliefs²⁶.

In Hinduism, the belief is that the primitive humankind were wanderers who roamed around in search of food, which they procured by hunting. They had no permanent residences and used to live under trees²⁷. It is also claimed that even those primitive humans indulged in sexual desires with any or every member of the opposite sex in their social group or other social groups²⁸. However, with the development of society, restrictions were imposed on sexual relationships by social and spiritual leaders for the genesis of a disciplined society²⁹. The concept of marriage or vivah was brought into picture and the main aim behind it was to procure

²¹ A. Thorton, *Marriage and Cohabitation*, University of Chicago Press, 2007, p. 4.

²² *Ibid.*

²³ Merriam-Webster Online Dictionary, *Theology*. Available online : <https://www.merriam-webster.com/dictionary/theology> [retrieved on September 6th 2020].

²⁴ C. A. Contreras, "Christian Views of Paganism", *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 23.1, 1980 pp. 871-1022.

²⁵ Britannica, *History of the Study of Religion*. Available online : <https://www.britannica.com/topic/study-of-religion/History-of-the-study-of-religion> [retrieved on September 6th 2020].

²⁶ *Ibid.*

²⁷ N. S. V. Somayajulu, *Mana Vivaha Vyavastha*, Kranthi Press, 1990, p. 3.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ W. Little, R. McGivern, "Chapter 15" in W. Little, R. McGivern, *Introduction to Sociology - 1st Canadian Edition*, BCCampus, 2012. Available online : <https://opentextbc.ca/introductiontosociology/> [retrieved on June 17th 2021].

children³⁰. In order to canalize and give social recognition to the sexual-urge of humans, the concept of marital bond was developed³¹. In Hinduism, marriage is one of the most important Samskaras or sacramental religious rites. Those who want to adopt a life of a Brahmachari or Sanyasi (saint) are not bound by these rites³².

According to Manu, every Hindu is enjoined to marry in order to enter the grihastha-ashram or the family life. He also mentions in his book, Manusmriti, that the religious and pious acts done by a man won't be complete until and unless he is accompanied by his wife³³. Vedas mention marriage as a union of "bones with bones, flesh with flesh and skin with skin, the husband and wife become as if they are one person."³⁴

In Islam, marriage is regarded as a sacramental contract. An Arabic term "Nikah" is used to define marriage in Islam which literally means "sexual intercourse" but is referred generally to mean "a contract"³⁵. Quran specifically mentions marriage as a strong agreement³⁶. One of the other reasons because of which it is considered as a contract is that it fulfils all the essentials of a civil contract. The elements of competency, offer and acceptance, consideration and provision in case of breach of contract make it stand at par with a contract³⁷.

Justice Mahmood has also stated that Muslim marriage is purely a civil contract and though it is solemnized with the recitation of certain verses of the Quran, no such peculiar service has been prescribed under the Muhammadan law for the occasion, which steals its possibly sacramental nature³⁸. However, it is not merely a contract. It is a sacred covenant as well. It has been equated with the act of Ibadat or worship since it keeps the mankind free from filth and contamination³⁹. According to Dr. Jang, "*marriage though essentially a contract, is also a devotional act; its objects are rights of enjoyment and procreation of children and regulation of social life in the interest of society*"⁴⁰.

³⁰ N. S. V. Somayajulu, *Mana Vivaha Vyavastha*, Kranthi Press, 1990, p. 5.

³¹ *Ibid.*

³² J. D. Mayne, *Hindu Law & Usage*, Bharat Law House, 1998, p. 125.

³³ P. Diwan, *Hindu Law*, Orient Publishing Company, 2005, p. 532.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ V. J. Cornell, *Voices of Life: Family, Home and Society*, Greenwood Publishing Group, 2007, pp. 59-60.

³⁶ I. Syed, *Same Sex Marriage and Marriage in Islam*, 2019, p. 2. Available online : https://www.researchgate.net/publication/337307555_SAME_SEX_MARRIAGE_and_MARRIAGE_IN_ISLAM [retrieved on June 19th 2021].

³⁷ R.K. Sinha, *Muslim Law*, Central Law Agency, 5th ed., 2003, p. 41.

³⁸ *Abdul Qadir v. Salima*, 8 All 149 (1886).

³⁹ R.K. Sinha, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁰ A. Ahmad, *Mohammedan Law*, Central Law Agency, 21st ed., 2004, p. 108.

Nikah has been defined as the most pious acts in Muslim faith. Radd-ul-Mukhtar states that no act of devotion has remained prescribed on believers of Islam since the time of Adam except Nikah (marriage) and Imaan (faith)⁴¹.

Marriage in Islamic texts is the union of sexes with the aim of conferring status of man and wife to the spouses and legitimacy to children born out of such a wedlock⁴². According to Tyabji, “*marriage brings about a relation based on and arising from a permanent contract for intercourse and procreation of children between a man and a woman, who are referred to as parties to one marriage and who after being married, become husband and wife*”⁴³.

In Christianity, marriage is solemnized on the basis of rules mentioned in the Bible⁴⁴. In the pre-Christian Roman law, marriage and divorce were private acts. No formalities pertaining to marriage or frustration of marriage were necessary⁴⁵. However, post the advent of Christianity, a new perspective was given to marital bond.

Canon law says that marriage makes man and wife as one flesh by the act of God⁴⁶. According to Saint Paul, marriage is a holy tie which is sacramental and indissoluble union⁴⁷. In Christianity, marriage is a lifelong faith for which a man leaves his father and mother and joins his wife, who are then united into one⁴⁸. Love and relationships are a central theme of Bible. St. Augustine says that “*our hearts are restless until we find our rest in Thee*”⁴⁹. According to the Episcopal Book of Common Prayer (1979), “*Christian marriage is a solemn and public covenant between the man and woman in the presence of God*”⁵⁰.

⁴¹ M. Nazmi, *Mohammadan Law*, Central Law Publications, 2nd ed., 2008, p. 32.

⁴² N. Purohit, *The Principles of Mohammedan Law*, C.T.J. Publications, 2nd ed., 1998, p. 105.

⁴³ *Amina v. Hassan Koye*, 1985 CriLJ 1996.

⁴⁴ “A Christian View of Civil Marriage”, *Focus on the Family*. Available online : <https://www.focusonthefamily.com/family-qa/a-christian-view-of-civil-marriage/> [retrieved on September 6th 2020].

⁴⁵ R. Beryl, *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, Oxford University Press, 1991, pp. 37-38.

⁴⁶ K. Prasada Rao, *The Law Relating To Marriages Of Christians In India*, Asia Law House, 1991.

⁴⁷ *Ibid*.

⁴⁸ Genesis 2:24, ESV.

⁴⁹ J. Braswell, *The Love of God*. Available online: <https://medium.com/@reachboto/thou-hast-made-us-for-thyself-and-our-hearts-are-restless-until-we-find-our-rest-in-thee-st-383c84f522ab> [retrieved on September 6th 2020].

⁵⁰ The Episcopal Church, *The Book of Common Prayer*, p. 422. Available online : <https://www.episcopalchurch.org/wp-content/uploads/sites/2/2021/02/book-of-common-prayer-2006.pdf> [retrieved on June 19th 2021].

God has sketched his basic idea of marriage in Genesis 2:24 whereby he states that Adam was made out of ashes and Eve was made out of Adam's flesh and blood⁵¹. Thus, Adam and Eve, who signify man and wife, are made of the same flesh. In Malachi 2:14, marriage has been defined as a holy covenant before God. However, the idea doesn't limit here⁵².

In Christianity, the idea of marriage runs along the lines of union and divine relationship between Christ and his bride, Church⁵³. The Bible also mentions the purpose of marriage as procreation⁵⁴. It is mentioned that "Husbands, in the same way be considerate as you live with your wives, and treat them with respect as the weaker partner and as heirs with you of the gracious gift of life, so that nothing will hinder your prayers⁵⁵."

In Mathew 19:9, it is mentioned that marriage once completed is indissoluble, except on high grounds of sexual immorality. If done so, it would be considered as adultery in the eyes of the Lord and the society⁵⁶.

Apart from these three, there are various other religions and cultures who give high social and sacramental importance to marital relationships. While some religions and cultures are of the view that marriage can be frustrated in some instances, others are adamant on the view of indissolubility.

However, two things are common in most beliefs. First is the motive for marriage. All cultures and religions are of the view that marriage provides legitimacy to sexual relations between man and wife and to the off-springs born thereof⁵⁷.

The second similarity is pertaining to the status of the women. Being the equal participant in marriage, the religions are of the view that women should be protected by men and should be given high regard and respect as a spouse⁵⁸. Unfortunately, this doesn't seem to

⁵¹ W. Luck, *Cohesiveness in the Marriage Union- (Genesis 2:24)*. Available online : <https://bible.org/seriespage/1-cohesiveness-marriage-union-genesis-224> [retrieved on September 6th 2020].

⁵² M. Fairchild, "What Is The Definition of Marriage in Bible", *Learn Religions*. Available online : <https://www.learnreligions.com/biblical-definition-of-marriage-701970> [retrieved on September 6th 2020].

⁵³ Genesis 1:26-27.

⁵⁴ Genesis 1:28.

⁵⁵ 1 Peter 3:7.

⁵⁶ S. Vachon, *Divorce and Celibacy in the Gospel of Matthew*, Master thesis, Acadia University, 2000, pp. 114-116. Available online : <https://scholar.acadiau.ca/islandora/object/theses%3A2659> [retrieved on June 19th 2021].

⁵⁷ D. Bell, *Defining Marriage and Legitimacy*, The University of Chicago Press, 1997, pp. 237-253.

⁵⁸ J. MacArthur, "God's High Call for Women", *Grace to You*. Available online : <https://www.gty.org/library/articles/A168/gods-high-call-for-women> [retrieved on September 6th 2020]

be the case when women are required to jeopardise their dignity and consent for participation in sexual relationship post-marriage.

1.3. Legal

In the words of Austin O'Malley, the three most important events of life are equally devoid of reason: life, marriage and death⁵⁹.

Marriage isn't merely a legal or a social concept. It has also derived legislative sanction through various laws that are prevalent in the various parts of the world. In one of the cases, the Supreme Court of United States had observed that marriage is one of the basic civil rights of man, fundamental to our existence and survival⁶⁰. In another case, the court had noted that the right to marry is part of the fundamental right of privacy, implicit in the fourteenth amendment's due process clause⁶¹.

The US Supreme Court has defined marriage as "*an institution, in the maintenance of which in its purity the public is deeply interested, for it is the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress.*"⁶² In *Baker v. State*⁶³, the court had said that the marriage laws transform a private agreement into a source of significant public benefits and protection.

The Defence of Marriage Act 1996's Section 3 defined marriage as a legal union between one man and one woman only. Due to the lack of recognition to same-sex marriages, the US Supreme Court declared the definition unconstitutional⁶⁴.

In the common law, the earliest and classical legal definition of marriage can be found in the case of *Hyde v. Hyde and Woodmansee*⁶⁵. In this case, Sir James Wilde (Lord Penzance) said : "*I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others.*"⁶⁶

⁵⁹ A. Sheikh, "Right to Marry Under Right to Life: Panoramic View", *Legal India*, 2012. Available online : <https://www.legalindia.com/right-to-marry-under-right-to-life-panoramic-view/> [retrieved on June 19th 2021].

⁶⁰ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

⁶¹ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978).

⁶² *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211 (1888).

⁶³ *Baker v. State*, 744 A.2d 864, 883 (1999).

⁶⁴ *United States v. Windsor*, 570 US 744 (2013).

⁶⁵ *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, L.R. 1 P. & D. 130 (1886).

⁶⁶ *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, L.R. 1 P. & D. 130 (1886).

Apart from these, there are various other definitions of marriage that have been provided in various jurisdictions. The definitions vary from one another on the basis of cultural differences and religious requirements. However, in most legislations, consent of the spouses has been given great importance⁶⁷. Despite the disparities in age of consent, child marriages and unconsented marriages are avoided and provisions to annul them have also been provided.

2. MARITAL RAPE : DEFINITION AND TYPES

Since we have taken a look at the various definitions, let us divert our attention towards the elephant in the room. The topic of discussion of the paper is marital rape. To understand what it exactly refers to, we need to consider the definitions given of the same in various legislations and judgements.

Marital rape is an offence which can shatter the foundation of a marriage. It is capable of extinguishing any trust and mutual respect that exists between spouses⁶⁸. Marital rape is also referred as spousal rape in certain jurisdictions.

2.1. Definitions

In the historical judgement, the view had been that woman, while consenting to marriage, consents to the desire of sexual intercourse of a man⁶⁹. She is expected to succumb to it as and when he desires. It was also mentioned by Lord Hale, in his contractual theory⁷⁰. However, the archaic ideas have been washed over the years by modern theories.

Californian Penal Code defines ‘spousal rape’ as

“Rape of a person who is the spouse of the perpetrator...an act of sexual intercourse accomplished under any of the following circumstances:

(1) Where it is accomplished against a person's will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the person or another.

(2) Where a person is prevented from resisting by any intoxicating or anesthetic substance, or any controlled substance, and this condition was known, or reasonably should have been known, by the accused.

⁶⁷ T. Braun, *The Role of Law in Eliminating Child Marriage in the Commonwealth- Why More Action Is Needed*, Commonwealth Lawyers Association, 2018.

⁶⁸ S. Nigam, *The Social and Legal Paradox Relating to Marital Rape in India: Addressing Structural Inequalities*, SSRN, 2015. Available online : <https://ssrn.com/abstract=2613447> [retrieved on June 19th 2021].

⁶⁹ *R. v. Clarke*, 2 All E.R. 448, 448 (1949).

⁷⁰ M. Hale, *The History of the Pleas of Crown*, S. Emlyn ed., 1778, p. 629.

(3) *Where a person is at the time unconscious of the nature of the act, and this is known to the accused. As used in this paragraph, "unconscious of the nature of the act" means incapable of resisting because the victim meets one of the following conditions:*

(A) *Was unconscious or asleep.*

(B) *Was not aware, knowing, perceiving, or cognizant that the act occurred.*

(C) *Was not aware, knowing, perceiving, or cognizant of the essential characteristics of the act due to the perpetrator's fraud in fact.*

(4) *Where the act is accomplished against the victim's will by threatening to retaliate in the future against the victim or any other person, and there is a reasonable possibility that the perpetrator will execute the threat. As used in this paragraph, "threatening to retaliate" means a threat to kidnap or falsely imprison, or to inflict extreme pain, serious bodily injury, or death.*

(5) *Where the act is accomplished against the victim's will by threatening to use the authority of a public official to incarcerate, arrest, or deport the victim or another, and the victim has a reasonable belief that the perpetrator is a public official. As used in this paragraph, "public official" means a person employed by a governmental agency who has the authority, as part of that position, to incarcerate, arrest, or deport another. The perpetrator does not actually have to be a public official."*

The European Council defines marital rape as :

"non-consensual vaginal, anal or oral penetration of the body of another person where the penetration is of a sexual nature, with any bodily part or with an object, as well as to any other non-consensual acts of a sexual nature, by a spouse or ex-spouse or by a former or current partner with whom a victim of rape is or has been living in a partnership recognised by the national law."⁷¹

In *Trammel v. United States*⁷², the Court had decided that "[n]o where in the common-law world-[or] in any modern society-is a woman regarded as chattel or demeaned by denial of a separate legal identity and the dignity associated with recognition as a whole human being." This pronouncement reiterates the right of dignity and identity of a married woman, which includes right against sexual exploitation⁷³.

⁷¹ Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and its Explanatory Memorandum, *Council of Europe Treaty Series* No 210, 2011.

⁷² *Trammel v. United States*, 455 U.S. 40 (1980).

⁷³ Aarvi, "Right to Privacy Within Marriage in India", *RGNU Student Research Review*, 2018. Available online : <http://rsrr.in/2018/10/27/right-to-privacy-within-marriage-in-india/> [retrieved on September 7th 2020].

2.2. Types

Marital rape has been divided into various types. The basic kinds in which this heinous offence has been segregated into are: force-only rapes, battering rapes and obsessive rapes.

- Force-Only Rapes : In this type of rape, the husband coerces the wife using threats and some degree of physical strength and violence. In this, only necessary force is used by the husband to make his wife indulge in sexual activities unwillingly. The violence may be limited to verbal clashes or may even involve physical force. It is done by the man to hold down the woman or make her submit to his demands. Battering the wife isn't the characteristic here⁷⁴.

- Battering Rapes : Battering rapes refer to those whereby extreme physical force is used on the woman. The wife is beaten and raped by the husband. The woman is both, sexually and physically assaulted in this kind of rape. It may also include physiological, economic, verbal and emotional abuse. Most cases of marital rape fall under this category⁷⁵.

- Obsessive Rape : It is also referred as 'sadistic rape'. In this kind of marital sexual abuse, the abuser gets aroused by violence. The husband is obsessed with sex and the sexual intercourse involves torture and/or perverse acts which may generally result in physical violence⁷⁶.

Nicholas Groth, in his book, *Men Who Rape*⁷⁷, also discusses two other types of marital rapes :

- Anger Rapes : Such violent sexual abuses occur to express hostility against women, to retaliate against them or to harm them. The prime aim of such act is to degrade the woman and she may be forced to indulge in degrading sexual acts like sodomy or bestiality⁷⁸.

- Power Rapes : This form of rape is committed with the aim of asserting dominance and control over the woman. Though the consent of the woman is absent, however, the purpose isn't to harm the female. The goal is to mask the inadequacy of the male spouse and impose a sexual conquest over the wife which may not be necessary in a happy and normal marital relationship. With increased retaliation and arguments from women, these rapes increase⁷⁹.

⁷⁴ K. Yllo, "Marital Rape", *The Battered Women's Justice Project*, 1996, p.8.

⁷⁵ D. Finkelhor, K. Yllo, *License to Rape: Sexual Abuse of Wives*, The Free Press, 1985.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ A. N. Groth, H. J. Birnbaum, *Men Who Rape : The Psychology of the Offender*, Plenum Press, 1979, p. 227.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ A. N. Groth, H. J. Birnbaum, *Men Who Rape : The Psychology of the Offender*, Plenum Press, 1979, p. 227.

3. IMPLIED CONSENT AND CONTRACT THEORY

When discussing the gruesome offence of marital rape, consent in sexual relations between spouses is what we are dealing with. All sexual offences are constituted on the non-availability of consent or qualifying consent (in case of minors or persons of unsound mind)⁸⁰. Consent is the constituting element in the offence⁸¹; thus, we need to worry ourselves with the implied consent theory.

British jurist Lord Mathew Hale had propounded the theory of implied consent and marital contract. His famous quote said that the husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract, the wife has given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract⁸². This theory was also seconded by John Frederick Archbold in his book, whereby he said that no man can be claimed to be guilty of the rape of his wife⁸³.

Hale also advocated that a marriage is a contract between the man and the wife which comes into force from the day of the marriage⁸⁴. According to him, the terms of the contract include establishment of sexual relations by the parties of the contract, i.e. the spouses. While entering into the contract, which is the incidence of the solemnization of the marriage ceremony, the wife gives an implied and irrevocable consent to the husband for sexual relations⁸⁵. Thus, rape can never occur in a marriage because the consent is always impliedly present in such a relation.

Unfortunately, this is the most widely given rationale for justifying the marital rape exception. This theory was, thus, critically analysed in various case laws and juristic opinions

⁸⁰ Law Commission (UK), *Consent in the Criminal Law*, Consultation Paper No. 139, 1995, p. 7.

⁸¹ T. O'Malley, E. Hoven, *Consent in Law Relating to Sexual Offences*, Cambridge University Press, 2020, pp. 135-171.

⁸² M. Hale, *The History of the Pleas of Crown*, S. Emlyn ed., 1778, p. 629.

⁸³ J. F. Archbold, *A Summary of the Law Relating to Pleading and Evidence in Criminal Cases*, Sweet and Maxwell, 1822.

⁸⁴ C. L. Mitra, "For She Has no Right of Power to Refuse Her Consent", *Criminal Law Review*, 1979, vol 9, p. 561.

⁸⁵ C. Backhouse, L. Schoenroth, "A Comparative Study of Canadian and American Rape Law", *Canada-United States Law Journal*, 1984, vol. 7, pp. 173-174.

thereafter⁸⁶. The theory proposed by Hale is a rigid compartmentalization of the consent of married woman as her nemesis and characterizes women as property⁸⁷.

Though it dilutes the sanctity of marriage to a mere contract, contrary to the Christian beliefs and the ideals of the British crown, the theory was supported because of its negative momentum towards the criminalization on marital rape.

However, it was successful in sparking debates on important matters which led to a change in people's mindset, forwarding the early ideas of criminalization of marital rape. A series of British case laws critically condemned the theory proposed by Hale, calling it unrealistic and impractical in the present times. This paved the way for the criminalization of marital rape in the United Kingdom.

However, Hale's theory was widely read and regarded and many jurisdictions based their ideas and legislations on either the basis of his theory or on the basis of the criticism of his theory.

4. MARITAL RAPE AND DOMESTIC VIOLENCE

Gender-based violence has been defined by the Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) committee in its General Recommendation 19 on Violence Against Women (VAW) as "*violence that is disproportionately directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty.*" The CEDAW committee argues that State parties are responsible not only to pass and enforce legislations but also to change attitudes and social dynamics that lead to violence against women.

The Declaration on the Elimination of Violence Against Women (DEVAW) defines gender-based violence, as "*any act...that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life*⁸⁸". The Declaration

⁸⁶ M. D. A. Freeman, "'But If You Can't Rape Your Wife Who[m] I Can You Rape?' The Marital Rape Exemption Re-examined", *Family Law Quarterly*, 1981, vol. 15, issue 1, p. 9.

⁸⁷ R. M. Ryan, *The Sex Right: Legal History of the Marital Rape Exception*, Cambridge University Press, 1995, pp. 941-1001.

⁸⁸ United Nations, General Assembly, resolution 48/104, *Declaration on the Elimination of Violence Against Women*, A/RES/48/104 (20 December 1993).

identifies three areas in which violence commonly takes place : in the family ; within the general community ; and perpetrated or condoned by the State. It is the duty of the State to prohibit violence against women whether committed by public or private actors in different contexts - within the family, the general community or at the State level.

International organizations and domestic laws have been making efforts to curb domestic violence. About 144 countries have legislations for domestic violence but they are not always compliant to international standards, nor are the recommendations always implemented⁸⁹. Despite laws, the statistics narrate a horrifying story.

It is estimated that about 35 percent women face physical and/or sexual harassment on the hands of an intimate partner or non-partner⁹⁰. This doesn't include cases of sexual harassment. However, some domestic statistics claim that up to 70 percent women have experienced sexual and/or physical violence from intimate partner. Such women are reportedly at a higher risk of depression, abortion, and HIV compared to other women who haven't had such experiences⁹¹.

In the majority of the countries, adolescent women are at an exposed risk of forced sex from current or former partners, husbands or boyfriends. Based on the data of 30 countries, unfortunately, only one percent of such women seek professional help⁹².

According to data collected by the National Coalition Against Domestic Violence (NCADV), between 10 to 14 percent of married women experience marital rape in United States. 1 in 4 women in United States experience severe physical violence by their partners, sexual violence by partners, and/or stalking by intimate partners with long-lasting impacts such as injury, fearfulness, post-traumatic stress disorder, use of victim services, contraction of sexually transmitted diseases, etc⁹³.

⁸⁹ World Bank Group, *Women, Business and the Law 2018*.

⁹⁰ World Health Organization, *Fact sheet : Violence Against Women*.

Available online : <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women#:~:text=Global%20estimates%20published%20by%20WHO,sexual%20violence%20in%20their%20life%20time> [retrieved on June 19th 2021].

⁹¹ *Global and regional estimates of violence against women: Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*, Report released by the South African Medical Research Council, London School of Hygiene and Tropical Medicine and the World Health Organization, 2013.

⁹² UNICEF, *A Familiar Face: Violence In The Lives Of Children And Adolescents*, 2017, pp. 73-82.

⁹³ J. L. Truman, R. E. Morgan, *Special Report : Nonfatal Domestic Violence 2003-2012*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, 2014.

Considering that marital rape originates due to the marital and domestic relationship, it contributes heavily to the cases of domestic violence. However, treating it under the guise of domestic violence while ruling out the possibility of separate legislations and international standard won't be justified. The offence of marital rape strips the dignity and right to life of a woman. Just like charges of hurt or grievous hurt cannot be equated to that of rape or sexual violence, in the same manner, the offence of domestic violence cannot be kept on par with marital rape.

Sexual violence, even in the marital relationship, leaves physical and psychological scars on the conscience of the victim which hinders her to lead her life in a normal manner, like any other human being. Physical violence may cause grievous and long-lasting effects, but snatching away the right to consent is wrong on another level of moral compass which shreds the dignity of the woman and batters her to the extent of trauma and psychological disorders.

5. LEGAL STATUS THROUGHOUT THE WORLD

The offence of marital rape emerges from the most pious relationship in human life which is founded on immense trust and belief. This belief is shattered forever in case of intimate sexual abuse and the resultant fear might never be overcome. A set of researchers believe that *“knowing that the perpetrator and the victim are spouses was shown to alter beliefs about both parties involved in conflictual interactions.”*⁹⁴

The United Nations Task Force on Violence Against Women and the United Nations Secretary-General released a report in 2006 which suggests that the most common form of violence faced by women around the world is caused by their intimate partners⁹⁵. Another research states that over 40 percent of women who face assaults were forced into sex by their male partners at one time or another⁹⁶.

However, this isn't the worst part. Various men do not even refrain from admitting their crime. Rather, they take pride in claiming that they have raped their wives, ex-wives or girlfriends. This was found in a study which was conducted in South Africa whereby 14.3

⁹⁴ J. Langhinrichsen-Rohling et al., “Attributions About Perpetrators and Victims of Interpersonal Abuse Results from an Analogue Study”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2004, vol. 19, issue 4, pp. 484-493

⁹⁵ UN Women, *Ending violence against women. From words to action. Study of the Secretary-General*, United Nations Publication, 2006, p. 43.

⁹⁶ J. C. Campbell, P. Alford, “The Dark Consequences of Marital Rape”, *The American Journal of Nursing*, 1989, vol. 89, issue 7, p. 946.

percent (241 out of 1681) men admitted that they raped their spouses and partners⁹⁷. Another research which took place in Bangladesh revealed that 10 percent of urban men and 15 percent of rural men admitted on initiating forced sex with their spouses⁹⁸. Similar stories have also been revealed in India where sexual violence exists in most marriages⁹⁹.

The statistics show that there is an important need of laws on marital rape. Let us take a look at the conditions prevailing in various countries.

5.1. Countries Having Laws on Marital Rape

Marital Rape has been recognized as an offence and criminalized in about 150 countries. These countries include USA, UK, Israel, Poland, Italy as well as Albania. For the sake of the study in this research paper, 4 of these countries have been chosen for research.

The United States of America has been selected for the study because it is a developed, first world country where the first wave of feminism was propagated and widespread¹⁰⁰. The efforts towards the criminalization of marital rape have been extensive in this country, however researchers are of the opinion that such efforts were insufficient and incomplete in nature¹⁰¹. Including USA in our research would help us determine how an economically sound and socially modern country is dealing with this evil called marital rape.

The United Kingdom is a country which has had immense influence on the laws of various countries through colonialization and the common law system¹⁰². The consent theory has also originated from this country¹⁰³. However, it has come a significant way in criminalizing spousal rape. This is the reason behind its selection.

Israel is one of the countries which does not have a written Constitution and its laws have been cultivated over time with the influence of the judiciary and of religion. It has been

⁹⁷ R. Jewkes et al., "Gender Inequitable Masculinity and Sexual Entitlement in Rape Perpetration South Africa: Findings of a Cross-Sectional Study", *PLoS One*, 2011, vol. 6, issue 12, p. 5.

⁹⁸ R. T. Naved et al., *Men's Attitudes and Practices Regarding Gender and Violence Against Women in Bangladesh*, icddr,b Special Publication No. 135, 2011.

⁹⁹ R. Jewkes, *Rape Perpetration: A Review*, Sexual Violence Research Initiative, 2012, p. 6.

¹⁰⁰ R. Walker, "Becoming the Third Wave", *Ms Magazine*, 1992, pp. 39-41.

¹⁰¹ A. A. Tierney, "Spousal Sexual Assault- Pennsylvania's Place on the Sliding Scale of Protection", *Dickinson Law Review*, 1986, vol. 90, issue 4, pp. 777-801.

¹⁰² R. J. Daniels et al, *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, Oxford University Press, 2011, pp. 111-117.

¹⁰³ H. J. Berman, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal*, 1994, vol. 103, issue 7, p. 1165.

included in this study because it hosts the largest population of Jews in the world¹⁰⁴. Despite the male pre-dominance imposed on women in the form of Halakah¹⁰⁵, the country has come a significant way to deal with spousal rape.

Poland is the final country which the authors have taken into note. This is because Polish laws, pertaining to marital rape, are similar to that of various other countries in the European Union¹⁰⁶. Poland was one of the first countries in the present European Union to take a step towards the criminalization of marital rape and gave direction to its counterparts to move ahead with the criminalization.

5.1.1. United States of America

Marital rape has been criminalized in all 50 states of the United States of America however, this may not be enough. A considerable number of states continue to retain marital immunity in one manner or another. The presumption of wife as the husband's chattel still continues and it is testified by the spousal exemption given under the rape laws. While marital rape is illegal in several states, it remains semi-legal in some. Even the Model Penal Code provides a restricted approach towards marital rape in the United States which expresses that a man who has sexual intercourse with a female who is not his wife can be prosecuted for rape¹⁰⁷.

The reform in the area of marital rape commenced in the United States as early as the 1970s when marital rape charges were brought into the picture only when spouses lived separately. The case of *Oregon v. Rideout*¹⁰⁸ is a legal milestone whereby charges of marital rape were imposed on a man who lived with his wife for the first time. This is when the public, judicial and legislative discussion pertaining to marital rape accelerated. In the 1984 case of *People v. Liberta*¹⁰⁹, the court had observed that a marriage license doesn't empower the husband to forcibly rape his wife with impunity. By 1993, marital rape exemptions were either withdrawn or judicially declared unconstitutional in all states of United States. Marital rape and

¹⁰⁴ JTA, "Israel's Population Hits 914 Million", *The Canadian Jewish News*, <https://www.cjnews.com/news/israel/israels-population-on-the-eve-of-the-new-year-hits-9-14-million> [retrieved on September 7th 2020].

¹⁰⁵ F. Raday, *Equality, Religion and Gender in Israel*, Jewish Women's Archive. Available online : <https://jwa.org/encyclopedia/article/equality-religion-and-gender-in-israel> [retrieved on September 7th 2020].

¹⁰⁶A. Michalska-Warias, "Marital Rape in Poland from the Legal and Criminological Perspectives", *PRAWO W DZIAŁANIU SPRAWY KARNE*, 2016, vol. 26, pp. 50–84, 99–119. Available online : <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Aneta-Michalska-Warias-Marital-Rape-in-Poland-from-the-Legal-and-Criminological-Perspectives-62.pdf> [retrieved on June 17th 2021].

¹⁰⁷ Model Penal Code, § 213.6 (Proposed Official Draft 1962).

¹⁰⁸ *Oregon v. Rideout*, 5 FAM. L. REP. (BNA) 2164 (1978).

¹⁰⁹ *People v. Liberta*, 90 A.D.2d 681 (N.Y. App. Div.: 1982).

non-marital rape were equated only in 17 states. Certain level of exemptions, based on cohabitation and degree of violence, continued in various states which made it difficult to implement the consequences of marital rape effectively.

The debate on repealing marital exemptions still continues and this, though, may be a good sign, but considering that this evil still exists in USA in one manner or another, the married women are still at risk within the four walls of their homes.

5.1.2. United Kingdom

The United Kingdom follows the rules of the common law in civil and criminal matters. The Constitution in this country is not codified, which gives it immense flexibility to change laws and introduce reforms.

In 1736, Sir Mathew Hale declared in *The History of Pleas of the Crown*¹¹⁰ that no man can be accused of the rape of his wife as his wife has married him and has consented to sexual relations. This fact was reiterated in the book *Pleading and Evidence in Criminal Cases*¹¹¹ by barrister John Frederick Archbold in 1822.

Hale's theory was scrutinized in *R. v. Clarence*¹¹² whereby the court deduced that rape can happen in a marriage when the wife refuses sexual intercourse and the husband uses force or violence against her.

*R. v. Clarke*¹¹³ was the first case which dealt with the offence of marital rape directly. The court, in this case, allowed charging the husband with the sections of raping his wife who lived separately from him. Then, in the 1992 case of *Regina v. R.*¹¹⁴, the House of Lords ruled that a woman cannot be expected to submit to her husband's sexual demands irrevocably, in all circumstances. The illegality of marital rape was explicitly laid out in the form of a legislation in the Sexual Offences Act of 2003¹¹⁵. Eventually, the idea of a woman as a man's property was chattered.

¹¹⁰ M. Hale, *The History of the Pleas of the Crown*, S. Emlyn ed., 1st ed., 1778, p. 629.

¹¹¹ J. F. Archbold, *A Summary of the Law Relating to Pleading and Evidence in Criminal Cases*, Sweet and Maxwell, 1822.

¹¹² *R. v. Clarence*, 22 Q.B.D. 57 (1889).

¹¹³ *R. v. Clarke*, 2 All E.R. 448 (1949).

¹¹⁴ *Regina v. R.*, 1 AC 599 (1992).

¹¹⁵ J.R. Spencer, "The Sexual Offences Act 2003: (2) Child and Family Offences", *Criminal Law Review*, 2004, pp. 347-360.

However, it still remains an ideal on paper. The illegalization of marital rape doesn't seem to have made a long-lasting impact on the mentality of men who still consider women as their property. According to a recent and alarming study by YouGov¹¹⁶, various men still do not consider forced sex in marriage as rape. These men include a third of over 65 and 16 percent of men aged between 16 to 24. Consolidating the data, it can be said that one out of four British men believe that marital forced sex doesn't constitute rape¹¹⁷.

5.1.3. Israel

Israel is a country which has ratified three out of four international conventions concerning women¹¹⁸. While Israel is also devoid of a written constitution, basic written statutes guide the legal framework¹¹⁹. This leaves ample scope for amendments and reforms which can be speedily applied.

It is pertinent to mention here that marital rape is forbidden in Jewish law¹²⁰ and about 74 percent of people in Israel follow Judaism¹²¹. In the case of *Cohen v. The State of Israel*¹²² as well, the fact that marital rape is incoherent with Judaism was clarified by the court. It is a landmark case in Israel, in which it was also mentioned that 'unlawful sexual intercourse' includes marital rape¹²³. It did away with the common law marital exemption and gave birth to litigation on the subject of marital rape in Israel.

In 1991, Israel came up with the Law for Protection of Family Violence. One of the many aims of the legislation was to protect married women from physical or sexual abuse by

¹¹⁶ "Major New YouGov Survey for EAW: Many People Still Unclear What Rape Is", *End Violence Against Women*, December 6th 2018. Available online : <https://www.endviolenceagainstwomen.org.uk/major-new-survey-many-still-unclear-what-rape-is/> [retrieved on July 26th 2020].

¹¹⁷ "When Did Marital Rape Become A Crime ?", *The Week*, December 6th 2018. Available online : <https://www.theweek.co.uk/98330/when-did-marital-rape-become-a-crime> [retrieved on September 7th 2020].

¹¹⁸ Immigration and Refugee Board of Canada (Research Directorate), *Human Rights Brief: Violence Against Women in Israel*, 1995. Available online : <https://www.refworld.org/docid/3ae6a81218.html> [retrieved on July 26th 2020].

¹¹⁹ B. E. Genut, "Competing Visions of the Jewish State; Promoting and Protecting Freedom of Religion in Israel", *Fordham International Law Journal*, vol 19, issue 5, 1995, pp. 2120-2143.

¹²⁰ Y. Fletcher, "Marital Rape Is Expressly Forbidden In Jewish Law. However...", *Jewish News*, July 13th 2020. Available online : <https://blogs.timesofisrael.com/shameful-denial-and-defence-of-marital-rape-must-end/> [retrieved on 27 July 2020].

¹²¹ Stephen Sharot, *Israel: Sociological Analyses of Religion in the Jewish State*, Oxford University Press, 1990, sections 63-76.

¹²² Criminal Appeal 91/80, 35 (3) PD (1980) 281.

¹²³ V. Venkatesh, "Pluralistic Legal Systems and Marital Rape: Cross-National Considerations" in M. Randall, J. Koshan, P. Nyaundi (eds.), *The Right to Say No: Marital Rape and Law Reform in Canada, Ghana, Kenya and Malawi*, Hart Publishing, 2017, pp. 89-135.

the spouse or any member of the family¹²⁴. This law has been a strong backbone in preventing marital sexual abuse in Israeli households.

5.1.4. Poland

The 1932 Polish Criminal Code had made it amply clear that a husband could not be prosecuted for the rape of his wife¹²⁵. At the time, it was the traditional notion in most of the European countries. After the Second World War, the possibility of illegalization of marital rape was seen by many feminists¹²⁶.

A welcoming change was witnessed in the 1969 Criminal Code whereby the offence of rape was characterized as an offence against freedom of an individual¹²⁷, following the footsteps of the socialist Soviet Union¹²⁸. This step altered the interpretation of rape and suggested that a woman can be raped by her husband. It also maintained that married women have equal rights to retain their sexual freedom as that of an unmarried woman¹²⁹. The same idea was also transported to the Criminal Code of 1997 which is now the binding law¹³⁰.

Though the approach of the Polish law-makers in treating marital rape as same as any other rape is appreciable, it hasn't attracted much interest from legal scholars. This is because consummation of marriage by husband and wife still remains an important part of Polish marriage and has received the validation of the law as well¹³¹.

¹²⁴ Immigration and Refugee Board of Canada (Research Directorate), *Israel: Violence Against Women, Including Statistics, Legal Recourse, Services Available and Response by Government Authorities (2005-2006)*, 2007. Available online : <https://www.refworld.org/docid/469cd69ec.html> [retrieved on September 7th 2020].

¹²⁵ A. Michalska-Warias, "Marital Rape in Poland from the Legal and Criminological Perspectives", *PRAWO W DZIAŁANIU SPRAWY KARNE*, 2016, vol. 26, p. 63. Available online : <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Aneta-Michalska-Warias-Marital-Rape-in-Poland-from-the-Legal-and-Criminological-Perspectives-62.pdf> [retrieved on June 17th 2021].

¹²⁶ H. Rajzman, "Nierząd Między Małżonkami", *Państwo i Prawo*, 1948, vol. 1, pp. 94-95.

¹²⁷ A. Michalska-Warias, "Marital Rape in Poland from the Legal and Criminological Perspectives", *PRAWO W DZIAŁANIU SPRAWY KARNE*, 2016, vol. 26, p. 63. Available online : <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Aneta-Michalska-Warias-Marital-Rape-in-Poland-from-the-Legal-and-Criminological-Perspectives-62.pdf> [retrieved on June 17th 2021].

¹²⁸ H. M. Malik, *Criminal Policy in Poland in the light of recent political changes*, 2019. Available online : https://www.nsfk.org/wp-content/uploads/sites/10/2019/03/Hanna-Malik_Criminal-Policy-in-Poland.pdf [retrieved on September 7th 2020].

¹²⁹ Polish Criminal Code, § 197 (1997).

¹³⁰ A. Michalska-Warias, "Marital Rape in Poland from the Legal and Criminological Perspectives", *PRAWO W DZIAŁANIU SPRAWY KARNE*, 2016, vol. 26, p. 63. Available online : <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Aneta-Michalska-Warias-Marital-Rape-in-Poland-from-the-Legal-and-Criminological-Perspectives-62.pdf> [retrieved on June 17th 2021].

¹³¹ G. Bzdyrak, "Annulment of Marriage in Polish Law and Declaration of Nullity of Marriage in Canon Law – A Comparative Study", *Review of Comparative Law*, 2016, vol. 26, issue 3, pp. 65-87.

The fact here remains that a mere verbal reluctance without committing any act to prevent sleeping with the husband and no use of physical force or illegal threats on part of the husband doesn't constitute rape¹³². A woman can seek justice against marital rape only if the husband has raped her with utmost cruelty or she was made to sleep with someone else by her husband, without her consent¹³³.

Also, due to a lack of special legislation for the criminalization of marital rape, the spousal relationship may affect the court's judgement. Same is the case in France and in Italy¹³⁴. Despite the existence of law, women refrain from initiating criminal proceedings in matters of marital rape which still remains a drawback¹³⁵.

5.2. Countries Refusing to Treat Marital Rape as a Crime

In the words of John Stuart Mill, marital rape represents the surrender of dignity by woman, which thereby lowers her standard below that of a slave¹³⁶. In the landmark case of *The Forum for Women, Law, and Development v. His Majesty's Government, Ministry of Law, Justice and Parliamentary Affairs*¹³⁷, the Supreme Court of Nepal has said that a married woman is not a slave and she also has human rights. The Universal Declaration on Human Rights (UDHR)¹³⁸, in its article 16, explicitly states that a man and a woman in marriage are equal. Even the International Convention on Civil and Political Rights in Article 23(4) reaffirms the principle of equal participation in marriage. It is not the case in reality.

Around the globe, there are only a few countries who have not expressly or impliedly criminalized marital rape. These countries include India, Egypt, Sri Lanka and Nigeria. While the criminalization hasn't happened yet, the debate for bringing this offence under the purview of law has continued for a substantial time. For the sake of study, three countries have been included.

¹³² Polish Criminal Code § 197 (1997).

¹³³ A. Michalska-Warias, "Marital Rape in Poland from the Legal and Criminological Perspectives", *PRAWO W DZIAŁANIU SPRAWY KARNE*, 2016, vol. 26, p. 63. Available online : <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Aneta-Michalska-Warias-Marital-Rape-in-Poland-from-the-Legal-and-Criminological-Perspectives-62.pdf> [retrieved on June 17th 2021].

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ J. S. Mill, *The Subjection of Women*.

¹³⁷ Writ No. 55 of the year 2058 BS (2001-2002), The Supreme Court, Special Bench, Nepal.

¹³⁸ United Nations, General Assembly, resolution 217 (III), *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948.

India is a country which is actively growing in terms of social and economic standards. The Indian population have proactively accepted modern ideas in their laws and society. However, the same ideals don't stand true in the case of marital rape. Various pro-women organizations in India are working towards the criminalization of marital rape. The movements lead by these organizations are raising issues of women's rights, including the removal of the marital rape exception¹³⁹.

Another country included in the research is Sri Lanka. The choice is dependent on the fact that Sri Lanka is signatory to various women rights' conventions and though, efforts were made to criminalize marital rape by the legislature itself, they became unsuccessful owing to the religious notions prevalent in the country¹⁴⁰.

Finally, Botswana has been included in the list of study. It is one of those countries where the customary law of non-requirement of consent during sex in marriage still prevails¹⁴¹. Botswana has a grave issue of domestic violence; however, the legislators have ignored marital rape for long and haven't made any efforts to criminalize it¹⁴². Not much social movement has also been witnessed in this regard in Botswana.

5.2.1. India

Rape is derived from the Latin term 'rapio' meaning 'to seize'¹⁴³. While India has criminalized rape under Section 375, the judicial definition of 'rape' was given in the case of *Bhupinder Sharma v. State of Himachal Pradesh*. In this case, the court had observed that rape refers to the ravishment of a woman against her will or without consent or with her consent, where such consent is obtained by force, fear or fraud¹⁴⁴. Considering the heinous nature of the

¹³⁹ R. Rao Kallakuru, P. Soni, "Criminalisation of Marital Rape in India: Understanding Its Constitutional, Cultural and Legal Impact", *NUJS Law Review*, 2018, vol. 11, issue 1, p. 4.

¹⁴⁰ *Report of the Leader of Opposition's Commission on the Prevention of Violence against Women and the Girl Child*, Forum Against Gender Based Violence Sri Lanka, 2014. Available online : <http://gbvforum.lk/r-library/document/Report%20of%20the%20Leader.pdf> [retrieved on July 27th 2020].

¹⁴¹ US Department of State (Bureau of Democracy, Human Rights And Labor), *2017 Country Reports on Human Rights Practices*, 2017.

¹⁴² G. Mookodi, "The Dynamics of Domestic Violence Against Women in Botswana", *Botswana Journal of African Studies*, vol. 18, issue 1, 2004, pp. 1-64.

Available online :

https://ubrisa.ub.bw/bitstream/handle/10311/904/Mookodi2_PBJAS_2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y [retrieved on June 17th 2021].

¹⁴³ H. S. Gour, *Penal Law of India*, Law Publishers India Pvt Ltd, 7th ed., 2018, p. 1843.

¹⁴⁴ *Bhupinder Sharma v. State of Himachal Pradesh* AIR 2003 SC 4684, (2003) 8 SCC 551.

crime and the grave consequences that follow, the court has characterized it as “*a deathless shame and the gravest crime against human dignity*¹⁴⁵”.

In the chairmanship of Justice J.S. Verma, a committee had recommended various changes to the rape law in India¹⁴⁶. Some of them were included through the Criminal Amendment Act of 2013¹⁴⁷. However, despite the recent advancement, the marital exception still remains.

According to data, approximately 10 to 14 percent of married women are subjected to sexual abuse within marriage¹⁴⁸. Marital rape is punishable in India only if the wife is below 15 years of age or when the spouses are judicially separated. The limit of 15 years was reconsidered and raised to 18 years by the judiciary¹⁴⁹.

The first case through which the marital exception was scrutinized was in *Queen Empress v. Haree Mythee*¹⁵⁰ whereby the exception was upheld. In the case of *Sree Kumar v Pearly Karun*, the exception was upheld even when the parties were undergoing a dispute on divorce¹⁵¹. The 172nd Law Commission Report suggested the Government of India to repeal the marital exemption provided under Section 375(2) of the Indian Penal Code¹⁵². There are several judicial pronouncements whereby the sexual privacy of a woman was recognized and granted immense importance¹⁵³. However, the pronouncements were not pertaining to married women.

A ray of hope was seen when the Gujarat High Court said that the concept of implied concept should be dropped in marriage¹⁵⁴. Thereafter, a Member of Parliament, Shashi Tharoor presented “The Women’s Sexual, Reproductive and Menstrual Rights Bill, 2018”¹⁵⁵. However,

¹⁴⁵ *Bodhisattwa Gautam v. Subhra Chakraborty* AIR 1996 SC 922.

¹⁴⁶ Justice J.S. Verma et al, *Report of Committee on Amendments to Criminal Law*, 2013. Available online : <https://www.prsindia.org/uploads/media/Justice%20verma%20committee/js%20verma%20committee%20report.pdf> [retrieved on September 8th 2020].

¹⁴⁷ Criminal Law (Amendment) Act, Act No. 13 (2013).

¹⁴⁸ D. E. H. Russell, *Rape in Marriage*, Indiana University Press, 2nd ed., 1990.

¹⁴⁹ ***Independent Thought v. Union of India and Another* (2017) 10 SCC 800.**

¹⁵⁰ *Queen Empress v. Haree Mythee*, (1891) ILR 18 Cal. 49.

¹⁵¹ *Sree Kumar v. Pearly Karun*, 1999 (2) ALT Cri 77.

¹⁵² S. Mandal, “The Impossibility of Marital Rape - Contestations Around Marriage, Sex, Violence and the Law in Contemporary India”, *Australian Feminist Studies*, 2014, vol. 29, issue 81, pp. 255-256.

¹⁵³ *State of Maharashtra v. Madhkar Narayan*, AIR 1991 SC 207.

¹⁵⁴ *Nimeshbhai Bharat Bhai Desai v. State of Gujarat*, 2018 SCC OnLine Guj 732.

¹⁵⁵ S. Joy, “Make Marital Rape A Crime: Tharoor’s Bill in Parliament”, *Deccan Herald*, January 1st 2019. Available online : <https://www.deccanherald.com/national/make-marital-rape-a-crime-tharoor-bill-in-parliament-710844.html> [retrieved on September 8th 2020].

in *Anuja Kapur v. Union of India Through Secretary*¹⁵⁶, the court had claimed that they were more concerned with the interpretation of laws than the drafting of legislations.

Certain litigations are still pending before the court on this matter. However, judicial delay and medico-evidentiary loopholes are the reasons because of which the criminalization of marital rape is still at a halt. Also, battered woman syndrome is not recognized in India¹⁵⁷. Considering the large number of arranged marriages which are concluded in India, criminalization of marital rape is necessary there¹⁵⁸.

5.2.2. Sri Lanka

Sri Lankan law provides for marital immunity in cases whereby the husband and the wife co-habit¹⁵⁹. According to Section 363(a) of the Penal Code of Sri Lanka, a man is said to have raped a woman when he establishes sexual relations with her without her consent¹⁶⁰. When such a woman is his wife and the spouses are judicially separated, even then the offence of rape is constituted. Thus, only the *de jure* separation is given any value under the code¹⁶¹.

In the 2014 *Report of the Leader of the Opposition's Commission on the Prevention of Violence Against Women and Girl Child*, it was revealed that the amendment made to the Penal Code of Sri Lanka in 1995 had proposed to remove the marital immunity however, after strong opposition from the Parliamentarians, the idea was sacked¹⁶².

Though Sri Lanka is a signatory to CEDAW, which emphasises on making laws on domestic and sexual abuse, it has taken the advantage of the marital exception provided in Indian Penal Code to justify the exception mentioned in their code¹⁶³.

¹⁵⁶ *Anuja Kapur v. Union of India Through Secretary*, MANU/SCOR/19643/2019.

¹⁵⁷ *Manju Lakra v. State of Assam*, 2013 SCC OnLine Gau 207: (2013) 4 GLT 333.

¹⁵⁸ N. Bhandare, "Behind Closed Doors: Marital Rape in India", *LiveMint*, May 25th 2015. Available online : <https://www.livemint.com/Politics/b6HcnmMqYadNzWAP05FbEO/Behind-closed-doors-Marital-rape-in-India.html> [retrieved on September 8th 2020].

¹⁵⁹ S.M. E. Goonetilleke, "Domestic Violence: Is the Sri Lankan Woman Still Trapped in the Private Sphere?" *OUSL Journal*, 2015, vol. 8, pp. 101-123.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Report of the Leader of Opposition's Commission on the Prevention of Violence against Women and the Girl Child*, Forum Against Gender Based Violence Sri Lanka, 2014. Available online : <http://gbvforum.lk/r-library/document/Report%20of%20the%20Leader.pdf> [retrieved on July 27th 2020].

¹⁶³ The Women and Media Collective Colombo, *Sri Lanka Shadow Report to the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 2010. Available online : https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/ngo/WMD_SriLanka48.pdf [retrieved on September 8th 2020].

Though there have been uproars for criminalizing marital rape, the low number of reporting is another aspect which needs to be kept in mind. The legislative and judicial reluctance is causing women to believe that marital rape is not rape, rather a marital duty, thus, reducing reporting and washing away any attempts made by the civil societies to criminalize the offence¹⁶⁴.

5.2.3. Botswana

Domestic violence in Botswana is extremely widespread and is mostly resulted by increased female autonomy and changing socio-economic dynamics in gender roles¹⁶⁵. The Botswanan Penal Code neither defines nor penalizes the act of domestic violence however, the Domestic Act provides for the same¹⁶⁶. Nonetheless, the same is overshadowed by the customary and rural practices which prescribe women to be chastised by the husbands. Thus, marital rape is not criminalized¹⁶⁷.

Though provisions have been made to remove the victim woman from the house, no rehabilitation efforts or shelter have been provided for. The Domestic Violence Law does not characterize the offence of marital rape and refuses to criminalize it. Hence, the law is ineffective to combat violence against married women and fails to protect their rights¹⁶⁸. The judiciary has also showed little to no inclination towards taking steps on protecting women in marriage against sexual abuse.

The lack of protective provisions snatches away any right to consent that naturally and fundamentally exists in a woman, irrespective of her marital status.

¹⁶⁴ S. Nigam, “The Social and Legal Paradox Relating to Marital Rape in India: Addressing Structural Inequalities”, *SSRN*, 2015. Available online : <https://ssrn.com/abstract=2613447> [retrieved on June 19th 2021].

¹⁶⁵ G. Mookodi, “The Dynamics of Domestic Violence Against Women in Botswana”, *Botswana Journal of African Studies*, vol. 18, issue 1, 2004, pp. 1-64. Available online : https://ubrisa.ub.bw/bitstream/handle/10311/904/Mookodi2_PBJAS_2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y [retrieved on June 17th 2021].

¹⁶⁶ E. Barad et al, *Gender-Based Violence Laws in Sub-Saharan Africa*, Center for Reproductive Rights, 2007. Available online : http://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/GBV_Laws_in_Sub_Saharan_Africa.pdf [retrieved on September 8th, 2020].

¹⁶⁷ G. Mookodi, “The Dynamics of Domestic Violence Against Women in Botswana”, *Botswana Journal of African Studies*, vol. 18, issue 1, 2004, pp. 1-64. Available online : https://ubrisa.ub.bw/bitstream/handle/10311/904/Mookodi2_PBJAS_2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y [retrieved on June 17th 2021].

¹⁶⁸ Immigration and Refugee Board of Canada, *Botswana : Domestic Violence Including, Legislation, State Protection, Recourse and Services Available to Victims (2007 – February 2011)*, 2011. Available online : www.refworld.org/docid/4dbe8bc52.html [retrieved on July 27th 2020].

6. LAW ON MARITAL RAPE AND THE SANCTITY OF MARRIAGE

Marital Rape is an offence of the utmost gravity. The offence doesn't affect a single life. It affects the dynamics of families and the harmful consequences of the same may be reflected in the upbringing of the children born out of such socially-sanctioned non-consensual relationships¹⁶⁹.

The 167th Parliamentary Standing Committee Report on Home Affairs on Criminal Law (Amendment) Bill of 2012 of India warns against the criminalization of marital rape. The committee observed that the family system would be put under stress, invoking greater injustice which is the reason why the marital exception shouldn't be touched¹⁷⁰. It is the belief of the majority of the Trinidadian parliament as well that judicial or legislative intervention in the matters pertaining to marital rape will adversely affect marital privacy and the so-called notion of the sanctity of marriage¹⁷¹.

However, amidst the debate of preserving a social fiction which has already been destroyed beyond repair, we forget to have a fruitful discussion over the rights of an individual. Man and woman, both are at the equal pedestal in a marital setup¹⁷² however, physical power along with legal preservation gives the man a higher edge.

Family values are of great importance in every society and culture. For this reason, various religions used to look down on the concepts of divorce and separation. However, over the years, these ideas were replaced by modern and progressive theories which talked about equal rights of exit from marriage to men and women. Women and men, both got rights to have a say in the dissolution of marriage and various grounds were provided for the same¹⁷³.

Also, when we discuss the sanctity of marriage, it is important to address that trust and mutual dependence is an important pillar of the institution of marriage. While considering the

¹⁶⁹ D. E. H. Russell, *Rape in Marriage*, Indiana University Press, 2nd ed., 1990.

¹⁷⁰ PTL, "Criminalizing Marital Rape Will Hurt Family, Says Parliamentary Panel", *Times of India*, March 15th 2016. Available online: <https://timesofindia.indiatimes.com/india/Criminalizing-marital-rape-will-hurt-family-says-parliamentary-panel/articleshow/51408978.cms> [retrieved on September 8th 2020].

¹⁷¹ T. Johnson, "The Impact of Women's Consciousness on the History of the Present", *Social Justice*, 1990, vol. 17, issue 2, p. 131.

¹⁷² *Joseph Shine v. Union of India*, 2018 SCC OnLine SC 1676.

¹⁷³ N. Gerstel, "Divorce, Gender and Social Integration", *Gender and Society*, 1988, vol. 2, issue 3, pp. 343-367.

sacrosanct character of marriage, we cannot rule out the damage that has already been caused by decades of patriarchal regressions and anarchic thoughts¹⁷⁴.

The advent and propagation of feminism were based on the years of torture that women had to endure at the hands of the patriarchal ideologies¹⁷⁵. The idea behind it was to bring about a significant and positive change in society which can create in itself the right place for women. It was to put women in the place which they deserved but were kept away from for years. This further brought the attention of eminent jurists, the international community, municipal legislators and the judiciary towards the crumbling state of women in the then society¹⁷⁶.

However, despite conventions and laws, not much change has been witnessed in the marital setup. The institution of marriage was left out of the realm of rape in various countries in the name of the sanctity of marriage¹⁷⁷. However, it is important to contemplate here that said sanctity was run down the day marriage became a tool to control and chastise women and not for the companionship of two individuals¹⁷⁸.

Corporal punishments¹⁷⁹ and physical abuse aren't new elements to abusive marital relations. And it is pertinent to note here that corporal punishments imposed by husbands over wives were legal under the common law¹⁸⁰. Such notions are upheld by some Commonwealth countries, one of which is the Caribbean government.

Such immunities, including the marital immunity provided under various laws against marital rape, only shred the importance and the sanctitude of the marital bond. Rape is an offence which not only steals a woman's right to consent but also leaves her wounded and grieving. She loses the ability to instil trust in any man, let alone the person who has committed the crime. The physical marks may heal with time but the scar which is left on the psychology

¹⁷⁴ N. Burton, "A Feminist Critique of Marriage", *Psychology Today*, (September 8th 2020, 18:17 PM), <https://www.psychologytoday.com/us/blog/hidden-and-see/201708/feminist-critique-marriage>.

¹⁷⁵ L. Baldez, "Women's Movements and Democratic Transition in Chile, Brazil, East Germany and Poland", *Comparative Politics*, 2003, vol. 35, issue 3, pp. 253-272.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ S. Basu, "Sexual Property: Staging Rape and Marriage in Indian Law and Feminist Theory", *Feminist Studies*, 2011, vol. 37, issue 1, pp. 185-211.

¹⁷⁸ A. Dubler, "Governing Through Contract: Common Law Marriage in the Nineteenth Century", *The Yale Law Journal*, 1998, vol. 107, issue 6, pp. 1885-1920.

¹⁷⁹ J. E. Hasday, "Contest and Consent: A Legal History of Marital Rape", *California Law Review*, 2000, vol. 88, p. 1389.

¹⁸⁰ R. B. Seigel, "The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy", *The Yale Law Journal*, 1996, vol. 105, issue 8, pp. 2117-2207.

of the victim can stay forever with her. It affects her life to the level that she may find it difficult to lead it in a normal manner.

Marriage is one institution which holds equal importance in the life of an individual to religion and blood-relatives. If a woman has to undergo abuse, which extends to sexual nature, the sanctity of marriage gets ruined at the very instance of the act. Finding no way to justice furthers this cruelty and aggravates the offence¹⁸¹. Such marriages become prejudicial and distasteful. The bond dilutes to a chore and affects the sanctity of marriage and the life and upbringing of the kids, scarring their psychology and giving birth to mental health issues¹⁸².

7. MARITAL RAPE AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF WOMEN

In the words of famous psychologist Morton Hunt, a man who rapes his wife isn't able to shrug the anarchic notion whereby women are considered as subjects of their husbands, whom these husbands can rule upon¹⁸³. These patriarchal ideas spread in various aspects of marriage, including sexual matters, making the man look at sexual gratification as his right which he can acquire even with the help of force, against the will and consent of the wife.

International law also talks about the right against torture and right to dignity. Article 1 of the Universal Declaration on Human Rights (UDHR) declares all men and women to have been born with equal dignity and rights¹⁸⁴. The preamble of the same declaration recognizes inherent dignity and inalienable rights of all members of mankind or more appropriately put, human race¹⁸⁵. Article 3 of the same further emphasises on the human right to life, liberty and security of every individual¹⁸⁶. It is important to note here that though the UDHR isn't a legally binding instrument¹⁸⁷, various eminent international law scholars have characterised this declaration as a part of customary international law, keeping in mind its significance and

¹⁸¹ L. Baldez, "Women's Movements and Democratic Transition in Chile, Brazil, East Germany and Poland", *Comparative Politics*, 2003, vol. 35, issue 3, pp. 253-272.

¹⁸² D. E. H. Russell, *Rape in Marriage*, Indiana University Press, 2nd ed., 1990.

¹⁸³ M. Hunt, "Legal Rape", *Family Circle*, January 9th, 1979, p. 38.

¹⁸⁴ United Nations, General Assembly, resolution 217 (III), *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ M. A. Glendon, "The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights", *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2004, vol. 2, issue 1, p. 4.

widespread acceptability¹⁸⁸. The rights and freedoms set out in the UDHR have been widely incorporated in national laws and Constitutions, thus increasing its validity¹⁸⁹.

Despite explicit recognition by international law, marital rape continues to be prevalent in various jurisdictions. The act of rape in a marriage violates the right of women. They are made devoid of their sexual liberty and security which has been identified as an inalienable right. Their dignity, with grave cruelty, is stomped down and their reputation is ruined in one of the most trusted and sacred institutions of the society.

The United Nations has repeatedly considered and declared all kinds of violence against women as against their human rights and in contrary to the exercise of the freedom and liberties inherited by them naturally. These thoughts and theories have been extended to public violence as well as abuse in private life. The instruments for the protection of rights of women include the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), the Convention Against Torture, also known as the Torture Convention, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).

The right to be free of torture and cruel, inhuman and derogatory treatment includes such rights to be enforced in case of domestic violence¹⁹⁰. The components of torture provided under Article 1 of the Convention Against Torture include infliction of severe pain and suffering, for a prohibited purpose that includes coercion, intimidation, or discrimination, which is acquiesced to or condoned by a state actor¹⁹¹. Though rape has been recognized as an act of torture, marital rape still remains out of its realms.

Numerous human right treaties and conventions have obligated signatory states to enforce systems for protection of the rights of women, but they have mostly conveniently ruled out the topic of spousal rape. It is also worthy to note that the Constitutions of various countries are enshrined with some fundamental rights which guarantee right to life and dignity to all citizens. However, with the existence of the marital exception in various countries, the fundamental rights seem to be ineffective.

¹⁸⁸ L. Henkin, *The Age of Rights*, Columbia University Press, 1990, p. 19.

¹⁸⁹ J. Goldsmith, "International Human Rights Law and the United States Double Standard", *Green Bag*, 1998, vol. 1, pp. 365, 366, 371.

¹⁹⁰ B. C. Alexander, "Convention Against Torture: A Viable Alternative Legal Remedy for Domestic Violence Victims", *American University International Law Review*, 1999, vol. 15, issue 4.

¹⁹¹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984.

8. EFFECTIVENESS OF PRESENT LAWS ON MARITAL RAPE

One of the major and significant barriers which arises while discussing criminalization of marital rape is its inclusion within the ambit of domestic violence. It isn't once that spousal rape has been included in the realms of domestic violence¹⁹². This reasoning rules out the need for separate laws as most countries have laws against domestic violence¹⁹³.

In some other countries, marital rape is subsumed within the legislations created for criminalization of sexual offences against women. While it is a praiseworthy primitive step, the offence of marital rape has unique features which cannot be compared to either domestic violence or rape¹⁹⁴.

The laws pertaining to domestic violence have developed on the lines of domestic feuds, family tensions, privacy of households and protection by the State against all kinds of violence. On the other hand, the legislations pertaining to rape run along the lines of consent and are often found caught in a tension between sexual consent and evidentiary proof. Marital rape had differential features which warrants unique solutions and attention¹⁹⁵.

It is often quoted that “*The nature of violence in an intimate relationship creates some distinct social and psychological problems that affect the victim's position in the legal system The criminal justice system treats rape that involves strangers as more serious than rape involving an intimate.*”¹⁹⁶ It is widely noted in the offence of marital rape that the economic and emotional hurdles created by a marital relationship between the wife and the husband, who is also the batterer, are difficult to overcome¹⁹⁷. The woman, who is violated by her own husband, may find it difficult to leave her spouse and children while she is financially dependent¹⁹⁸ and

¹⁹² M. L. Woolley, “Marital Rape: A Unique Blend of Domestic Violence and Non-Marital Rape Issues”, *Hastings Women's Law Journal*, 2007, vol. 18, issue 2, pp. 269-293.

¹⁹³ UN News, “More Countries Have Laws Banning Domestic Violence, Says UN Women's Right Official”, November 22nd 2006. Available online : <https://news.un.org/en/story/2006/11/200542-more-countries-have-laws-banning-domestic-violence-says-un-womens-rights> [retrieved on September 10th 2020].

¹⁹⁴ M. L. Woolley, “Marital Rape: A Unique Blend of Domestic Violence and Non-Marital Rape Issues”, *Hastings Women's Law Journal*, 2007, vol. 18, issue 2, pp. 269-293.

¹⁹⁵ S. Harless, “From the Bedroom to the Courtroom: The Impact of Domestic Violence Law on Marital Rape Victims”, *Rutgers Law Journal*, 2003, vol. 35, pp. 305, 308.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ M. Lucas, “An Invitation to Liability ? : Attempts at Holding Victims of Domestic Violence Liable as Accomplices When They Invite Violations of Their Own Protective Orders”, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 2004, vol. 5, pp. 786-787.

¹⁹⁸ UN Statistics Division, “The World's Women ; Chapter 8: Poverty”. Available online : <https://unstats.un.org/unsd/gender/chapter8/chapter8.html> [retrieved on September 10th 2020].

emotionally connected to them. Considering this in mind, both internationally and domestically, there is a need to understand the special needs attached to this offence. The jurors and legislators, governments and law enforcers should put light on this need for special treatment of such victim, rehabilitation facilities for her and the differential prosecution of the perpetrator of marital rape¹⁹⁹.

The 1978 case of *Oregon v. Rideout*²⁰⁰ was a wake-up call for the entire world on the topic of marital rape and also brought out the issues pertaining to its criminalization. While the proceedings were on-going, the media trial left no stone unturned to question the moral and sexual character of the victim in the case²⁰¹. Even the District Attorney Gary Gortmaker didn't shy away from publicly demonstrating his lack of sympathy with victims of spousal rape, stating that "if it had happened in the bedroom and he didn't beat her up, I'd agree with the other side."²⁰²

Decades have passed since the Oregon case ; however, the social stance of marital rape continues to remain the same²⁰³. The fact is that a mere passing of law won't serve the purpose since the mindset remains the same. The legislation isn't capable of changing public opinion, as it hasn't been since so long²⁰⁴. The statistical analysis in countries where marital rape is criminalized haven't shown much hope²⁰⁵. The status-quo on social acceptance of marital rape as an offence remains somewhat similar as it was a few decades back²⁰⁶.

Women need to be educated that, as against the notion, marriage isn't a licence to rape to eradicate the fear and reluctance related to reporting of matters related to marital rape²⁰⁷. This reluctance is manifested by the headline of Chinese daily, *South China Morning Post*, which

¹⁹⁹ M. L. Woolley, "Marital Rape: A Unique Blend of Domestic Violence and Non-Marital Rape Issues", *Hastings Women's Law Journal*, 2007, vol. 18, issue 2, pp. 269-293.

²⁰⁰ *Oregon v. Rideout*, 5 FAM. L. REP. (BNA) 2164 (1978).

²⁰¹ M. A. Bazhaw, *For Better or for Worse? Media Coverage of Marital Rape in the 1978 Rideout Trial*, Master's thesis, Georgia State University, 2008, pp. 2-3.

²⁰² S. Barry, "Spousal Rape: The Uncommon Law", *American Bar Association Journal*, 1980, vol 66, issue 9, p. 1091.

²⁰³ L. R. Eskow, "The Ultimate Weapon?: Demythologizing Spousal Rape and Reconceptualizing Its Prosecution", *Stanford Law Review*, 1996, vol. 48, issue 3, pp. 677-709.

²⁰⁴ J. M. Ross, *Making Marital Rape Visible: A History of American Legal and Social Movements Criminalizing Rape in Marriage*, PhD thesis, University of Nebraska-Lincoln, 2015, p. 85.

²⁰⁵ I. Kolade-Fayesi, "Spousal Rape in a Globalized World", *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, 2018, vol. 9, issue 1, pp. 107-115.

²⁰⁶ M. J. Anderson, "Lawful Wife, Unlawful Sex- Examining the Effect of the Criminalization of Marital Rape in England and the Republic of Ireland", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1998, vol. 27, issue 1, pp. 139-140.

²⁰⁷ S. Harless, "From the Bedroom to the Courtroom: The Impact of Domestic Violence Law on Marital Rape Victims", *Rutgers Law Journal*, 2003, vol. 35, pp. 305, 308.

stated that “*Marital Rape Victims Ignorant of Law Change; Not One Case Has Been Prosecuted Since Amendment Took Effect in 2002*”²⁰⁸. There is a gulf between the words written in black and white and the practical application of law.

Basing on the above discussion, the criminalization of marital rape doesn't limit to mere legislative reform. The simple declaration of elimination of marital exception has failed to bear any fruitful results in practicality²⁰⁹. The adequate dealing of this offence encompasses social awareness in favour of the victim and a supportive nexus of government agencies and non-governmental organizations. This would assist the sensitive treatment of the victim. Additionally, the judicial system shall together make efforts to portray that marital rape is intolerable²¹⁰.

Finally, the global enforcement of marital rape prosecutions lacks in the fact that most countries rely on respective governmental directives for making laws on marital rape. It is important to note that there is no international declaration or convention on the matter which is legally binding on the countries to criminalize marital rape.

“*While declarations and international conferences are pertinent for pointing out such issues of wide concern and for suggesting solutions, they do not create binding obligations that require states to enforce these solutions ... [they] carry political weight, but they are not, on their own, legally binding instruments unless they are seen as embodying notions of customary human rights law, which has a legally binding effect upon states.*”²¹¹

Opinio Juris and a general universal practice of regarding marital rape as a crime is required to treat it as a customary and binding norm²¹². A significant lack of global consistency is one of the reasons because of which the matter hasn't been able to gain international

²⁰⁸ N. Connolly, “Marital Rape Victims Ignorant of Law Change; Not One Case Has Been Prosecuted Since Amendment Took Effect in 2002”, *South China Morning Post*, October 17th 2005. Available online : <https://www.scmp.com/article/520844/marital-rape-victims-ignorant-law-change> [retrieved on September 10th 2020].

²⁰⁹ M. Anderson, “Marital Immunity, Intimate Relationships, and Improper References: A New Law on Sexual Offenses by Intimates”, *Hastings Law Journal*, 2003, vol. 54, pp. 1465-1554.

²¹⁰ K. Juthani, “Police Treatment of Domestic Violence and Sexual Abuse: Affirmative Duty to Protect vs. Fourth Amendment Privacy”, *NYU Annual Survey of American Law*, 2003, vol. 59, pp. 51-56.

²¹¹ S. Harless, “From the Bedroom to the Courtroom: The Impact of Domestic Violence Law on Marital Rape Victims”, *Rutgers Law Journal*, 2003, vol. 35, p. 318, *quoted in* : M. L. Woolley, “Marital Rape: A Unique Blend of Domestic Violence and Non-Marital Rape Issues”, *Hastings Women's Law Journal*, 2007, vol. 18, issue 2, p. 292.

²¹² *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900).

momentum. Reports and recommendations of international committees and strong urges to countries by international organizations have made utmost efforts and though legislative reforms have happened, the reports cannot fully mandate member states to make a change nor can they make any changes on the domestic, ground-level situation²¹³.

9. THE NEED FOR AN INTERNATIONAL CONVENTION

Time and again, the international community and international organizations have put their foot forward to ensure that the injustice prevailing in societies throughout the world could be eliminated and eradicated. Special emphasis has been laid on matters where women and other weaker and vulnerable sections of the society are involved. The CEDAW and the ICCPR are examples of the steps taken by the international community to safeguard the interests and rights of various classes and sections of society.

In light of a survey which stated that only 4 out of 10 countries criminalized marital rape, the United Nations had released a statement saying home is the most dangerous place for a woman²¹⁴. The UN's flagship annual report, Progress of the World's Women, revealed that there are about a dozen countries who allow rapists to evade charges by marrying their victims²¹⁵. No wonder marital rape would be rampant in such an unjust marriage. Also, non-consensual sexual marital relationships continue to be legal in various countries²¹⁶.

Though, the increasing pressure from women and women welfare groups has caused various countries like Tunisia and Lebanon to scarp the marital exception and criminalize or illegalize marital rape. However, this doesn't seem to be enough for two major reasons. The primary reason is the premature laws which have little to no impact on the situation, while the other and equally important concerns is the lack of a worldwide model law to ensure uniformity in law on marital rape throughout jurisdictions.

When discussing the legal responsibility of international organizations and community in framing or hosting a convention on the issue of marital rape, we need to look at the previous efforts undertaken by such intentional organizations and community. In 1993, the United

²¹³ M. L. Woolley, "Marital Rape: A Unique Blend of Domestic Violence and Non-Marital Rape Issues", *Hastings Women's Law Journal*, 2007, vol. 18, issue 2, p. 292.

²¹⁴ E. Wulfhorst, "UN Urges Countries to End Marital Rape And Close Legal Loopholes", *Global Citizen*, June 26th 2019. Available online : <https://www.globalcitizen.org/en/content/un-women-marital-rape-laws/> [retrieved on August 4th 2020].

²¹⁵ *Ibid*

²¹⁶ World Bank Group, *Protecting Women from Violence*, (2015).

Nations Declaration on the Elimination of Violence Against Women (DEVAW) clearly highlighted the violence happening against women, including marital rape²¹⁷. Furthermore, the 1995 Beijing Declaration and Platform for Action also made mentions of marital rape, stating that marital rape “*is a manifestation of the historically unequal power relations between men and women*” and demanded its criminalization by its 189 signatory states, to ensure proper access to justice by women²¹⁸. Human right conventions, treaties and committees²¹⁹ have also considered marital rape as a violation of the right to life²²⁰, liberty and freedom of a woman on the basis of her gender.

However, here the question arises of whether the existing conventions are enough or do we need a dedicated international instrument on marital rape to tackle the rising demon? The effectiveness of the present legal system pertaining to marital rape has been explained already in Section 8 of the paper. Though the need for an international convention was addressed briefly, we will discuss it in detail in this section.

The UN Security General has said that most women face violence at home, characterizing violence to include sexual violence, the mere realization doesn't seem to be enough to bring a change²²¹. In various countries, the marital exception still continues, either completely or partially, keeping marital rape out of the purview of criminal adjudication. The world isn't new to the fact that about 40 percent of all the assaulted women face sexual assault at the hands of their male partners at least once in their lifetime²²².

While discussing marital rape, we shouldn't treat it just as an evil against marriage, society or the psychology and mental health of women. It can have grave and long-term physical

²¹⁷ United Nations, General Assembly, resolution 48/104, *Declaration on the Elimination of Violence Against Women*, A/RES/48/104 (20 December 1993).

²¹⁸ *Report of the Fourth World Conference on Women. Beijing, 4-15 September 1995*, United Nations Publication, 1996, p. 118.

²¹⁹ Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women)*, adopted by the Committee at its 1834th meeting (sixty-eighth session), on 29 March 2000.

²²⁰ *Opuz v. Turkey*, App. No. 33401/02, 2009 Eur. Ct. H.R. 870; *Maria Da Penha v. Brazil*, Case 12.051, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. 704 (2001); *Lenahan v. United States*, Case 12.626, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 80/11, OEA/Ser.L/V/II.142, paras. 170, 177, 199 (2011).

²²¹ United Nations, General Assembly, *In-depth study on all forms of violence against women. Report of the Secretary-General*, A/61/122/Add.1 (6 July 2006), pp. 112-113.

²²² J. M. McFarlane, A. Malecha, *Sexual Assault Among Intimates: Frequency, Consequences & Treatments*, Research Report (U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs), 2005, p. 3.

results on the victim's health as well, including HIV²²³. The heinous act of marital rape not only infringes a pyramid of rights associated naturally to a human being but also unveils and reinforces the archaic and patriarchal mindset of the society.

The international community has a responsibility, both legal and morally, to ensure that no woman is subjected to marital rape or similar grievous offences. And if unfortunately, she is exposed to such a crime, the gates of the judicial system should be open to provide her with justice, while upholding her dignity.

Since it is evident that the present international conventions haven't been able to put a full-stop to the crime, neither have they been able to compel all the signatory nations to make national laws on the matter, an exclusive convention or instrument on this issue is needed. The international community should undertake the drafting of a dedicated instrument, which deals with the topic of marital rape in detail and ensures that the signatory States convert it into national laws to safeguard the rights and dignity of women throughout the world.

This would not only bring hope for thousands of battered women but would also give rise to uniform national legislations throughout jurisdictions. This would make sure that no woman of one nationality and living in another is subjected to unnecessary harassment on jurisdictional basis.

CONCLUSION

The patriarchy has been able to subdue women since the beginning of time and even after three strong waves of feminist movement, the effect of the patriarchal mentality still remains in the minds of many men and even women throughout the world. Women are still treated as a commodity in various cultures and countries and are subjected to inhumane treatment and innumerable tortures.

It is understandable that marital offences can be against women and men both. Post the recognition of the LGBTQI+ by various countries, the marital offences are needed to be viewed from a novel angle which is able to accommodate the newly recognized community. However, as mentioned at the start of this paper, we worried ourselves merely with the offence of marital rape against a woman due to her possible vulnerability and physical weakness when compared

²²³ World Health Organization, *Understanding and Addressing Violence Against Women: Sexual Violence*, 2012, p. 6.

to her male counterpart. Generally, women can be subdued with power and force in an easier manner than men.

Also, it is told to women that their duty is to please their spouse and surrender themselves in all circumstances. This even extends to sexual relations, even when the wife doesn't wish to indulge in it. Various women consider marital rape to be the normal wear and tear of married life and though, the violation deeply scars their conscience, they blame themselves for it.

The international community and organizations have been receptive of the needs and agitations of the feminist community which brought issues of marital relations to the public light. However, the national laws and judicial systems haven't been accommodative to such demands and have often taken the refuge of implied consent theory and the sanctity of marriage. This, somewhere or the other, is harbouring the patriarchal mindset and undermining gender equality.

Statistics show that the issue of marital rape isn't meagre and should be dealt with more seriousness. If not, it won't be late when marriages will shatter at a greater rate and children born out of such unions will face graver mental health issues. Injustice against women will continue and will be passed on to generations in the form of physical abuse or mental trauma.

It is the need of the hour to ensure that both the pillars of humanity, man and woman, are treated equally and are given equal and respectable status in the marriage. Rape or forced sexual relations malign the marital vows and equating it with domestic abuse would be a greater injustice. Legal provisions for illegalization or better, criminalization, of marital rape need to be put in place urgently to stop the downfall of society and that of marital sanctity.

**« EXCEPTION CONSTITUTIONNELLE SANITAIRE » ? UNE ANALYSE COMPARATIVE DES
MESURES D'URGENCE CONTRE LE COVID-19 EN FRANCE ET AU BRÉSIL**

Anderson Vichinkeski Teixeira*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	202
1. NORMALISER L'EXCEPTION : UN « NOUVEAU » VIEUX PROBLÈME EPISTÉMOLOGIQUE	203
2. LA CONSTITUTIONNALISATION DES MESURES EXCEPTIONNELLES DANS L'APRÈS-SECONDE GUERRE MONDIALE.....	206
3. UNE ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES EXPÉRIENCES LÉGISLATIVES CONTRE LE COVID-19 EN FRANCE ET AU BRÉSIL.....	209
3.1. LA CENTRALISATION UNITAIRE FRANÇAISE ET L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE	209
3.2. LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF BRÉSILIEN	212
4. QUO VADIS CONSTITUTIONNALISME TRANSNATIONAL ? ENTRE NOUVELLES TYRANNIES D'EXCEPTION ET UNE GOUVERNANCE MONDIALE DÉMOCRATIQUE.....	215
CONCLUSION	219

* Professeur de droit constitutionnel et directeur de l'École doctorale de droit de l'*UNISINOS* (*Universidade do Vale do Rio dos Sinos/Brésil*). Docteur en droit de l'*UNIFI* (*Università degli studi di Firenze/Italie*). Membre de l'Association française de droit constitutionnel. Email : andersonvt@unisinis.br

Abstract

The global crisis caused by the Covid-19 pandemic put a series of emergency measures on the table of the governments of the States most affected by it, which, in the name of public health protection, raise serious doubts about its compatibility with the universal protection of human rights. Many of these restrictive measures, by absolutely limiting very basic individual liberties, come to be interpreted as real constitutional exceptions. In this sense, we will remember the contributions of Carl Schmitt's thought on the subject, but with the specific purpose of demonstrating the dangers that arise from new and varied "sovereigns" deciding in a state of exception. In the second part of the research, we intend to analyze the respective constitutional foundations that led France and Brazil to adopt measures so distant in the procedural aspects, but that are very close in the sense of instrumentalizing a possible new form of exception, that is, the constitutional health exception.

Résumé

La crise mondiale provoquée par la pandémie de Covid-19 a mis une série de mesures d'urgence sur la table des gouvernements des États les plus touchés par celle-ci, qui, au nom de la protection de la santé publique, soulèvent de sérieux doutes sur leur compatibilité avec la protection universelle des droits de l'homme. Un grand nombre de ces mesures restrictives, en limitant absolument les libertés individuelles très élémentaires, en viennent à être interprétées comme de véritables exceptions constitutionnelles. En ce sens, nous retiendrons les contributions de la pensée de Carl Schmitt sur le sujet, mais dans le but précis de démontrer les dangers qui découlent de nouveaux et variés « souverains » décidant dans un état d'exception. Dans la seconde partie de la recherche, nous entendons analyser les fondements constitutionnels respectifs qui ont conduit la France et le Brésil à adopter des mesures si lointaines dans les aspects procéduraux, mais qui sont très proches dans le sens d'instrumentaliser une éventuelle nouvelle forme d'exception, à savoir l'exception constitutionnelle sanitaire.

INTRODUCTION

Plus qu'un problème de santé mondial, la crise du Covid-19 apporte à 2020 une série de problèmes juridiques, politiques et constitutionnels qui étaient jusque-là rares ou n'étaient rien de plus que des discussions que nous avons l'habitude d'appeler des « exemples académiques ». Dans le domaine juridico-constitutionnel, une question se pose depuis le début de la crise dans plusieurs pays : quelles sont les limites des pouvoirs publics dans la restriction des droits fondamentaux de leurs citoyens ? Qui, et dans quelles circonstances juridico-constitutionnelles, serait compétent pour édicter des actes normatifs déterminant, par exemple, l'isolement social des personnes ou la suspension temporaire des activités commerciales ?

Sans proposer une revue approfondie de la littérature sur le sujet de la normalité et des exceptions en droit constitutionnel, nous avons structuré notre tentative de faire face aux questions ci-dessus avec la proposition suivante. Tout d'abord, il faut commencer par se souvenir des concepts politiques et philosophiques centraux de l'idée que la Constitution devrait contenir des dispositions même pour les situations dans lesquelles une « normalisation de l'exception » serait nécessaire. En tant que référence théorique pour cette conception de « normalisation », nous apporterons les contributions de la pensée de Carl Schmitt sur le thème, en essayant de mettre en évidence les dangers que peut engendrer la perte de la suprématie du droit. De manière complémentaire, une brève réflexion historique sera faite sur la manière dont le constitutionnalisme occidental a hérité de la Seconde Guerre mondiale le souci d'établir des dispositions constitutionnelles même pour des situations exceptionnelles, dans de nombreux pays appelées « instruments de stabilisation sociale ».

Ensuite, en passant à une approche qui a pour référence les faits encore en cours dans le cadre de la pandémie, la récente législation française qui a institué, le 23 mars 2020, l'état d'urgence sanitaire sans précédent sera analysée à partir du cadre normatif de ce pays. Un intertitre sera consacré à l'examen de la manière dont le Brésil est confronté, d'un point de vue normatif, à la question du Covid-19, notamment avec la légitimation, par la Cour suprême fédérale, des décrets et des actes normatifs des autorités législatives et exécutives des États et municipalités.

Enfin, nous essaierons d'élever, d'une part, l'hypothèse que, bien que la France et le Brésil aient des cadres constitutionnels avec des régimes relativement proches pour l'adoption de mesures exceptionnelles, il existe un espace d'autonomie politique qui accorde,

exclusivement, à la sphère politique la discrétion de définir quels pouvoirs seront les plus adaptés à une approche pragmatique, technique et scientifique du sujet, c'est-à-dire un problème de santé de dimension mondiale nécessitant des mesures visant à « normaliser l'exception » créée par un tel problème. Cependant, d'un autre côté, une grande question se pose pour le présent et le futur proche du droit constitutionnel : qu'est-ce qui est commun à ces deux réalités juridico-constitutionnelles avec des solutions si différentes au même problème ? Ici, nous allons essayer de soutenir l'hypothèse qu'un constitutionnalisme transnational, articulé dans des sphères transnationales de normativité, s'est déjà développé et, dans le cas de la pandémie en question, il démontre l'omniprésence de la protection de certains biens juridiques considérés comme les plus importants. Contre les « tyrannies exceptionnelles », un constitutionnalisme transnational serait le cadre juridico-normatif pour le plein exercice de la gouvernance mondiale démocratique.

1. NORMALISER L'EXCEPTION : UN « NOUVEAU » VIEUX PROBLÈME ÉPISTÉMOLOGIQUE

Bien que notre objectif principal réside dans la dogmatique constitutionnelle par rapport aux lois de la France et du Brésil pour traiter les problèmes du Covid-19, il est essentiel d'établir des bases épistémologiques claires qui guideront certaines hypothèses que nous essaierons de soutenir à la fin de cette brève recherche. En ce sens, la compréhension de Carl Schmitt d'une relation très actuelle, c'est-à-dire la relation entre *normalité* et *exception*, gagne en importance. Notamment, Schmitt était l'un des constitutionnalistes qui accordait le plus d'attention à ce sujet, soit en tant qu'étudiant à la Faculté de droit, lorsqu'il étudiait des auteurs qui tentaient de justifier les origines du pouvoir politique de l'État moderne, tels que Jean Bodin et Thomas Hobbes, soit dans ses thèses de doctorat et d'habilitation. Dans ces premiers travaux, Schmitt chercha à exposer les concepts politiques qu'il appelait « théologiques », car il soutenait qu'il s'agirait d'une « théologie laïque » qui, depuis le XVI^e siècle, érigeait les fondements de l'État moderne en opposition à toute autre forme de pouvoir existant, surtout le pouvoir de l'Église.

L'origine étymologique du mot « normalité » vient du latin *normalis*, c'est-à-dire quelque chose qui suit une règle, une norme. Dans l'Antiquité romaine, la *normalis* serait une sorte de règle de charpentier, un carré. Cependant, l'origine étymologique du mot latin *normalis* remonte à un concept dans son essence juridique qui dérive du grec *nomos*. Avant cela, dans la littérature grecque antique, en particulier dans les textes de Sophocle, Platon et Aristote, le *nomos* serait également une règle de mesure, mais beaucoup plus flexible et capable de mesurer

les formes des choses disposées dans un terrain montagneux¹. Une telle règle aurait été inventée sur l'île de Lesbos pour mesurer son terrain montagneux et très rocheux. Du concept du *nomos* a dérivé dans la pensée occidentale non seulement le concept juridique de norme : l'idée de « normalité », au sens commun, est basée ontologiquement sur cette ancienne définition de « suivre une norme ». Pour Carl Schmitt, en 1919, c'est ce contexte qui l'a influencé dans le traitement d'un phénomène qu'il a appelé le *Romantisme politique* (du même titre que son ouvrage) : la tentative de la politique, à travers l'État moderne, d'assigner la normalité à toute conduite humaine. Certaines questions le troublaient : quelle est la place de l'irrationnel ? De l'arbitraire ? D'un dictateur qui impose simplement sa volonté par la force ? Ce serait dans deux ouvrages – *La dictature* (1921) et *Théologie politique* (1921) – que Schmitt tenterait de répondre à de telles questions. La *Théologie politique* était si frappante parce qu'elle est une sorte de point d'arrivée pour la réflexion schmittienne sur la manière dont l'État moderne a remplacé le rôle de la religion au cœur de la politique ; sur la façon dont le Dieu omnipotent serait maintenant remplacé par l'État lui-même omnipotent ! Il appartiendrait donc à l'État la compétence de définir ce que serait la normalité.

Mais où entrerait l'exception ? Schmitt utilise une métaphore difficile à comprendre pour ceux qui ne sont pas très proches de ses œuvres, mais qui peut être retrouvée ici de manière ponctuelle : l'état d'exception serait pour l'État moderne ce que le miracle est pour la théologie². Le miracle serait un moyen de corriger les actes humains qui violent les lois de la nature. Par conséquent, l'exception serait un moyen de corriger la politique de l'État lorsqu'elle ne fonctionne pas sur la base de la normalité qu'elle-même institue. Ne serait-ce pas là une surévaluation dangereuse de la capacité humaine à s'autogérer et à transcender de la normalité à l'exception ? Schmitt ne concevait-il pas un remède trop amer contre les propres problèmes de l'État ? Plusieurs fois, il s'est qualifié de simple interprète du phénomène politique, car l'essence de l'humain est, à travers l'histoire, son existence politique, que ce soit dans la normalité ou dans l'exception. Il ne faut pas oublier que dans l'Antiquité grecque le *nomos* était ce qui séparait la civilité de la barbarie, de l'anomie, de l'absence de tout comportement minimalement accepté par tous.

¹ Sur ce sujet, voir J.-C. Jobart, « La notion de Constitution chez Aristote », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, vol. 1, n. 65, pp. 97-143.

² Voir la collection qui comprend le texte de 1922 : C. Schmitt, *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, pp. 46-47.

C'est précisément parce que Schmitt avait tellement de conviction en la politique et en la capacité humaine à s'ordonner qu'il comprît que même à l'exception il y aurait un souverain. Normalement, ce serait l'État. Mais qui serait le souverain en état d'exception ? La réponse se résume dans ce qui est peut-être sa phrase la plus connue : « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle³. »

Il convient de noter que son concept politico-juridique de souveraineté est étroitement lié à la notion de pouvoir (commandement maximum) dans une société politique, aboutissant à un concept de souveraineté qui lui est propre, et même réductionniste. Afin de comprendre une telle notion d'exception sans la comprendre comme une catégorie conceptuelle qui légitimerait simplement le pouvoir discrétionnaire de quelqu'un qui se révolte contre une loi injuste adoptée par l'État, il est important de se rappeler deux questions clés dans la pensée de Schmitt à propos de l'exception : (1) la nécessité de surmonter le paradigme territorialiste, et (2) l'existence de l'ennemi.

Le premier problème était conforme à la tendance présente dans presque toutes les autres sciences et sphères de la vie humaine au début du XXe siècle : le dépassement du paradigme territorialiste de la souveraineté des États. Schmitt a dit qu'il n'est pas exagéré de soutenir que toutes les sphères de la vie, dans toutes les sciences et formes d'être, ont conduit à la production d'un nouveau concept d'espace, de sorte que les grands changements dans l'image géographique de la Terre n'étaient qu'un aspect extérieur de la transformation profonde indiquée par le terme, si riche en conséquence, de « révolution spatiale⁴. »

La deuxième question concerne un concept schmittien classique : l'ennemi politique. Selon Schmitt, l'ennemi n'est pas quelque chose qui devrait être éliminé pour quelque raison que ce soit, ou qui devrait être exterminé par sa dévaluation. L'ennemi se trouve sur le même plan que moi. Pour cette raison, je dois le confronter : pour acquérir ma mesure, ma limite⁵. « L'ennemi absolu » était, pour Schmitt, quelque chose à toujours éviter en raison de l'impossibilité de rechercher la paix qu'une telle absolutisation entraînerait, car, une fois la

³ C. Schmitt, *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 16.

⁴ C. Schmitt, *Terre et Mer : Un point de vue sur l'histoire mondial* (1942), trad. J. Freund, Labyrinthe, 1985, pp. 82-83.

⁵ C. Schmitt, *La notion de politique : Théorie du partisan* (1963), trad. M. L. Steinhauser, Calmann-Lévy, 1972, p. 310.

guerre terminée, une adhésion minimale aux principes de l'ancien ennemi sera une étape fondamentale pour la construction d'un nouvel ordre politique⁶.

Même dans un état d'exception, l'ennemi serait une mesure pour la délimitation correcte du pouvoir souverain.

Avec ces deux concepts, Schmitt tente de définir ce que serait l'état d'exception : d'une part, ce serait une manière de faire abstraction des confins de l'État, de ses limites géographiques, permettant de faire face à toute menace extérieure ; d'autre part, il y aurait dans l'existence concrète de l'ennemi des mesures capables de définir, tout aussi concrètement, le pouvoir politique du souverain. En un mot, la normalité serait le domaine de la politique par le droit ; l'exception serait le domaine de la politique par la force.

Mais pourquoi Schmitt serait-il une clé de lecture de notre situation mondiale de pandémie ? Pour faire vivre sa pensée ? Non ! Absolument pas. Schmitt était un penseur dont l'héritage servira toujours d'avertissement lorsque nous serons à la limite entre les lignes de *normalité constitutionnelle* et *d'exception par la force*. Au milieu du chaos, au milieu de l'exception, il ne manquera jamais celui qui se présente comme « le souverain », même s'il a recours à la la force brute. Contre de telles menaces, se souvenir de Schmitt est toujours prudent.

2. LA CONSTITUTIONNALISATION DES MESURES EXCEPTIONNELLES DANS L'APRÈS-SECONDE GUERRE MONDIALE

Tous les drames de la Seconde Guerre mondiale ont conduit à une nouvelle réalité qui a mis face à face deux figures considérées *a priori* en exclusion réciproque : l'universalité de l'être humain et la souveraineté des États nationaux. Les années qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale ont été marquées par la prolifération de normes internationales qui protègent les droits de l'homme ainsi que par des processus d'indépendance qui ont abouti à de nouveaux États souverains. Il arrive que la guerre ait démontré quelque chose de très profond dans l'action humaine politiquement orientée, quelque chose qui peut être bien résumé dans la façon dont Hannah Arendt a compris la conduite d'Adolf Eichmann dans les camps de concentration nazis : « il eut été réconfortant de croire qu'Eichmann était un monstre », mais il était « effroyablement normal » au sein d'un régime qui a procédé à une élimination massive

⁶ C. Schmitt, *La notion de politique : Théorie du partisan* (1963), trad. M. L. Steinhauser, Calmann-Lévy, 1972, p. 311.

des êtres humains⁷. La « banalité du mal » réside dans la capacité humaine à créer des régimes antihumains ; régimes étatiques, souverains et juridiquement bien structurés. Dans quelle mesure serions-nous sûrs que de nouveaux régimes, de nouveaux États souverains, de nouvelles idéologies ne conduiraient pas à de nouvelles atrocités ?

Tenter de répondre à cette question pourrait emprunter deux voies différentes. La première – que nous ne pourrions pas aborder dans cette recherche pour des raisons méthodologiques – concerne spécifiquement le grand nombre de lois internationales qui ont émergé avec la fin de la Seconde Guerre mondiale dans le but de criminaliser la conduite des États, comme, par exemple, le génocide, ainsi que l'apparition de tribunaux destinés à protéger les droits de l'homme⁸. Cependant, c'est la deuxième voie qui nous intéresse ici : la présence dans les constitutions d'après-guerre de mécanismes de stabilisation constitutionnelle, c'est-à-dire des règles constitutionnelles qui déterminent le cadre théorique où un problème tout à fait exceptionnel sera confronté ; ce sont des instruments dont le recours n'est fait que dans des situations où la normalité constitutionnelle n'est plus présente.

La plus grande difficulté dans ce domaine est de définir où commencent et où finissent les notions « d'exceptionnalité », « d'exception », de « rupture de la normalité ». En Italie, la Constitution de 1947, dans son article 78, ne prédit que l'état de guerre face à d'autres nations, laissant les institutions politiques faire face, de manière ordinaire, à des situations exceptionnelles. En Allemagne, la Loi fondamentale de Bonn, de 1949, dans son article 115, prévoyait « l'état de défense » en tant que mécanisme de réponse principalement aux agressions armées, qu'elles soient internes ou externes. Au Portugal, la Constitution de 1976, dans son article 19, prévoyait les possibilités d'un état de défense et d'un état de siège en cas d'agression armée étrangère, de grave menace à l'ordre constitutionnel ou de calamité publique. Il est également intéressant de mentionner la manière dont la Constitution espagnole de 1978

⁷ H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, trad. fr. A. Guérin, Gallimard, 1991, pp. 443-445.

⁸ À titre indicatif seulement, certains traités et conventions qui traitent également de ce sujet méritent d'être mentionnés : la Charte des Nations Unies de 1945 ; la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 ; les Conventions de Genève pour la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949 ; la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ; les Pactes internationaux des droits économiques, sociaux et culturels de 1966 ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 ; la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972 ; la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ; la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 ; la Convention sur la diversité biologique de 1992 ; le Statut de la Cour pénale internationale de La Haye de 1998.

prévoyait, dans son article 55, « l'état d'exception », ainsi que l'état de siège, pour faire face aux situations d'agression armée ou de terrorisme.

L'utilisation, comme dans la Constitution espagnole, de l'expression « état d'exception » est rare dans la dogmatique constitutionnelle comparée et n'est pas observable dans de nombreuses constitutions. Le modèle français, lorsqu'il prévoit des « urgences », permet de mieux cadrer les situations possibles dans son spectre normatif. Jacques Robert a rappelé que les notions d'urgence sont bien connues en droit français, mais qu'en droit constitutionnel, elles acquièrent une approche encore plus délicate car ce sont des questions urgentes à régler « pour assurer la continuité de l'Etat⁹. » Lorsqu'il s'agit « d'urgences exceptionnelles », le même auteur mentionne « l'état de siège » et « l'état de défense » comme étant les deux mécanismes les mieux adaptés aux crises majeures¹⁰.

En effet, bien qu'il s'agisse d'un sujet peu exploré dans la doctrine constitutionnelle, que ce soit en France ou au Brésil, de tels mécanismes de stabilisation constitutionnelle n'ont commencé à gagner en pertinence dans les textes constitutionnels qu'après la Seconde Guerre mondiale. La disposition constitutionnelle de normalisation des exceptions a indéniablement pour toile de fond les événements et les atrocités qui ont eu lieu pendant la Seconde Guerre mondiale. Pour cette raison, définir l'origine de l'agresseur (interne ou externe) et le niveau d'instabilité généré par la crise ont été deux des premières étapes à franchir. Bien avant la guerre, la législation la plus célèbre est peut-être la loi du 9 août 1849¹¹, réglementaire de l'article 106 de la Constitution de 1848, qui a introduit la possibilité de l'état de siège pour le « cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure » ; cette loi a ensuite été modifiée et abrogée jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958.

La normalisation de l'exception par le biais de dispositions expressément incluses dans les textes constitutionnels semble être la manière dont les constituants occidentaux de la seconde moitié du XXe siècle ont trouvé pour faire face, du point de vue du droit interne, aux

⁹ J. Robert, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1990, vol. 42, n. 2, p. 752.

¹⁰ *Ibid.*, p. 756.

¹¹ En 1850, le danger de cette seconde voie ouverte par l'état de siège a déjà fait l'objet d'attention par Edgar Quinet, lors de son intervention devant l'Assemblée nationale : « Ou les populations des cinq départements de France se plieront passivement aux habitudes de l'état de siège, ou elles résisteront moralement à la contrainte. Dans le premier cas, le mépris des magistratures civiles, souffletées en plein jour par la main de la police militaire, s'établi partout. On s'accoutume à n'obéir qu'à la peur. La loi, trop longtemps voilée, disparaît. » E. Quinet, *L'état de siège*, Chamerot, 1850, p. 22.

menaces venant de l'étranger ou surgissant à l'intérieur en raison de graves agitations et perturbations de l'ordre. Ensuite, nous examinerons les tentatives de la France et du Brésil de combattre un « ennemi » qui ne rentre pas entièrement dans les notions classiques d'exception ou même d'urgence : la pandémie provoquée par le coronavirus SARS-CoV-2.

3. UNE ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES EXPÉRIENCES LÉGISLATIVES CONTRE LE COVID-19 EN FRANCE ET AU BRÉSIL

Sur le plan méthodologique, il est important de mentionner qu'une étude comparative telle que celle proposée ici doit suivre certains paramètres communs à ses objets d'étude, principalement parce que les systèmes juridiques en question et les formes d'État sont différents. A cet effet, la première délimitation concerne précisément l'objet : une législation spécifiquement édictée pour lutter contre la pandémie. Deuxièmement, examiner le cadre de ces mesures en ce qui concerne les constitutions respectives et ses mécanismes de stabilisation constitutionnelle. Troisièmement, apporter les répercussions qui se font jour au milieu de la crise sur la légitimité constitutionnelle de ces lois. Enfin, essayer de vérifier si à première vue ces lois renforcent ou affaiblissent les modèles étatiques, dans leurs formes et configurations. Une analyse comparative sur ces sujets vise à fournir des éléments matériels pour la critique qui sera faite dans le titre final.

3.1. La centralisation unitaire française et l'état d'urgence sanitaire

Le 23 mars 2020, le Parlement français a adopté la Loi n° 2020-290 qui a institué et discipliné une sorte de régime jusque-là sans précédent dans ce pays : *l'état d'urgence sanitaire*. Il s'agit, en fait, d'une législation à large portée thématique, considérant qu'elle aborde des questions économiques mais aussi électorales, notamment dans le sens de reporter (article 19) la date du deuxième tour des élections municipales à, au plus tard, juin 2020, alors qu'il devait avoir lieu le 22 mars de cette année.

Cependant, le point central est que le gouvernement Philippe avait adopté une série de mesures (ordonnances) pour lutter contre la pandémie de coronavirus, mais dont la légitimité constitutionnelle était de plus en plus remise en question, une fois que, par ordonnances, le gouvernement renforcerait les restrictions à l'exercice des libertés individuelles et des droits fondamentaux, tels que, par exemple, la liberté d'aller et venir, la libre initiative commerciale, la liberté d'association, la liberté de réunion. Par conséquent, la Loi n° 2020-290 a créé une sorte de régime d'exception qui, d'une part, légitime les décisions prises par le gouvernement jusqu'à présent, tandis que, d'autre part, il discipline en détail l'isolement social partiel,

l'enfermement total de certains groupes de personnes vulnérables, la fermeture d'entreprises etc.

La Constitution française de 1958 a suivi une caractéristique des constitutions de l'après-Seconde Guerre mondiale en ce qui concerne les soi-disant instruments de stabilisation sociale : elle prévoyait l'état d'urgence¹² et l'état de siège¹³. Au Brésil, les articles 136 et 137 de la Constitution de 1988 suivent la même tendance et contiennent des dispositions similaires, avec une différence substantielle uniquement dans la terminologie « état de défense », au lieu de « état d'urgence », comme en France.

Sur la base de l'article 16 de la Constitution française, l'état d'urgence peut être décrété par le Président de la République, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des deux chambres législatives et du Conseil constitutionnel, lorsque « les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » sont menacées d'une manière « sérieuse et immédiate » dans le sens d'une mise en danger du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels¹⁴. » Sa durée devrait aller jusqu'à 30 jours.

Le deuxième type de mécanisme de stabilisation sociale est l'état de siège, prévu par l'article 36 de la Constitution française. Les constituants de 1958 ont été bref sur ce sujet car la tradition constitutionnelle de ce pays avait déjà une conception théorique et normative de l'état

¹² Sur les difficultés du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence, voir S. Platon, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, vol. 5, HS. 2, pp. 97-116.

¹³ Pour une critique récente de la non-actualité de la règle constitutionnelle de 1958, voir P. E. Labatut, « Pour la constitutionnalisation de l'état d'urgence », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, vol. 3, n. 115, pp. 485-496.

¹⁴ « ARTICLE 16. Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. »

de siège, avec une série de règles pré-constitutionnelles régissant la question, comme nous l'avons vu dans le point ci-dessus. En un mot, il s'agit du mécanisme constitutionnel le plus extrême de l'ordre interne : il permet au Président de la République, après avoir entendu le Conseil des ministres, de promulguer une série de mesures, qui ne peuvent excéder 12 jours, dans le but de contrôler une agression ou une insurrection armée interne, instaurant un régime très similaire à la loi martiale¹⁵.

Comme le montrent les dispositions constitutionnelles elles-mêmes, il est nécessaire d'avoir un ennemi extérieur, une insurrection armée interne ou une menace « immédiate et concrète » contre les principales institutions de la République pour que l'état d'urgence ou l'état de siège soit décrété.

Le Conseil constitutionnel français avait déjà décidé, en 1985, que les deux articles cités ne retireraient pas au président de la République et au Parlement la possibilité de prévoir d'autres modalités de traitement des situations exceptionnelles¹⁶. Peut-être l'exemple principal d'une troisième catégorie se trouve dans la Loi n° 1955-385, du 3 avril, qui a institué un état d'urgence qui serait appliqué pour faire face à la situation en Algérie. Un état de siège n'a pas été adopté car le gouvernement français, notamment son nouveau Président de la République, René Coty, n'a pas voulu envisager, au moins à ce moment, la possibilité d'une guerre avec l'Algérie. Cette même loi a également servi de base à la promulgation d'un état d'urgence en 1984-1985 lors d'événements en Nouvelle-Calédonie, ainsi qu'à plusieurs autres moments.

Il apparaît que la Loi n° 2020-290 semble être une adaptation du même régime d'urgence sécuritaire établi avec la Loi n° 1955-385, mais avec certaines caractéristiques qui sont plus graves qu'auparavant et encore plus sérieuses qu'initialement présentées lors du projet de loi soumis par le gouvernement Philippe : (1) l'article 3 mentionne expressément l'art. 38 de la Constitution, qui autorise le Président de la République à prendre des ordonnances ayant force de loi, notamment en état de siège ; (2) la durée de deux mois (le régime de la loi de 1955 était de 12 jours) ; (3) la disposition de prolongation uniquement par loi approuvée par le Parlement ; (4) la détermination des circonscriptions territoriales et des restrictions auxquelles elles seront soumises, par exemple, le confinement total de certains groupes de personnes

¹⁵ « ARTICLE 36. L'état de siège est décrété en Conseil des ministres.
Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement. »

¹⁶ CC, décis. n. 1985-187 DC du 25 janvier 1985, relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie.

vulnérables au Covid-19 dans certaines villes sera en charge des ordonnances émises par le Premier ministre, après avoir écouté le ministre chargé de la santé.

Initialement, il y aurait une proximité entre l'état d'urgence sécuritaire de 1955 et l'état d'urgence sanitaire de 2020, mais la nouvelle Loi n° 2020-290 est, dans un sens très particulier, beaucoup plus incisive : en limitant les droits et libertés fondamentaux. Une telle limitation trouve une composante politique importante : la verticalisation, en tant que prérogative exclusive, au Président de la République, par son Premier ministre et Conseil des ministres, des pouvoirs de flexibilité ou d'aggravation des mesures d'isolement social. Cela finit immédiatement par laisser les régions et les municipalités dans une condition purement instrumentale au moment de l'application des mesures sanitaires d'urgence ; toutefois, d'autre part, l'état d'urgence sanitaire écarte pratiquement toute possibilité de recourir à des mesures alternatives ou même à des décisions contradictoires avec celles prises par le Président de la République. Ce point est particulièrement intéressant et montre, contrairement au Brésil, comment la normalisation politique de l'exception trouve ses moyens légaux de se produire, que ce soit dans un État unitaire centralisateur ou dans un État fédéral très décentralisé.

Il ne s'agit pas d'une conséquence politique purement contingente, la centralisation évoquée ci-dessous est strictement liée à la forme unitaire de l'État français. Il y a déjà presque 100 ans que Carré de Malberg disait que la France, depuis 1789, acceptait un seul dualisme essentiel : la personne de la nation et, ensuite, la personne étatique ; ainsi, l'unité de l'État serait une conséquence logique à la fois en tant que personne morale et en tant que personne juridique¹⁷. Les défis imposés par la pandémie de coronavirus, en mettant en crise les structures de santé de l'État, ne font qu'inciter la puissance étatique à exposer ses caractéristiques les plus essentielles, c'est-à-dire sa nature centralisatrice.

3.2. Le fédéralisme coopératif brésilien

La déclaration du 11 mars 2020 de la pandémie de coronavirus par l'OMS (Organisation mondiale de la Santé) a produit au Brésil une réaction inhabituelle et difficile à comprendre pour un observateur étranger : plusieurs maires et gouverneurs des États fédérés ont commencé à émettre leurs propres décrets afin d'appliquer directement les directives de l'OMS dans leurs circonscriptions. En même temps, la Présidence de la République n'a utilisé aucune des mesures

¹⁷ R. C. de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Dalloz, 1922, pp. 13-15.

constitutionnelles de stabilisation sociale, laissant le ministère de la Santé articuler les questions techniques avec les services de santé des États fédérés et des municipalités.

Il ne faut pas oublier que le Brésil est une fédération avec 26 États, le district fédéral et 5 571 municipalités – tous avec des compétences concurrentes et communes pour plusieurs matières. Le coronavirus a testé les fondements du fédéralisme brésilien depuis que plus de deux mille maires et plus de vingt gouverneurs ont émis des mesures restrictives (décrets !) visant l'isolement social de ses populations. Le Président de la République, Jair Messias Bolsonaro, n'est publiquement entré dans le débat que dans les derniers jours de mars, affirmant son opinion personnelle selon laquelle « l'isolement briserait l'économie ». En parallèle, les autorités sanitaires et le ministre de la Santé lui-même disent que « tout le monde sera isolé à un moment donné ».

Le 20 mars 2020, le Parlement fédéral a publié le Décret Législatif n. 06 de 2020, qui reconnaît l'état de calamité publique, dont les effets sont purement fiscaux et cherchent à optimiser l'utilisation du budget fédéral pour combattre le coronavirus. Il s'avère que la coordination politique pour l'élaboration du Décret Législatif susmentionné était historique, dont la représentativité et le symbolisme peuvent être perçus par le fait que son projet a été signé également par le Président de la Cour suprême fédérale, le Ministre Dias Toffoli. Cependant, les mesures du Gouvernement fédéral n'ont pas été prises pour traiter la question de la pandémie comme un cas d'exception constitutionnelle.

En bref, il convient de rappeler que le Brésil, dans sa Constitution de 1988, prévoit expressément deux mécanismes pour les situations exceptionnelles : l'état de défense (article 136) et l'état de siège (article 137). La première hypothèse peut être décrétée par le Président de la République, après avoir entendu les Conseils de la République et de la Défense nationale, dans le but de préserver ou restaurer rapidement, dans des lieux restreints et déterminés, « l'ordre public ou la paix sociale menacés par une instabilité institutionnelle grave et imminente ou frappé par des calamités majeures dans la nature. » La seconde, en revanche, peut être demandée par le Président de la République, après avoir entendu les Conseils de la République et de la Défense nationale, au Parlement fédéral dans les cas de : « (I) grave perturbation d'une répercussion nationale ou l'occurrence de faits prouvant l'inefficacité d'une mesure prise pendant l'état de défense ; (II) déclaration d'état de guerre ou réponse à une agression armée étrangère. »

Au moment de la déclaration de pandémie par l'OMS et d'une calamité publique nationale par le Parlement brésilien, il y a eu une expansion législative horizontale, surtout par les maires avec leurs innombrables – certaines même inhabituelles ! – mesures restrictives et d'isolement social. Aussi contestables que soient ces mesures, elles sont fondées sur l'article 23, de la Constitution, qui établit les « compétences communes » entre l'Union, les États, les municipalités et le district fédéral, dont la ligne II attribue littéralement à chacun le pouvoir d'établir des lois garantissant « la santé et l'assistance publiques ». En plus de cet article 23, II, de la Constitution, d'autres fondements constitutionnels de telles mesures des maires et des gouverneurs des États ne seraient, à notre avis, rien de plus que des constructions herméneutiques.

Appelée à traiter cette affaire, la Cour suprême fédérale a confirmé ce qui précède, dans une décision *in limine litis* du 24 mars 2020, rendue par le Ministre Marco Aurélio Mello, lors de son examen de la mesure d'urgence en action directe en inconstitutionnalité (ADI 6431 MC/DF), proposé par le Parti travailliste démocratique (PDT). L'une des premières demandes portait sur la délimitation des pouvoirs normatifs des États fédérés et des municipalités pour « l'adoption de mesures de police sanitaire et d'isolement social. » Il importe d'observer que, dans la décision *in limine*, le Juge Mello a expressément affirmé accorder la « mesure de prudence, pour rendre explicite, dans le domaine pédagogique et dans la diction de la Cour suprême », la compétence de toutes les entités fédérées pour protéger la santé en cas de pandémie d'urgence singulière.

Bien qu'il ne s'agisse que d'une décision monocratique, il est important de noter qu'elle ne reflète que la propre compréhension de la Cour suprême sur la question de la répartition des compétences. De plus, d'autres décisions monocratiques ont suivi la même direction que celle mentionnée ici. En jugeant l'action ADI 6431 en sa première séance virtuelle, la Cour a décidé à l'unanimité, le 15 avril, de confirmer la décision *in limine*.

Comme il s'agit d'un pays marqué par l'autoritarisme dans son histoire relativement récente (dictature militaire entre 1964-1985) et par d'autres processus politiques non démocratiques, le constituant de 1988 a conçu une structure institutionnelle de larges contrôles politiques et juridiques, à tel point que deux clauses intouchables autour desquelles gravitent les autres normes concernant l'organisation du pouvoir public sont : la séparation des pouvoirs et la forme fédérative (art. 60, § 4 de la Constitution). En ce sens, les contrôles ordinaires sont non seulement politiques et législatifs, mais surtout *judiciaires* aux actes arbitraires des

autorités publiques. Voir, par exemple, que les actes commis par le Président de la République qui ne constituent pas des crimes – c'est-à-dire, vraisemblablement tous ! – relèvent de la compétence du juge local ! Bien que des recours puissent être déposés devant les cours d'appel et même devant la Cour suprême fédérale, l'image du Président de la République luttant contre les décisions des juges du premier degré de juridiction qui suspendent ses actes pouvant être illégaux est relativement courante dans la presse.

Plus qu'un simple fédéralisme classique qui organise des entités fédérées *à partir* d'un pouvoir central, la Constitution brésilienne de 1988 a établi un fédéralisme *coopératif* de dynamiques très articulées entre entités fédérées ; la large protection des droits fondamentaux est peut-être le point le plus important de cette dynamique, car elle permet aux problèmes ordinaires et quotidiens, impliquant des droits tels que la santé, d'être affrontés principalement par les municipalités. En situation de crise, comme dans le cas de la pandémie, le système permet non seulement à une entité fédérée de concentrer les prérogatives de définition et de mise en œuvre des mesures visant à combattre cette situation de crise, permettant à toutes les entités de s'engager selon leurs limites. Malheureusement, des problèmes – politiques, tout d'abord – surviennent lorsque les petits Léviathans montrent leurs griffes, même qu'ils ne soient pas que des mairies !

4. *QUO VADIS* CONSTITUTIONNALISME TRANSNATIONAL ? ENTRE NOUVELLES TYRANNIES D'EXCEPTION ET UNE GOUVERNANCE MONDIALE DÉMOCRATIQUE

Le constitutionnalisme transnational (constitutionnalisme post-national¹⁸, constitutionnalisme mondial¹⁹, interconstitutionnalité²⁰, transconstitutionnalisme²¹, pour ne citer que quelques variantes de la dénomination) est un phénomène qui a fait l'objet de nombreuses recherches et aura plusieurs approches théoriques possibles. Cependant, nous comprenons que le constitutionnalisme transnational peut être conçu, en termes généraux, comme un processus mondial d'affirmation de l'ubiquité de l'existence humaine en tant que bien en soi, indépendamment des concessions de droits ou des attributions étatiques de sens,

¹⁸ Voir, notamment, N. Walker, « Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: a tale of two neologisms. » *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series*, 2012, n. 20, p. 01-28 ; N. Walker *et al* (eds.), *After Public Law*, Oxford University Press, 2013.

¹⁹ Pour une défense, voir R. Falk, *Human rights and State Sovereignty*, Holmes&Meier, 1981 ; R. Falk, *On Human Governance. Towards a New Global Politics*, Polity Press, 1995 ; R. Falk, *Predatory Globalization*, Polity Press, 1999 ; pour une critique, voir A. V. Teixeira, *Teoria pluriversalista do direito internacional*, WMF Martins Fontes, 2011, pp. 181-195.

²⁰ Voir, notamment, J. J. G. Canotilho, *'Brançosos' e interconstitucionalidade*, Almedina, 2006.

²¹ Voir, notamment, M. Neves, *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, 2009.

qui exige la reconnaissance des droits que ne sont plus uniquement liés à un État national spécifique et qui finit par redéfinir les principaux objectifs de l'État lui-même, alors qu'il tend vers l'intégration politique internationale et promeut, d'une part, plusieurs sphères transversales de normativité, tandis que, d'autre part, renforce le rôle de l'État dans la protection interne des droits individuels, l'affirmation des droits culturels et l'instrumentalisation des politiques globales.

Malgré la perspective théorique adoptée, il y a, en fait, un processus progressif de transfert à l'ordre international des prérogatives qui appartenaient historiquement à l'État-nation. Les situations de normalité minimale permettent aux processus de mondialisation et de coopération entre États de se dérouler sans que des extrêmes ne soient envisagés, c'est-à-dire sans l'extrême d'un universalisme utopique qui croit en une république mondiale et la disparition progressive des États ; sans l'extrême des nationalismes qui croient aveuglément à l'État comme seule référence politique et normative.

Au début de cette recherche, la distinction schmittienne entre normalité et exception a été reprise non pas parce qu'elle est applicable aujourd'hui, mais, d'abord, pour démontrer le fait que, de plus en plus, la fonction de l'État est limitée par des instances transnationales originaires de l'ordre international. Dans la crise sanitaire actuelle, les États se retrouvent avec la définition du meilleur traitement interne des questions concernant la communication avec d'autres ordres nationaux ou transnationaux, car la lutte contre une pandémie ne se limite pas aux limites territoriales d'un seul État. Mais on voit que cette sphère d'autonomie peut encore être soumise à des critiques de la part de la communauté internationale, à moins qu'une position comme celle de la Corée du Nord ne soit adoptée et que toute entrée de personnes sur son territoire pendant la pandémie soit interdite.

Deuxièmement et dans une dimension d'analyse plus profonde, peut-être que la grande contribution de Schmitt au XXI^e siècle a été de repositionner la relation entre l'État et l'ordre international, en plaçant les deux dans une relation de complémentarité et d'interdépendance fonctionnelle. Les crises mondiales, comme celle du coronavirus en 2020, démontrent qu'un vaste réseau de normes internationales est en plein développement, formant une sorte de constitutionnalisme transnational. Il devient de plus en plus important de normaliser de nouvelles exceptions, par le biais de l'État de droit, qu'elles soient nationales ou internationales, par le biais d'un *rule of law* transnational. Dans un article publié bien avant la crise actuelle, Dominique Rousseau avait déjà prévenu que « l'état d'urgence, c'est le déséquilibre au profit

de l'ordre public²². » De plus, l'état d'urgence « favorise une atmosphère sécuritaire et prépare les esprits à recevoir sans s'en apercevoir, sans impression de rupture, toute proposition de la République autoritaire et policière²³. »

Mais comment empêcher que des « tyrannies d'exception » n'apparaissent au sein des États nationaux, présumés démocratiques et libéraux ? Comment empêcher l'apparition de nouvelles exceptions à la fin d'une autre ? Ce problème majeur met en évidence l'importance d'une prochaine étape dans le processus évolutif du constitutionnalisme transnational : la formation d'une gouvernance mondiale démocratique. Rappelant encore Schmitt, dans un texte de 1933, il a déclaré que la Constitution est la « décision politique fondamentale » d'un ordre politique²⁴. Mais quelle décision est fondamentale, si de nombreux sujets sont de plus en plus fondamentaux ? Il arrive que, dans un constitutionnalisme transnational, la fonction de la constitution typiquement nationale devienne d'instrumentaliser l'application et la mise en œuvre des politiques publiques internationales, décidées aux niveaux régional et supranational, car, en raison de l'évidence pratique, il ne serait possible pour une institution internationale d'envergure mondiale de garantir l'efficacité de ses règles et politiques dans toutes les régions du globe.

Ce que nous connaissons encore sous le nom de « constitution nationale » resterait pour exercer la fonction d'être la décision politique fondamentale de cette communauté politique donnée, dans les domaines qui font encore partie des prérogatives exclusives des États. Cependant, les communautés politiques nationales seraient de plus en plus interconnectées dans un *pluriversum* d'ordres transnationaux, fondés sur des liens historiques, culturels et politiques entre les peuples, guidés par un principe universel de solidarité.²⁵ Ces liens constitueraient des éléments matériels capables de soutenir un modèle de relations internationales qui, comme l'a dit Danilo Zolo, devrait être polycentrique et multipolaire, dont les décisions auraient une force normative et seraient prises sur la base des négociations multilatérales et des processus d'intégration régionale²⁶.

Il y a une imposition nécessaire des intérêts humains fondamentaux face aux États nationaux eux-mêmes, en raison d'un ordre international de progressive complexité et de

²² D. Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide des droit(s) », *Revue Projet*, 2006, vol. 2, n. 291, p. 19.

²³ *Ibid.*, p. 26.

²⁴ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* (1928), trad. L. Deroche, PUF, 1993, p. 154.

²⁵ A. V. Teixeira, *Teoria pluriversalista do direito internacional*, op. cit.

²⁶ Voir les « Conclusions » de D. Zolo, *Cosmopolis*, Polity Press, 1997.

spécialisation fonctionnelle. Non plus à une époque où les États se font concurrence anarchiquement, comme les Léviathans les uns contre les autres, l'ordre constitutionnel transnational que nous avons vu se développer au cours de ce siècle exige une coopération et une solidarité entre les États, entre les communautés régionales, entre les organismes internationaux et, finalement, entre les différentes conceptions du monde qui guident les peuples.

La spécialisation technique et scientifique, conjuguée à la complexification des relations sociales dans les réseaux transversaux de plus en plus présents dans la vie quotidienne des personnes et des peuples, permettrait la formation de rationalités partageables et la conséquente réduction de l'idéologisation²⁷, ce qui finit inévitablement par contaminer l'argument rationnel en supprimant du discours la possibilité d'adhésion de ceux qui ne partagent pas les mêmes vérités considérées comme absolues.

D'un autre côté, du point de vue d'une définition substantielle des droits de l'homme, il apparaît que l'ouverture systémique et l'interrelation fonctionnelle des sphères de normativité nationales et transnationales favorisent l'inclusion de tous ceux qui acceptent des règles de procédure communes, en permettant à tout le monde, par exemple, de parler de la possibilité de traiter le Covid-19 avec la chloroquine, mais seulement la primauté de la rationalité scientifique de cette science donnée dira quelle hypothèse est ou n'est pas acceptable sur ce sujet. Historiquement, le problème fondamental de l'existence humaine a concerné la liberté ; le constitutionnalisme est, depuis ses origines, guidé par la recherche de la liberté. Il appartient donc au constitutionnalisme dans son aspect transnational de créer et de consolider des espaces pour le plein exercice du libre esprit, de la libre pensée, sous peine de rester à la merci d'un leader politique qui décide, pour une raison qu'il juge convenable, que le moment est venu pour un nouvel état d'urgence, que maintenant nous devons commencer à nous traiter *a contrario sensu* de la science, que maintenant notre notion de normalité n'a plus de place par rapport à la « nouvelle normalité » établie par la loi²⁸.

²⁷ Il est intéressant rappeler le concept d'idéologie comme *vérité suprême* de R. Aron, *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*, Gallimard, 1996, p. 201 : « Nous appelons idéologie une *interprétation plus ou moins systématique de la société et de l'histoire, considérée par les militants comme la vérité suprême.* »

²⁸ Très à jour sont les mots de Dominique Rousseau, lors de l'introduction de son entretien avec Jürgen Habermas, quand il a souligné le caractère fondamental de l'institutionnalisation et de l'ouverture conflictuelle dans l'espace public : « le principe de discussion fonde une nouvelle rationalité juridique qui, pour la pensée habituelle, prend

CONCLUSION

A partir de cette brève étude comparative, quelques hypothèses peuvent être avancées.

Dans le domaine théorique, les débats classiques du droit constitutionnel sur l'état d'exception sont à jour, car l'année 2020 restera marquée par la pandémie de coronavirus. L'un de ces classiques, Carl Schmitt, pose un problème très dramatique : les concepts d'« état de défense » (ou « d'urgence ») et d'« état de siège » sont basés sur l'idée libérale traditionnelle de la primauté du droit. Il n'y a pas d'insurrection interne, de catastrophe naturelle, d'invasion ennemie ou de calamité publique qui ne puisse être affrontée et résolue dans ces deux catégories conceptuelles qui sont présentes dans les Constitutions de la France et du Brésil.

Le problème acquiert une nouveauté et un drame exceptionnels lorsque l'ennemi n'a pas d'uniforme, n'est pas facilement localisé et se déplace sans la moindre prévisibilité. Les nouvelles urgences mondiales présentent des défis qui remettent en cause les concepts mêmes d'état de défense et d'état de siège. En observant les traitements donnés par la France et le Brésil, la dissonance normative entre les mesures adoptées concrètement par les deux pays est frappante. Le gouvernement français s'est servi d'une nouvelle construction basée sur la notion d'état d'urgence, verticalisant et centralisant la confrontation du problème. Le « cas brésilien » – peut-être vaut-il mieux le dire ainsi – est allé dans un sens totalement opposé : on a vu, en même temps, de nombreuses mesures restrictives émerger de toutes les entités fédérées ! L'Union, les États, les municipalités et le district fédéral sont devenus légitimes à adopter des actes normatifs pour protéger leurs populations respectives. Enfin, la situation exceptionnelle a rendu le droit de se conformer à la politique.

Autant la France et le Brésil ont des prédictions normatives qui suivent une tradition très proche dans le traitement des soi-disant exceptions constitutionnelles, il semble indéniable que, si différentes que soient les voies empruntées par les deux pays pour faire face à la crise, il y a quelque chose en commun : la sévérité des restrictions aux droits fondamentaux, en particulier les droits à la liberté, à des fins de protection de la santé.

La pandémie mondiale a engendré, en générant une véritable situation d'exception, la nécessité de mesures de normalisation de l'exception à prendre, verticalement ou

la forme d'un paradoxe dans la mesure où, sous son action, la rationalité juridique d'une règle tient à ce que, produite par la discussion dans les formes du droit, elle ne peut jamais être transformée en fétiche, elle peut toujours être reprise par la discussion. » D. Rousseau, « Penser le droit avec Habermas ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2007, vol. 6, n. 123, pp. 1479-1480.

horizontalement, par les pouvoirs publics. Dans un scénario d'une telle exception, où la protection des droits fondamentaux se relativise brutalement, seule une analyse au cas par cas permettrait d'apprécier, notamment dans le cas brésilien, l'adéquation constitutionnelle de chacune des mesures restrictives par chacun des maires et gouverneurs. Toutefois, il est important de garder à l'esprit que la normalisation de l'exception vise à préserver l'équilibre dans la protection des droits fondamentaux, ne permettant pas d'établir une hiérarchie absolue et inflexible de tous les droits à partir d'un seul droit. *Temporaliser* et *équilibrer* sont des verbes qui doivent être conjugués ensemble dans des situations comme celle-ci.

