

La fraternité dans le droit constitutionnel français

Guy CANIVET - Conférence en l'honneur de Charles Doherty Gonthier, 20-21 mai 2011

La liberté générale bannira du monde entier les absurdes oppressions qui accablent les hommes et fera renaître une fraternité universelle, sans laquelle tous les avantages publics et individuels sont si douteux et si précaires. Mirabeau, Collection, t. II, p. 26

Pour rompre avec l'académisme, il m'a semblé approprié d'organiser ce bref propos autour de quatre idées exprimées sous forme de substantifs, par des termes qui, tous à des titres divers, peuvent être des attributs du concept constitutionnel de fraternité : « l'incrédulité », « la positivité », « la fertilité » et la « subversivité ». Je les évoquerai brièvement dans cet ordre ; le premier, « l'incrédulité », sera le prétexte de l'introduction du sujet en même temps que l'inclination subjective - pour ne pas dire affective - de cette présentation.

Introduction – Incrédulité

Conversations avec Charles Gonthier - Le sujet de la fraternité - Fraternité et droit de l'environnement

En préliminaire, c'est en effet l'incrédulité, l'incapacité à croire ce qui est cependant croyable, qu'il me faut confesser. A chacune de mes rencontres avec Charles Gonthier - elles ne furent pas rares, ses séjours à Paris avec Mariette étaient fréquents et nous parcourions de nombreux espaces communs notamment ceux des cours suprêmes francophones - il tenta de me faire partager sa foi dans la puissance juridique de la fraternité. Il y voyait un principe structurant de l'ordre juridique de toute démocratie, la matrice des valeurs constitutionnelles, l'indice de maturité de l'État de droit ¹. A chaque fois, je l'écoutai avec attention sans toutefois parvenir à me convaincre que la fraternité fût autre chose que l'idéal d'amour universel qui unit tous les membres de la nature humaine ². Néanmoins au fil du temps et de nos discussions, son insistance m'intrigua.

De la fraternité, Charles Gonthier fit même la ligne directrice d'une remarquable intervention, lors d'un colloque sur le droit international de l'environnement organisé à Johannesburg en 2002 ³. Il défendait l'idée que c'est sur la fraternité des hommes à l'échelle mondiale et dans sa dimension intergénérationnelle que repose l'impératif de la protection de l'environnement. Son propos était tout à la fois ambitieux et convaincant. Droit fondamental dit de la 3^{ème} génération, le droit de l'environnement, disait-il, est un de ceux qui impose à l'homme de dépasser son égoïsme et de se tourner vers l'esprit de partage. Ne pas polluer l'espace des autres pays, respecter la biosphère comme un bien commun des hommes et laisser un environnement viable aux générations futures est un devoir de fraternité ⁴.

Congrès de l'AHJUCAF : la fraternité comme valeur constitutionnelle

Puis fut organisé en 2003, à Ottawa, le 3^{ème} congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, l'ACCPUF. C'est lui qui en suggéra le thème : « De la valeur constitutionnelle de la fraternité », c'est lui qui organisa les débats dont il fut le rapporteur général. Les contributions des cours constitutionnelles ordonnées selon la problématique qu'il avait rigoureusement posée révélèrent une dimension universelle à la valeur constitutionnelle de fraternité en même temps qu'un contenu concret, même si elle est comprise de manière variable dans chacune des traditions constitutionnelles. En tant que valeur, constata-t-il, la fraternité a pris une coloration et parfois même un sens remarquablement différents selon les circonstances de son émergence au sein des peuples mais elle est universelle. Il offrait ainsi, en partage, une vision fraternelle de la fraternité.

Le rapport de synthèse qu'il présenta et qui reste un discours d'anthologie ⁵ s'attacha à définir le concept de fraternité, à décrire les mécanismes formels de sa mise en œuvre et à mettre en évidence la contribution de la jurisprudence des cours constitutionnelles pour l'inclure dans le droit des Etats. Revenant dans sa conclusion sur la devise trilogique de la République française : « liberté, égalité, fraternité », il estima que chacune de ses composantes n'était ni hiérarchisable avec chacune des deux autres ni séparable d'elles. D'un côté, la fraternité ne saurait exister qu'entre des hommes libres et égaux, de l'autre, la liberté et l'égalité ne sauraient subsister dans une société où la fraternité serait ignorée. C'était ouvrir un débat qui depuis 1789 anime et divise la pensée politique française.

Approche en droit constitutionnel français – Fonction de la devise de la République française

C'est précisément par la fraternité en tant qu'élément de la devise de la République française que commence pour un juriste de mon pays

l'interrogation sur la force juridique de ce concept ⁶. Ce qui oblige d'abord à se poser la question de la fonction constitutionnelle de la devise.

Dans notre Constitution du 4 octobre 1958, c'est dans le Titre Premier intitulé : « De la souveraineté », que figure, dans son article 2, « La devise de la République française est « Liberté, Egalité, Fraternité ». On comprend que la devise républicaine est une composante de la souveraineté, c'est à dire un élément propre au système normatif national, une condition de la légitimité du pouvoir ; c'est l'idéal que le peuple français assigne aux pouvoirs constitutionnels, le souffle inspirateur, l'âme, la force impulsive des institutions ; une sorte de constitutionnalité supérieure pour ne pas parler de supra-constitutionnalité.

L'introduction de la fraternité dans les normes identitaires de la République française n'est pourtant pas allée de soi ⁷. A vrai dire, le commun des constitutionnalistes français en doute encore aujourd'hui. La fraternité est ignorée de la plupart des traités de droit constitutionnel, elle ne figure pas même dans leurs index. C'est en tout cas la composante de la devise qui fut la plus discutée et celle pour laquelle le contenu fut le plus difficile à fixer. Mais, si la positivité de la fraternité a tardé à se révéler (I), sa fertilité est aujourd'hui incontestable (II).

I - Première partie – Positivité

La positivité de la fraternité – on pourrait dire sa juridicité – sa dimension normative – s'est assurément dégagée avec peine. Point n'est ici le lieu de faire l'histoire de la devise de la République française. On sait que cette devise trilogique s'est imposée sous la Révolution tout à la fois comme un aboutissement de l'esprit des lumières, l'expression du patriotisme révolutionnaire et l'élan idéologique de la République qu'elle a accompagnés depuis la fin du XVIII^e siècle. Disparaissant avec elle dans les intermèdes impériaux, les restaurations, et la période fascisante de Vichy, c'est aussi avec la République qu'elle a ressurgi, lors de l'avènement de la deuxième puis de la troisième République, pour enfin s'inscrire dans la Constitution de la IV^e, ensuite dans celle de la V^e République ⁸.

A chacun de ces épisodes, plus que la devise elle-même, la valeur de fraternité fut mise en cause. Et si l'orientation philosophique du concept ne fut pas sans ambiguïté ni contestation (A), c'est surtout sa juridicité qu'il fallut imposer (B).

A – Contestation

Comprise comme un concept philosophique dans l'esprit des lumières, comme l'inspiration et la conquête politique de la Révolution, puis comme un pacte de combat contre la réaction aristocratique sous la terreur jacobine, regardée comme l'influence des valeurs chrétiennes dans l'idéal républicain de 1948, porteuse des valeurs sociales et de l'Etat providence au XIX^e siècle, vecteur de l'universalisme, de l'internationalisme et du cosmopolitisme, inspiratrice enfin de la décolonisation au XX^e siècle, la fraternité fut toujours disputée, discutée et même niée pour l'idéal même qu'elle représente. A chacune de ses renaissances, elle fut en effet contestée, tour à tour, par les doctrinaires de l'ordre public, comme par ceux de l'aristocratie, du positivisme, du laïcisme, du traditionalisme, du marxisme, du libéralisme, du nationalisme ou encore travestie par le fascisme.

Mais durant ces deux siècles, outre les vifs affrontements idéologiques dont elle fut le prétexte, notamment sur sa place dans la trilogie des valeurs républicaines, c'est surtout la force normative de la fraternité qui fut incomprise.

De nombreux auteurs estiment en effet, comme Mohamed Bedjaoui lors du congrès d'Ottawa ⁹, que si la fraternité est un poncif du discours politique ¹⁰, c'est un concept juridique en lui-même vide de sens et en tout cas peu propice à une réalisation. Qu'il s'agisse de la fraternité universelle ou de sa forme nationale, dit ce grand juriste algérien, la fascination qu'elle suscite chez l'homme paraît inversement proportionnel à sa capacité à se voir reconnaître un contenu juridique précis. Selon lui, le concept de fraternité souffrirait d'un déficit normatif consubstantiel. Si elle recèle une incontestable charge affective et une forte densité sentimentale, voire mystique ou mythique, elle serait rebelle à toute tentative de la couler dans un moule juridique susceptible d'en permettre une application sûre et prévisible. En définitive, dans le contenu de la fraternité, il y aurait trop d'incertitude et trop de flou. Pour certains, la fraternité ne serait même que prétexte à la démagogie politique voire au délire idéologique.

B - Reconnaissance

Pourtant à s'en tenir à l'itinéraire constitutionnel français, à chacune des phases historiques où il fut reconnu, consacré ou restauré, l'idéal de fraternité ne fut pas dépourvu de réalisations juridiques pratiques. C'est ce que montre le professeur Michel Borgetto qui a dédié ses recherches à la notion de fraternité en droit français ¹¹.

La Révolution de 1789

D'un côté, dit-il, l'affirmation révolutionnaire de la fraternité ne renvoie nullement à l'énoncé pur et simple d'une vertu, d'un devoir ou d'un

sentiment mais bien plutôt à l'évocation d'un état, l'état de ceux qui, ensemble ont conquis la liberté et l'égalité. Il s'agit donc d'abord d'une fraternité politique fondée sur l'appartenance à une même collectivité, l'adhésion à un groupe qui repose nécessairement sur la liberté et l'égalité. Dès cette époque, la fraternité est donc un principe politique, c'est le ciment de la nation. C'est à cette fin que la Constitution de 1791 dans son titre premier, titre intitulé : « dispositions fondamentales garanties par la Constitution » prévoyait : « Il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité des citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux lois ». Depuis lors les fêtes républicaines, en particulier celle du 14 juillet, sont le prolongement de cette idée, comme furent de grands moments de fraternité républicaine des grandes explosions collectives, qu'il s'agisse des grèves de 1936 ou des événements de mai 1968.

D'un autre côté, l'institution de la patrie, lieu privilégié de la liberté et de l'égalité, comme fondement conceptuel de la fraternité permit aux révolutionnaires d'entendre celle-ci de manière très large ; la fraternité avait vocation à embrasser tous ceux, Français mais aussi étrangers qui luttaient pour l'avènement de la liberté et de l'égalité¹². Elle débordait le strict cadre national pour s'étendre à l'univers tout entier en rejoignant une conception de la fraternité humaine fondée sur l'identité de nature de tous. Il en résulta des mesures concrètes accordant aux patriotes étrangers la citoyenneté française ou l'asile politique et des déclarations de principe selon lesquelles « la République accordera fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté » (décret du 19 novembre 1792) ou « le Peuple français est l'ami et l'allié naturel des peuples libres » (article 118 de la Constitution du 24 juin 1793). On touchait alors à la dimension universelle de la fraternité, fondatrice des grandes conventions humanitaires.

Mais dès l'origine, la fraternité ne se limita pas à l'élan fraternel. Concrètement les Constitutions du 3 septembre 1791 et du 24 juin 1793 contenaient des manifestations tangibles du principe de fraternité nationale : droit à la subsistance par le travail, droit au secours public pour les nécessiteux, droit à l'instruction publique commune, tous ces droits fondamentaux étaient mis en œuvre par des dispositions qui s'intégreront ensuite dans le principe de solidarité.

La Révolution de 1848

En 1848, ce fut surtout la charge sociale de la fraternité qui anima le courant révolutionnaire. La devise ternaire de la république fut incluse dans la Constitution du 4 novembre 1848 sous la forme d'un article de son Préambule : La République française « a pour principe la Liberté, l'Egalité et la Fraternité ». Les travaux d'élaboration de la Constitution montrent qu'on préféra le terme « principe » à celui de « dogme », précisément pour insister sur les conséquences légales qu'on entendait tirer tout autant de la liberté de l'égalité que de la fraternité¹³.

D'autres dispositions de ce Préambule font précisément référence à la fraternité : au paragraphe VII, il est prescrit aux citoyens ... « de participer aux charges de l'Etat en proportion de leur fortune ; ils doivent s'assurer, par le travail, des moyens d'existence, et, par la prévoyance, des ressources pour l'avenir ; ils doivent concourir au bien commun en s'entraïdant fraternellement les uns les autres, et à l'ordre général en observant les lois morales et les lois écrites qui régissent la société, la famille et l'individu. ». C'est ici l'idée d'entraide qu'il faut retenir. Elle est intermédiaire entre la charité des sociétés aristocratiques et les droits sociaux des démocraties actuelles.

L'article VIII du même Préambule précise les devoirs de la République à l'égard des citoyens : elle doit notamment « ...par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler... » .

Le texte même de la Constitution mettait en œuvre ces principes. Il comportait dans un chapitre II intitulé « Droits des citoyens garantis par la Constitution », un article 13 disposant notamment « La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité des rapports, entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que les familles ne peuvent secourir... »

Dans l'esprit du constituant de 1848, la fraternité était donc le support d'un véritable programme de gouvernement « La fraternité c'est la loi de l'amour » dit une circulaire gouvernementale. « De là découlent : l'abolition de tout privilège, la répartition de l'impôt en raison de la fortune, un droit proportionnel et progressif sur les successions, ...le service militaire pesant également sur tous, une éducation gratuite et égale pour tous, l'instrument du travail assuré à tous... ».

Ce programme ne fut pas sans réalisations concrètes, la plus historique fut l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises, mais ce furent aussi l'introduction du suffrage universel et la mise en œuvre d'une politique d'aide et de solidarités sociales ; même si c'est sur la question sociale que sont révélées les limites du principe de fraternité et qu'en définitive s'est éteint l'élan révolutionnaire.

Bien que la discussion sur le maintien dans la devise du principe de fraternité fût encore plus vive dans les débuts de la troisième République, notamment par comparaison avec le concept plus novateur de « solidarité », il fut repris dans la trilogie républicaine réintroduite à partir de l'année 1880 pour devenir le ferment des grandes avancées sociales du début du XX^e siècle.

La Constitution de 1946

Mais c'est après l'obscurité du régime de Vichy que le concept de fraternité fut rétabli dans toute sa dimension par la Constitution de la IV^e République. Son article 2 constitutionnalise la devise : « La devise de la République est « Liberté, Egalité, Fraternité » » et son Préambule consacre parmi les principes particulièrement nécessaires à notre temps des dispositions qui d'un point de vue matériel s'analysent comme des applications ou des traductions juridiques du principe de fraternité, égalité de la femme, droit d'asile, droit au travail, liberté syndicale, droit au développement de l'individu et de la famille, droit à la protection sociale, au repos et au loisir, droit à la retraite, droit à l'instruction...

La Constitution de 1958

Outre qu'elle reprend la devise de la République comme composante de la souveraineté de l'Etat, la Constitution de 1958, rappelle, à l'alinéa 1^{er} de son Préambule, l'attachement du peuple français aux droits de l'homme et au principe de souveraineté nationale tel qu'il résulte du Préambule de la Constitution de 1946 en ce qu'il confirme et complète la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le constituant de 2004 y a ajouté les droits et les devoirs définis dans la Charte de l'environnement.

Le Préambule de 1958 contient une autre application du principe de fraternité. Son alinéa 2 proclame « En vertu des principes énoncés à l'alinéa 1^{er} et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique ». Cette disposition constitutionnelle allait être le support d'un processus de décolonisation pacifique avant d'être, plus récemment, des dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie dans une progression vers l'autonomie¹⁴. Puis fut introduit, par la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, l'article 72-3 selon lequel « La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité », article à partir duquel allait être construit le statut particulier des collectivités d'outre-mer.

Force est donc de constater que l'idée selon laquelle la fraternité se révélerait incapable de légitimer et de fonder des droits et obligations juridiquement contraignants est démentie aussi bien par l'analyse historique que par la théorie juridique¹⁵. Le bref survol chronologique auquel il vient d'être procédé montre en effet que la fraternité a été utilisée au cours des deux derniers siècles comme un principe justificatif ou un fondement direct de dispositions adoptées en matière civile, politique et sociale tels que l'accueil et la protection des étrangers, la suppression à leur égard de toute discrimination, l'affirmation du droit à l'assistance, au travail ou à l'instruction.

Du point de vue de la théorie juridique, rien n'interdit au constituant ou au législateur, s'ils le décident, de s'appuyer sur la fraternité pour justifier les dispositions qu'ils jugeraient utiles de prendre. Ce qui établit la pleine capacité de la fraternité à produire des normes concrètes applicables à la société et en conséquence, à fonctionner comme un véritable principe juridique ou un fondement du droit, au même titre que les principes de liberté et d'égalité. Tel fut par exemple le cas de l'institution en 1988¹⁶ du revenu minimum d'insertion et plus récemment du revenu de solidarité active introduit par la loi du 21 août 2007¹⁷ et généralisé en 2008¹⁸. En instituant ces régimes sociaux, le législateur s'est expressément et concrètement référé au principe de fraternité.

Il semble donc suffisamment démontré que le troisième terme de la devise, à l'instar des deux autres est introduit dans la hiérarchie des normes. Inscrit dans la Constitution comme un principe actif, il inspire, guide et encadre l'élaboration de la loi. A partir de là, c'est la jurisprudence du juge constitutionnel, le Conseil constitutionnel qui lui a donné toute sa fertilité.

II - Deuxième partie – Fertilité

Ici le terme fertilité est employé dans un double sens : celui de la faculté de produire d'abondantes applications concrètes à un principe, celui aussi de la fertilité d'esprit, de l'aptitude à provoquer un débat. Au premier sens, la fraternité est prise dans sa potentialité normative, au second dans sa dimension dialectique.

On sait que ce n'est que depuis 1958 que fut instauré en France un contrôle de constitutionnalité de la loi. Mais ce n'est qu'à partir des années 1970 que le juge constitutionnel a inclus dans les normes constitutionnelles de référence des droits fondamentaux tirés de la Déclaration de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes reconnus par les lois de la République auxquels s'est ajoutée en 2004 la Charte de l'environnement¹⁹.

C'est donc dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaborée depuis les années 70 que s'est libérée la potentialité du principe de fraternité à travers la mise en œuvre juridictionnelle des garanties qu'il implique. Cette potentialité est immense tant il est vrai que, comme l'écrit le professeur Michel Borgetto, l'idée de fraternité est plus que jamais actuelle et indispensable pour recréer le lien social, respecter la dignité de l'individu, rendre plus humaine la relation entre l'administration et la personne aidée, en définitive réconcilier la société avec elle-même²⁰.

Si à travers les notions qui en sont dérivées, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné une large consistance au principe de fraternité (A), elle a néanmoins dû la concilier avec d'autres exigences constitutionnelles qui renvoient à la dialectique introduite par la notion de fraternité (B).

A – Potentialité jurisprudentielle du concept de fraternité

Ainsi que le montre le rapport français lors de la Conférence d'Ottawa²¹, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le principe de fraternité comprend deux grands volets. L'un renvoie à tout ce qui concerne l'exigence de solidarité découlant de la proclamation de l'article 1^{er} de la Constitution « La France est une République sociale », l'autre à la mise en œuvre des valeurs démocratiques de tolérance, du respect de l'autre et de la lutte contre les exclusions. Si on admet cette compréhension large du principe de fraternité, il est alors fondateur d'une part considérable de la jurisprudence du juge constitutionnel français.

A la notion de solidarité, le Conseil constitutionnel fait en effet de nombreuses références depuis 1980. Dans cette jurisprudence, le terme solidarité revêt une pluralité de sens. Le Conseil constitutionnel utilise, selon les hypothèses d'application, les termes de « mécanisme » de solidarité, de « principe de solidarité », d'« exigence » de solidarité, « d'objectif » de solidarité, et parfois dans une même décision plusieurs de ces termes sont utilisés²². Le concept n'est donc pas monovalent. Toutefois, pour apprécier la place qu'il tient dans la jurisprudence, il est nécessaire de s'abstraire d'une démarche formelle consistant à ne retenir que la présence du terme solidarité dans telle ou telle décision et adopter une approche matérielle. Y sont alors inclus les droits créances du Préambule de la constitution de 1946²³. Au fil des décisions du Conseil constitutionnel, on y retrouve l'alinéa 5 qui garantit le droit au travail, l'alinéa 10 qui protège le droit au développement de l'individu et de la famille, l'alinéa 11 qui consacre le droit à la protection de la santé ou encore l'alinéa 13 qui traite du droit à l'instruction. Selon la même approche, on classe aussi, dans les applications du principe de solidarité le droit à la justice fiscale incarné par le caractère progressif de l'impôt²⁴.

Le lieu privilégié de ces applications est évidemment le domaine des régimes sociaux. Tel fut le cas par exemple de l'une des premières références au principe de solidarité. Par une décision du 16 janvier 1986²⁵, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de la Sécurité sociale, qu'il revenait au législateur d'organiser la solidarité entre personnes en activité, personnes sans emploi et retraités en même temps que de maintenir l'équilibre financier permettant à l'ensemble des institutions de Sécurité sociale de remplir leur rôle. Il en a déduit que rien ne s'opposait à des transferts de ressources d'un régime vers l'autre, afin de financer des régimes d'assurances vieillesse déficitaires, particulièrement défavorisés en raison de la situation économique et sociale.

L'autre grand champ d'exercice de la valeur de fraternité englobe tous les droits qui expriment le respect de la dignité humaine ainsi que l'acceptation d'autrui, par exemple le droit d'asile, le droit de mener une vie familiale normale ou encore le droit aux soins pour les étrangers en situation irrégulière. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel a fait de nombreuses applications du principe de dignité de la personne humaine²⁶ qu'il a étendu au domaine social en jugeant, par exemple, en 1995²⁷ que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent était un objectif de valeur constitutionnelle. Ce qui n'est pas autre chose qu'une conciliation entre le devoir de fraternité et le droit de propriété.

B – Dialectique juridique du concept de fraternité

Dans la problématique préparatoire du congrès de l'ACCCPUF de 2003²⁸, Charles Gonthier accorda une large place au principe de fraternité en tant que mode d'organisation de la société démocratique. Dans ce domaine de mise en œuvre, il classa les questions du fédéralisme, du communautarisme ethnique, linguistique ou religieux et celle des collectivités territoriales à statut dérogatoire. L'idée est assez simple, la fraternité est examinée dans sa dimension altruiste, comme l'aptitude à reconnaître et accepter l'autre dans toute sa différence et d'en tirer toutes conséquences aussi bien politiques que juridiques.

Sur ces sujets, hormis la reconnaissance du statut dérogatoire de certaines collectivités d'outre-mer déjà évoquée, la France révéla sa spécificité identitaire²⁹. Cette identité constitutionnelle réside dans l'article 2 de la Constitution de 1958 qui, au titre de la « Souveraineté », proclame « La France est une République indivisible ». Ce caractère est fort ancien, déjà consacré sous l'Ancien Régime, il fut réaffirmé avec force sous la révolution et expressément énoncé dans chacune de nos constitutions successives. De manière particulièrement rigoureuse, la jurisprudence en

tire pour conséquences que le pouvoir normatif initial ne saurait, sauf exceptions, appartenir qu'aux organes centraux de l'Etat et que par conséquent, sauf dérogations procédant de la Constitution elle-même, les collectivités territoriales ne peuvent détenir ni compétences législatives ni compétences internationales.

Mais encore, après avoir affirmé le caractère indivisible de la République, le même article 2 de notre Constitution ajoute que « La France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race et de religion et qu'elle respecte toutes les croyances ». Ainsi dans notre tradition constitutionnelle s'impose l'idée, invariablement reprise par la jurisprudence, que la République est hostile à toute reconnaissance de groupes, de communautés ou de minorités réunies sur des critères ethniques, linguistiques ou religieux auxquels seraient attachés des droits collectifs spécifiques ³⁰. Nous estimons que de tels droits seraient de nature à altérer la communauté des citoyens formant de manière indivisible le peuple français.

Deux exemples de cette conception rigoureuse du principe d'unité du peuple français peuvent être cités. Saisi en 1991 ³¹ de la question de savoir si une loi pouvait faire référence au « peuple corse, composante du peuple français », le Conseil constitutionnel a fermement répondu par la négative en rappelant que le concept juridique de peuple français a valeur constitutionnelle et que la Constitution ne connaît que le peuple français, sans distinction d'origine, de race ou de religion.

Puis en 1999 ³², interrogé sur la possibilité pour la France de ratifier la Charte européenne des langues régionales minoritaires signée la même année, le Conseil constitutionnel a estimé qu'une telle ratification ne pourrait intervenir sans modification de la Constitution en estimant que la Charte porte atteinte au principe d'unité en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des groupes de locuteurs de langues régionales ou minoritaires à l'intérieur de territoires dans lesquels ces langues sont pratiquées.

Selon le même raisonnement seraient interdites, sans dispositions constitutionnelles spécifiques, toutes formes de quotas par sexe ou de discriminations positives. On comprend donc que la Constitution française traite les minorités ou les immigrations par l'impératif absolu de l'intégration excluant la reconnaissance de groupes ou de communautés dotés de droits propres. Notre conception de la fraternité est celle de l'assimilation de chacun, quelle que soit son origine, au sein d'une collectivité de personnes par principe égales en droit et identiques en devoirs.

On comprend qu'à une époque où s'intensifient les mouvements internationaux de populations autant pour des raisons économiques que politiques, un tel modèle crée des difficultés de plus en plus perceptibles qui, finalement, placent notre vision de la fraternité au centre d'un débat politique souvent polémique.

Conclusion – Fonction subversive de la fraternité

A propos de la question de l'intégration des populations issues de l'immigration, s'engage une réflexion sur laquelle je voudrais rapidement conclure : la fonction subversive de la fraternité. On comprendra ici la subversion dans son sens propre, à savoir le processus par lequel les valeurs et principes d'un système en place sont contredits ou renversés.

Incontestablement, dans notre histoire, la fraternité a joué une fonction subversive. C'est elle qui lors de la Révolution de 1789 a renversé les valeurs aristocratiques d'une société d'Ancien Régime profondément inégalitaire. L'iconographie de la nuit du 4 août est une puissante illustration de l'élan fraternel qui, toutes classes confondues, noblesse, clergé et tiers état, décida l'abolition des droits féodaux.

C'est encore la fraternité qui fut à l'origine de l'abolition de l'esclavage, d'abord sous la Révolution de 1789 par le décret du 29 août 1793, puis de manière définitive par la Révolution de 1848 par le décret du 27 avril 1848 auquel Victor Schœlcher attacha son nom.

C'est aussi l'idéal de fraternité qui inspira le processus de décolonisation pacifique engagé par la Constitution de 1958, processus qui déboucha sur les référendums d'adhésion à la Communauté française puis sur ceux de l'accession à l'indépendance des colonies d'Afrique.

Aujourd'hui, les défis posés à notre système de droit par la valeur de fraternité sont doubles, ils concernent tout à la fois l'ordre interne et le droit international.

Dans l'ordre interne, la fraternité pose, d'une part, la question du contrôle des flux migratoires et des possibles mesures de protection contre l'immigration clandestine, d'autre part, celle du droit des étrangers régulièrement installés sur le sol français confrontés à l'idéologie de préférence nationale ³³.

Sur le premier point, le Conseil constitutionnel est appelé à se prononcer sur la conformité aux principes fondamentaux de lois visant à lutter contre l'immigration clandestine, soit par des sanctions pénales de plus en plus fermes, soit par des mesures de police administrative de plus en

plus contraignantes permettant l'arrestation, le placement en rétention et l'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Toutes ces mesures posent la question de la conciliation de l'ordre public avec les droits fondamentaux affectés.

A l'égard de ceux qui se trouvent régulièrement sur notre territoire, les réponses de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont nuancées. Elles sont négatives pour ce qui est de l'intégration politique, par exemple du droit de vote aux élections même locales, à l'exception des ressortissants de l'Union européenne. Elles sont, en revanche, positives pour ce qui relève de l'égalité d'accès aux prestations que l'Etat fournit à ses propres citoyens.

La question est compliquée par la remise en cause du modèle républicain de l'intégration fondé sur la conception même de la nation : la volonté de vivre ensemble est aussi la volonté de vivre comme l'ensemble. Mais le mythe de l'homogénéisation complète de la collectivité nationale correspond de moins en moins à la réalité sociale des grands ensembles où n'ont pu être évitées les concentrations communautaires. Il résiste tout aussi mal aux revendications voire aux transgressions pluralistes de plus en plus fortes, qu'elles soient régionales, culturelles ou religieuses. La question devient alors de passer des comportements conformes à l'uniformité républicaine à des comportements compatibles avec la norme sociale, en d'autres termes de déterminer le degré de différence acceptable avec le principe d'unité républicaine.

Ces questions qui confrontent la communauté nationale au pluralisme culturel ou religieux et à la tolérance ne peuvent trouver de réponse que par la reconsidération de notre conception de la fraternité³⁴. A la position traditionnelle de l'insertion dans la communauté par la volonté de vivre ensemble, il est indispensable d'apporter des aménagements sur la manière de vivre ensemble. En ce cas jusqu'où pourrait aller la tolérance ? Nos débats sur le foulard puis sur le voile islamiques et sur la pratique des religions sont des illustrations de notre difficulté à prendre en compte les différences³⁵.

En droit international, c'est la souveraineté des Etats qu'interpelle le devoir de fraternité³⁶. L'obligation morale que la fraternité universelle impose à la communauté internationale d'intervenir là où les droits de l'homme sont violemment menacés a fait naître le droit d'ingérence. Mais affirmer une telle transgression des principes traditionnels du droit international, en particulier lorsqu'elle conduit à une intervention militaire, c'est admettre que le principe de souveraineté cède devant un principe plus essentiel encore, celui de la vie et des droits les plus élémentaires de l'homme, c'est vouloir et devoir combattre les Etats ou des gouvernements qui menacent leur propre peuple dans son existence³⁷. L'actualité récente en donne de criants exemples. Pour souhaitable qu'elle soit, cette subversion des règles internationales pose le redoutable problème de savoir à partir de quel niveau de violation des droits fondamentaux se justifie l'ingérence. Elle impose par conséquent, une définition de standards des droits protégeables. Faut-il alors s'en tenir à l'existence même des populations ou prendre en compte d'autres droits suffisamment imprescriptibles et sacrés pour devenir la référence universelle des nations et quels sont alors les modes d'intervention admissibles ? L'actualité pose en ces termes la question d'une fraternité internationale que le droit des relations internationales est au défi de construire et de préciser dans l'urgence.

Que ce soit sur le plan interne ou dans l'espace international ou à l'interface des deux que constitue l'immigration, le droit est pressé de reconsidérer la valeur de fraternité afin d'agir sur une réalité tragique et rénover le système de droit.

La fraternité a, bien sûr ses limites, disait Charles Gonthier en concluant son rapport, et le droit qui s'en inspire ne peut garantir la résolution de tous les conflits qui mettent aux prises les individus avec des communautés ou des nations entières, mais il est de notre devoir de mettre tout en œuvre pour que l'esprit de fraternité vienne porter secours à ceux qui tentent de maintenir l'harmonie. Souvenons-nous de la belle idée qu'il nous laisse.

¹ Voir sur ce thème Serge-Christophe Kolm, *La réciprocité générale*, Paris PUF, 1984. – *Libres, égaux et fraternels : la logique profonde de la morale républicaine*, *Revue française de sciences politiques*, 1985, p. 639.

² Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° Fraternité.

³ Congrès mondial des juges, Johannesburg (Afrique du Sud) du 18 au 20 août 2002.

⁴ Déclaration du millénaire adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, septembre 2000 : « n'épargner aucun effort pour éviter à l'ensemble de l'humanité, et surtout à nos enfants et à nos petits-enfants, d'avoir à vivre sur une planète irrémédiablement dégradée par les activités humaines et dont les ressources ne peuvent plus répondre à leurs besoins ».

⁵ La fraternité comme valeur constitutionnelle, rapport général présenté par la Cour suprême du Canada, juin 2003, p. 717.

⁶ Michel Borgetto, *La devise de la République « Liberté, égalité, fraternité »*, PUF, Paris 1997.

⁷ Guy Carcassonne, *La Constitution, Points, essais*, Paris, 2009, p. 49.

⁸ Michel Borgetto, *op. cit.*

⁹ Mohamed Bedjaoui, *La « fraternité », concept moral ou principe juridique ? La fraternité comme valeur constitutionnelle*, juin 2003, p. 11.

¹⁰ La fraternité est une des plus belles inventions de l'hypocrisie sociale. Flaubert, *Corresp.*, 385, 22 avril 1853.

¹¹ Michel Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, Paris, 1993.

¹² Michel Borgetto, *la Devise « Liberté, égalité, fraternité »*, *op. cit.*

¹³ Michel Borgetto, *op. cit.*

¹⁴ Selon les modalités fixées par l'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998.

¹⁵ Michel Borgetto, *op. cit.*

¹⁶ La loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988.

¹⁷ Loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, abrégée « loi TEPA ».

¹⁸ Loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion ».

¹⁹ *La fraternité comme valeur constitutionnelle*, congrès de l'ACCPUF, juin 2003, rapport du Conseil constitutionnel français, p. 251.

²⁰ Michel Borgetto, *op. cit.*

²¹ *Op. cit.*

²² *Op. cit.*, voir jurisprudence citée, p. 285.

²³ *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz, études, Paris 2001.

²⁴ *La fraternité comme valeur constitutionnelle*, rapport du Conseil constitutionnel français, *op. cit.* p. 285.

²⁵ Décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Rec.*, p. 9, cons. 7.

²⁶ *Op. cit.* p. 285.

²⁷ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Rec.*, p. 176, cons 6 et 7.

²⁸ *La fraternité comme valeur constitutionnelle*, *op. cit.* p. 717.

²⁹ *Op. cit.*, rapport du Conseil constitutionnel français, p. 367.

³⁰ Dominique Schnapper, *La communauté des citoyens*, Gallimard 1994.

³¹ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50, cons. 12 et 13.

³² Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.*, 71, cons. 6 et 10.

³³ Jean-Claude Colliard, *Liberté, égalité, fraternité*, *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz 1996, p. 89.

³⁴ Jacques Robert, *Liberté, égalité, fraternité* 1976, *Mélanges Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p.946.

³⁵ Jean-Claude Colliard, *op. cit.*

³⁶ Jean-Claude Colliard, *op. cit.*

