

Billet 2018-04 : La reconnaissance du principe constitutionnel de fraternité, une réussite juridique ou simplement politique ?

LE 27 SEPTEMBRE 2018

Ambitieuse, fâcheuse ou encore dérangeante... Autant d'adjectifs qui surgissent pour tenter de cerner l'apport et les raisons de la décision du Conseil constitutionnel Cédric H. du 6 juillet 2018. Dans cette controverse, nous avons décidé d'affirmer la pertinence de la solution, en ce sens que la reconnaissance du principe constitutionnel de fraternité apparaît une réussite.



« Je leur dis que la fraternité est un rêve, un sentiment nuageux, inconsistant (...). La liberté et la fraternité sont des mots, tandis que l'égalité est une chose ». Ces mots de Henri Barbusse, dans *Le Feu, Journal d'une escouade*, illustrent parfaitement une opinion qui était largement partagée jusqu'il y a peu ; celle de l'impossible juridicité comme normativité de la fraternité. Autrement dit, cette dernière ne semblait pas pouvoir exercer une quelconque influence ou établir des obligations juridiquement contraignantes. Elle paraissait relever essentiellement du registre du sentiment, voire du mystique. Telle n'est pas l'opinion du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision *Cédric H.* du 6 juillet 2018, dégage un principe à valeur constitutionnelle (PVC ci-après) de fraternité, impliquant « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». Surprenante à maints égards, cette décision a surtout pour mérite de sanctionner de nombreux siècles d'histoire¹ et de donner corps à un principe matriciel de la République française.

Néanmoins, réfractaire, depuis plusieurs années, à identifier de nouveaux PVC - afin d'éviter d'être chahuté et parce que la postérité a rangé la plupart de ceux-ci dans la catégorie des "accidents" -, la démarche du juge constitutionnel français suscite légitimement la question suivante : la consécration de la valeur constitutionnelle de ce principe n'est-elle pas un simple coup de communication bien maîtrisé ? À n'en pas douter, la solution délivrée est une réussite politiquement parlant - cette dernière s'analysera dans une perspective *conséquentialiste*, c'est-à-dire en fonction de son retentissement, de son impact dans l'évolution de certains rapports ou certaines positions. En effet, saluée par une grande partie du monde politique, pour avoir introduit un peu de souplesse dans un débat enflammé par un contexte bouleversé, et pour avoir stimulé le poids de dispositions à forte valeur symbolique, cette décision est devenue l'étendard d'une politique migratoire plus *humaniste*. Sa récupération par le personnel politique en est un bon indicateur, tout comme sa médiatisation remarquable. Qu'en est-il sur le terrain juridique, abstraction faite des enseignements qu'il est possible d'en retirer pour l'étude du contentieux constitutionnel ? La réponse est assurément plus délicate, plus nuancée.

La "QPC-Fraternité" a, au départ, reçu un accueil mitigé dans la communauté des juristes ; les uns la conspuaient, les autres l'encensaient. La raison principale tient au fait que cette reconnaissance s'impose plus qu'elle ne se comprend. Effectivement, sans réelle explication, le Conseil constitutionnel déduit de nombreuses dispositions que la fraternité est un principe constitutionnel. C'est en quelque sorte par l'intermédiaire d'un argument d'autorité que le juge légitime cette découverte. Nous pourrions résumer la motivation du Conseil constitutionnel de la façon suivante : "*si les textes parlent de la fraternité, alors cette dernière est logiquement un principe à valeur constitutionnel*". Il aurait été essentiel de savoir ce qui fait passer une "devise" ou un "idéal commun" au statut de "principe" à valeur constitutionnelle. Le manque de motivation est ici particulièrement problématique. Pour autant, cette cristallisation, malgré ses défauts évidents, n'est pas sans conséquence. Au contraire, elle a pour intérêt d'inviter à jeter un regard différent tant sur la politique européenne et les préceptes du droit européen (§I), que sur le droit interne en introduisant de nouveaux éléments dans l'équation de la protection des droits et libertés, notamment devant le juge des référés administratifs (§II).

§I - L'édulcoration du "délict de solidarité" par le principe de fraternité : une solution au service d'un unisson franco-européen

Bien loin d'instaurer un "dialogue des juges" - qui n'est autre qu'une incantation doctrinale destinée, entre autres, à influencer ainsi que légitimer l'affirmation de la justice constitutionnelle en France -, le Conseil constitutionnel rend, au fond, une décision marquée du sceau de l'audace et de l'approfondissement de la coordination franco-européenne. Le développement de nouvelles limites imposées au législateur pousse la France à se doter d'une autre ligne de conduite - proche de celle retenue en Allemagne - en matière migratoire, qui aura un impact indubitable dans la délimitation de la politique migratoire de l'Union européenne. Pour être précis, l'utilisation du principe de fraternité dans le sens de « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » a permis de transposer expressément des options permises par le droit de l'Union européenne, à l'instar de l'article 1§2 de la directive du 28 novembre 2002, qui introduit la *Convention de Palerme* des Nations Unies dans le droit de l'Union. En témoigne l'élargissement par le Conseil du champ matériel des exemptions au délict de l'article L. 622-1 du CESEDA s'agissant de l'aide au séjour, visé par l'article L. 622-4, au nom du PVC de fraternité. Il a, effectivement, jugé que toutes ces exemptions devaient être étendues à tout acte d'aide au séjour apporté, conformément à ce qu'indique la directive, « *dans un but humanitaire* ». À dire vrai, le juge constitutionnel français confirme indirectement l'orientation donnée par les institutions européennes en matière migratoire. D'autant plus que l'Union a notifié, dans une résolution du 5 juillet 2018, sa volonté d'éviter que les personnes qui apportent une aide humanitaire aux migrants en détresse ne soient poursuivies par la justice pénale. Cette position, n'ayant aucune valeur juridique contraignante, constitue une étape importante dans la quête de détermination de la politique européenne et trouve désormais, avec la décision *Cédric H.*, un relais pertinent pour endiguer la prolifération du "délict de solidarité" dans les législations des États membres.

Par ailleurs, la "QPC-Fraternité" semble légitimer et surtout affermir la sauvegarde développée par le Conseil de l'Europe dans ce domaine - et donc "importer" tout un patrimoine de protection qui inspirera la France à terme. Certains pourront rétorquer à l'envi que la CEDH avait "validé" le délict d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en l'absence d'enrichissement personnel notamment dans le contexte familial². Cependant, cette position est restée très marginale dans la construction prétorienne du juge strasbourgeois, simple conséquence de la timidité de celui face aux délicats enjeux suscités par ce "délict de solidarité". Effectivement, d'autres prescriptions ont reçu un développement significatif. Si la Cour énonce par principe qu'elle se prononce exclusivement sous l'angle de l'interdiction d'expulser en violation des articles 3 et 8 de la Convention, elle a parfois été amenée à déduire de son article 3 le droit de tout individu vulnérable à ne pas vivre dans des conditions de précarité extrême. L'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*³ est sur ce point intéressant, car la Cour a jugé qu'un demandeur d'asile ne pouvait pas être contraint de vivre à la rue sans la moindre assistance. Il n'y a qu'un pas à franchir pour affirmer qu'il importe peu que cette assistance - à tous les étrangers - soit apportée par des individus dans un but humanitaire, et qu'ils ne doivent pas être poursuivis pour ces raisons⁴. D'autant que le Comité européen des droits sociaux, autre institution fondamentale du Conseil de l'Europe - qui constitue avec la Charte sociale européenne une terre d'élection pour une adaptation de la jurisprudence de la CEDH⁵ -, reconnaît divers droits minimaux pour les étrangers non autorisés au séjour, afin de garantir la dignité humaine. À ce titre, la décision *F.I.D.H. c. France* est fondamentale puisqu'il a jugé que toute personne doit bénéficier d'une assistance médicale minimale, quelle que soit la régularité de son séjour⁶. De plus, le principe de dignité de la personne humaine est régulièrement invoqué par le Comité pour contrôler l'application des dispositions de la Charte. Il a ainsi considéré que ce principe commande le droit de se voir fournir, dans une situation d'urgence, un hébergement ainsi que les biens matériels nécessaires à sa subsistance. En effet, sous l'angle de l'article 31§2, le Comité rappelle que « *le droit à l'hébergement est étroitement lié au droit à la vie et crucial pour le respect de la dignité humaine de chaque individu* »⁷. Également, au nom de la dignité des personnes hébergées, l'abri doit répondre « *aux exigences de sûreté, de santé et d'hygiène et, en particulier, disposer des éléments de confort essentiels tels que l'accès à l'eau, ainsi qu'un chauffage et un éclairage suffisants. Une autre exigence fondamentale est la sûreté des alentours immédiats* »⁸.

Tout compte fait, cette décision est juridiquement intéressante. Elle est à la fois inédite dans son objet et riche de promesses quant à sa portée. C'est aussi ce que laisse supposer la récente ordonnance du tribunal administratif de Besançon en date du 28 août 2018.

§II - La reconnaissance de la "liberté fondamentale" d'aider autrui : un autre horizon dans la sauvegarde des libertés

Dans cette ordonnance, le juge des référés a identifié une nouvelle liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Plus être plus exact, le juge déclare recevable le moyen reposant sur l'atteinte au principe de fraternité. Il précise que ce dernier n'autorise pas le demandeur à se prévaloir d'une « *quelconque liberté fondamentale de mendier* », mais « *n'implique que la liberté fondamentale d'aider autrui dans un but humanitaire* ». Au-delà du fait que cette consécration est un point de plus dans le tableau, déjà bien dense, des libertés fondamentales protégées par le mécanisme du référé-liberté, c'est la déduction de celle-ci à partir du principe à valeur constitutionnelle de fraternité, reconnu par le Conseil constitutionnel en juillet dernier, qui est étonnante. Il s'agit, en effet, de la première référence d'une juridiction du fond à ce PVC.

En réalité, cette ordonnance a fait beaucoup de bruit pour une autre raison : le tribunal administratif prend le parti de donner une pleine utilité et une effectivité à la récente décision du juge constitutionnel français. Voici ce que révèle l'extension par le juge des référés du champ d'application du principe de fraternité. Assurément, le Conseil constitutionnel a reconnu que « *du principe de fraternité [il découle] la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* ». Cette liberté, composante essentielle du principe de fraternité, a été dégagée pour recevoir une application pertinente dans le domaine du droit des étrangers. En d'autres termes, c'est dans ce contentieux que le Conseil lui donne ses lettres de noblesse. Or, le tribunal administratif décide d'innover en appliquant cette liberté dans un autre champ, celui de la lutte contre la mendicité. Il donne une nouvelle clé de compréhension de la fraternité, qui ne semble pas s'opposer aux velléités affichées par le juge constitutionnel dans la décision. Rien dans celle-ci n'entend circonscrire aussi drastiquement la fraternité⁹. Et rien dans l'histoire politico-juridique de la fraternité¹⁰ comme dans les déclarations du Conseil constitutionnel à Ottawa¹¹ ne nous contredira. Tirer du contexte d'élaboration du principe de fraternité une exclusivité est fallacieux et pernicieux ! Au contraire, ce serait le meilleur moyen de l'enterrer prématurément. L'histoire du contentieux constitutionnel français n'est que trop remplie de principes qui sont devenus, avec du recul, des sortes "d'occasions manquées".

Parallèlement, force est de constater que cette conclusion ouvre la porte à de nouvelles applications de ce principe et de cette liberté d'aider autrui à des cas divers et variés. En d'autres mots, l'ordonnance lance un processus de *détermination* et *d'expansion* de la fraternité ; processus qui s'épanouira par le truchement d'un dialogue soutenu entre de multiples interlocuteurs. Tout cela conduit, en dernière analyse, à introduire une forme d'incertitude - et conséquemment un regard méfiant - quant à l'utilisation de ce principe. Les potentielles évolutions que laisse supposer - indirectement - cette ordonnance ont, d'une certaine manière, quelque chose d'inquiétant¹². Assurément, de nombreuses lois ou de nombreux actes juridiques semblent pouvoir être, dans cette configuration, réévaluées, voire contestées à la lumière d'une fraternité hypothétiquement tentaculaire. À plus forte raison que, comme nous l'indique l'ordonnance, « *le maire de la commune de Besançon a, indirectement mais nécessairement, porté atteinte à la liberté d'aider autrui, laquelle ne prend, parfois, spontanément corps qu'à la vue de personnes dans le besoin* ». En somme, l'équation juridictionnelle est totalement réexaminée en matière de protection des droits et libertés. Chaque acte de police administratif porte désormais potentiellement atteinte, de façon directe comme indirecte, à la fraternité, et cela dans n'importe quelle matière. Un nouveau paramètre a été intégré dans le contentieux de la protection des libertés par la justice administrative qui modifie, au total, les "termes du débat". Pour synthétiser ces quelques analyses, nous dirons que des lunettes de vue différentes sont chaussées sur le nez des juges administratifs, qui modifient le regard porté par ceux-ci sur de tels litiges - *c'est-à-dire qu'elles donnent, prima facie, un autre horizon dans la sauvegarde des libertés*.

Nonobstant, l'émoi que suscite cette ordonnance doit vite être modéré. Effectivement, l'audace affichée par le juge des référés est vite rattrapée par la logique du contentieux et les caractéristiques du cas d'espèce. Conformément à la fameuse décision *Benjamin* de 1933, le tribunal observe que l'atteinte à la liberté d'aider autrui - qui « *ne revêt toutefois pas un caractère général et absolu et doit être conciliée, notamment, avec l'objectif de préservation de l'ordre public* » - n'est pas excessive par rapport aux nécessités d'ordre public invoquées par la mairie de Besançon. Il fait observer que « *les nombreuses mains-courantes de police* », ainsi que les courriers adressés par les commerçants et riverains témoignent de la réalité des troubles à l'ordre public engendrés par la mendicité ainsi que les rassemblements dans le centre-ville. Il note, par ailleurs, que l'interdiction est limitée dans l'espace et dans le temps. Il en résulte, selon lui, que la liberté d'aider autrui n'est que modestement entravée, car les personnes généreuses peuvent toujours s'adresser aux associations d'aide aux plus démunis, voire faire directement un don lorsqu'elles passent « *par les rues non concernées par l'arrêté* ».

Rien de neuf sous le soleil quant à la solution et au raisonnement retenu par le juge administratif de Besançon, pourrions-nous dire - abstraction faite de l'utilisation du principe de fraternité. Cette solution s'inscrit, en effet,

dans la droite lignée d'une jurisprudence bien établie¹³. Tâchons, tout de même, de garder un brin d'optimisme à l'aune des révélations - innovations - faites par le tribunal administratif sur ce principe de fraternité ; révélations qui ne pourront être remises en cause par le Conseil d'État puisque le maire a fait le choix d'abroger cet arrêté.

*

Au bout du compte, nous pouvons dire que cette décision est à la fois une *réussite politique* ainsi qu'une *réussite juridique*. Le principe de fraternité dégagé par le Conseil constitutionnel laisse imaginer des glissements divers et variés qui peuvent, à terme, réinterroger la manière d'appréhender la protection *lato sensu* des droits et libertés. Une sorte de boîte a été ouverte qu'il convient d'exploiter avec précaution et parfois audace. Ce subtil mélange n'est pas facile à atteindre, tout en étant primordial. Tel est sans doute le sens de plusieurs allégations du Conseil constitutionnel dans sa décision en date du 6 septembre 2018, où il invoque le PVC de fraternité ainsi que sa décision de juillet 2018¹⁴. D'aucuns pourraient céder à la tentation du pessimisme - et donc d'entrevoir la fraternité comme un principe purement *médiatique* -, mais nous préférons rester vigilants en admettant que le juge constitutionnel français tente simplement et spontanément de canaliser le jeu de l'interprétation de ce principe. Au contraire, il appert que la fraternité a encore de beaux jours devant elle. Une chose reste néanmoins sûre, la consécration de la valeur constitutionnelle de la fraternité constitue un "tournant" dans la protection constitutionnelle des droits et libertés, ainsi que dans la représentation de la justice constitutionnelle en France. L'on ne voit pas ce qui pourrait arrêter sa course frénétique et sa diffusion dans toutes les sphères de protection des droits et libertés.

Il est dorénavant loin le temps où la fraternité n'était qu'un mot dont la seule originalité était de figurer sur le frontispice de toutes les mairies de France...

Thomas Escach-Dubourg
Doctorant contractuel à l'IMH

1 M. Borgetto, « Sur le principe constitutionnel de fraternité », *RDLF* 2018 [en ligne], chron. n°14.

2 CEDH, 5^e Sect., 10 novembre 2011, *Mallah c. France*, n°29681/08, §§40-41.

3 CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n°30696/09, §§249-250 ; CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n°29217/12.

4 Des signaux pertinents : CEDH, 25 janvier 2018, *J.R. et autres c. Grèce*, n°22696/16, §§136-137.

5 CEDH, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, n°21439/93, §28.

6 Comité européen des droits sociaux, 8 septembre 2004, *F.I.D.H. c. France*, réclamation collective n°14/2003.

7 Comité européen des droits sociaux, 1^{er} juillet 2014, *C.E.C. c. Pays-Bas*, réclamation collective n°90/2013, §137.

8 *Ibid.*, §138.

9 Et c'est ce que soutient le Conseil constitutionnel dans son commentaire de la décision du 6 juillet 2018 : « *La mise en évidence de cette liberté n'épuise pas nécessairement le contenu du principe de fraternité, qui pourra éventuellement trouver d'autres applications à l'avenir* » (p. 19).

10 M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 619 et s.

11 Rapport du Conseil constitutionnel rendu à l'occasion du 3^{ème} congrès de l'Association des cours constitutionnelles [En ligne], Ottawa 2003, p. 259.

12 Une remarque, formulée avant la décision *Cédric H.*, brille encore par son actualité : J.-H. Robert, « Fraternité », *Droit pénal* n° 7-8, Juillet 2018, comm. 129 : « *Sa réponse [du Conseil constitutionnel] devra être prudente, de peur d'ébranler beaucoup de codes et lois, à commencer par l'article 544 du Code civil (...). On peut aussi frémir à la pensée de ce qui arriverait au Code de la sécurité intérieure au Code monétaire et financier et au Code de commerce si on les passait au crible de la fraternité* ».

13 CE, 9 juillet 2003, *Association AC confluent*, n°229618 ; CAA de Nantes, 7 juin 2017, n° 15NT03551.

14 Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, §§102-109.