

■ Dans une décision rendue vendredi dernier, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'une aide désintéressée au « séjour irrégulier » ne saurait être passible de poursuites. Il a reconnu la « fraternité » comme un principe constitutionnel, au nom de l'article 2 de la

Déclaration des droits de l'homme et en référence au préambule de la Constitution et de son article 72-3. Pour la constitutionnaliste Anne-Marie Le Pourhiet, cette décision lamine l'État de droit démocratique. Notre chroniqueur Mathieu Bock-Côté rapproche cet activisme judiciaire de celui qui s'exerce au Canada, où la judiciarisation du politique s'étend toujours plus loin sous l'action de la Cour suprême.

Fraternité avec les migrants illégaux : le coup d'État du Conseil constitutionnel

L'on se souvient de la tonalité messianique de la campagne présidentielle de Ségolène Royal en 2007 où la candidate

de la gauche scandait le slogan : « Fra-ter-ni-té ! » Mais l'on ne s'attendait certainement pas à voir le Conseil constitutionnel, habituellement prudent et mesuré dans le contrôle des prérogatives régaliennes d'une V^e République d'inspiration césariste, se lancer à son tour dans la « bravitude » niaise en torpillant soudainement des dispositions législatives réprimant la complicité d'entrée et de séjour irréguliers sur le territoire français à l'aide d'arguments préchi-prêcha plus inspirés du pape François que du général de Gaulle.

Le juge constitutionnel a trahi sur au moins trois points la lettre et l'esprit de la Constitution qu'il est chargé d'appliquer : d'une part, la fraternité n'a jamais eu la moindre définition ni donc de contenu normatif ; d'autre part, elle n'a jamais évidemment concerné que les citoyens de la nation française réunis en « fratrie » symbolique ; enfin, l'article 2 de la Constitution distingue soigneusement la « devise » de la République de son « principe » qui n'est pas du tout celui que le Conseil constitutionnel prétend consacrer.

En premier lieu, l'article 2 de la Constitution dispose simplement que la devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ». À l'inverse de la liberté et de l'égalité qui font l'objet de nombreuses autres dispositions constitutionnelles essentielles, la fraternité ne figure que dans cette devise seulement répétée à l'article 72-3 dans une formule néocoloniale désuète indiquant que « la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». C'est à

Robespierre que l'on doit la première formulation de la trilogie qu'il proposait, dans son discours du 5 décembre 1790, d'inscrire sur la poitrine des gardes nationales. On retrouve la formule badigeonnée et « enrichie » en 1793 sur les murs de Paris : « Unité et indivisibilité de la République. Liberté, Égalité, Fraternité ou la mort ». Elle réapparaît encore durant la révolution de 1830 mais c'est en 1848 qu'elle devient officielle.

La définition et la nature exacte de la fraternité ont toujours posé problème et en font incontestablement le « maillon faible » de la trilogie. L'usage révolutionnaire du terme était de nature familiale, axé sur l'appartenance nationale et la commune ascendance.

Voilà maintenant que le Conseil constitutionnel se met à dérailler, dans une incompréhensible surenchère, vers l'activisme judiciaire « abbé-pierriste », au moment même où l'exaspération monte de toutes parts à l'égard du « gouvernement des juges »

La Constitution de 1791 indiquait ainsi dans son titre 1^{er} : « Il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens et les attacher à la Constitution, à la patrie et aux lois. » L'article 301 de la Constitution de l'an III reprend la même disposition. La vocation civique initiale du mot est donc évidente, il s'agit d'exalter une vertu citoyenne par une mémoire partagée. La fraternité est précisément ce qui distingue les citoyens des étrangers dans le cadre du nationalisme révolutionnaire.

C'est dans la Constitution de 1848 que le terme entre officiellement dans la trilogie avec, cette fois, une inspiration issue du rapprochement des forces républicaines et du christianisme social (les « curés rouges ») plus axée vers la charité et le solidarisme. La fraternité devait suppléer le « droit au travail » que l'on avait retiré du projet de Constitution et qui fit l'objet de discussions longues et

passionnées. L'entraide et l'assistance « fraternelles » sont mentionnées à deux reprises dans le préambule de la Constitution de 1848 et se confondent en réalité avec la solidarité nationale. Sous la III^e République, il avait d'ailleurs été question de remplacer effectivement la fraternité, jugée trop sentimentale et chrétienne, par la solidarité.

L'on ne saurait nier que la fraternité a toujours « juré » un peu à côté de la liberté et de l'égalité. Celles-ci sont considérées par les révolutionnaires comme consubstantielles à l'humanité puisque les hommes « naissent » libres et égaux en droits. Ce sont des principes, des postulats premiers, des droits plus naturels que positifs. La fraternité,

conçue comme l'amour indistinct de ses concitoyens, relève au contraire de l'affectif, donc du vœu pieux purement moral. On comprend donc que l'inspiration chrétienne de la fraternité de 1848 ait agacé certains

républicains authentiques et il faut bien admettre que les discours sur ce thème ont toujours peiné à s'extraire du préchi-prêcha compassionnel et moralisateur et à fournir des arguments consistants et convaincants.

En second lieu, que ce soit dans la période révolutionnaire, dans la Constitution de 1848 ou à l'article 72-3 de la Constitution actuelle relatif à l'outre-mer, la fraternité n'a jamais expressément uni que les citoyens français appartenant à la « famille » nationale et ne s'étend certainement pas aux étrangers, a fortiori en situation irrégulière, c'est-à-dire entrés ou demeurés sur le territoire français au mépris des lois républicaines. C'est une falsification des principes républicains que de prétendre appliquer la fraternité à l'ensemble du « genre humain » à la façon de l'Internationale socialiste ou de la chrétienté et de décider, comme le fait le Conseil constitutionnel qu'il

« découle » de la fraternité la « liberté » d'aider des étrangers illégaux dans un but humanitaire.

En troisième lieu, si le préambule de la Constitution de 1848 consacrait la fameuse trilogie « Liberté, Égalité, Fraternité » en la qualifiant de « principe », les constituants de 1946 et de 1958 ont, en revanche, délibérément changé la donne en spécifiant formellement, dans leurs articles 2 respectifs, que la trilogie n'est plus que la « devise » de la République tandis que son « principe » est désormais « Gouvernement du peuple, pour le peuple et par le peuple ». Le Conseil constitutionnel a donc délibérément triché avec le texte constitutionnel en affirmant qu'il « découle » de la devise que la fraternité est un « principe » à valeur constitutionnelle. C'est de l'inversion terminologique pure et simple. Le Conseil feint d'ignorer que c'est la souveraineté populaire qui est le principe normatif fondateur de la République et que ce principe lui interdit précisément de faire prévaloir ses interprétations idéologiques subjectives sur la volonté générale exprimée par le peuple français ou ses représentants.

À ce degré de déformation du texte qu'il est censé faire respecter, le Conseil s'assoit sur l'État de droit démocratique au lieu de le défendre. Hubert Védrine pointait récemment à juste titre la responsabilité des juges nationaux et européens dans l'impuissance nationale à maîtriser l'immigration, visant essentiellement le Conseil d'État et les Cours de justice de Luxembourg et de Strasbourg. Voilà maintenant que le Conseil constitutionnel se met aussi à dérailler, dans une incompréhensible surenchère, vers l'activisme judiciaire « abbé-pierriste », au moment même où l'exaspération monte de toutes parts à l'égard du « gouvernement des juges ». Il ne faut dès lors pas s'étonner de voir fleurir les propositions de réforme de l'institution.

* Professeur de droit public à l'université Rennes-I. Vice-présidente de l'Association française de droit constitutionnel.



ANNE-MARIE LE POURHIET *

La professeur de droit public analyse la décision des Sages de mettre fin au délit de solidarité, qu'elle juge irresponsable.

La réinvention du despotisme éclairé

Depuis une dizaine d'années, le Québec a amplement débattu du meilleur encadrement possible des accommodements raisonnables. Mais un rappel revenait en boucle : toute tentative de se dégager des contraintes du multiculturalisme fédéral ne passerait pas le « test des tribunaux » qui démonteraient la loi québécoise au nom de la Constitution canadienne. C'est en partie pour cela que le présent gouvernement québécois s'est contenté, avec la récente loi 62, d'un cadre minimaliste rendant obligatoire le fait d'offrir et de recevoir les services publics à visage découvert sans pousser plus loin la quête de la laïcité. Mais c'était encore trop. Fin juin, un juge de la Cour supérieure du Québec a invalidé pratiquement le cœur de la loi sous prétexte qu'elle serait discriminatoire à l'endroit des musulmanes en niqab. Cette décision n'est pas surprenante, toutefois, si on tient compte de la transformation de la culture politique canadienne depuis le milieu des années 1980, qui a basculé dans une dynamique de judiciarisation du politique.

La logique est la suivante : dans une société pluraliste, la souveraineté populaire serait frappée d'obsolescence : elle ne serait rien d'autre que le masque de la tyrannie de la majorité. La figure du peuple elle-même est remplacée par celle de la diversité : la société se présente plutôt comme un rapport de force entre une majorité qu'il faut contenir et des minorités qu'il

faut émanciper. La formule est répétée religieusement : on ne saurait soumettre les droits des minorités aux caprices de la majorité. Prises pour elles-mêmes, les revendications minoritaires, traduites en droits fondamentaux, pourraient se déployer sans entraves. À l'abri des passions populaires, qui pousseraient toujours au populisme, les juges pourraient librement délibérer de la chose commune et des questions les plus sensibles. Cette forme de sagesse suprême prêtée aux tribunaux réactive le fantasme du despotisme éclairé. Pour emprunter le vocabulaire de l'époque, on dira que le Canada a accouché du régime démophile par excellence.

On l'aura compris, le gouvernement des juges ne repose pas seulement sur une extension exagérée du contrôle de constitutionnalité. Les juges ne se voient plus eux-mêmes comme les interprètes, mais comme les producteurs du droit, au nom d'une interprétation créative de ce dernier, ayant peu à voir avec ce qu'on appelait traditionnellement l'intention du législateur. Ils le font au nom de la Charte des droits et libertés inscrits au cœur de la Constitution canadienne, considérée comme une sorte de texte révélé, qui porte une conception radicalisée du droit-de-l'hommeisme. On constate aussi qu'ils font reposer leur compréhension de la société sur la sociologie antidiscriminatoire - c'est en son nom qu'ils entendent remodeler les rapports sociaux selon les exigences de l'égalitarisme multiculturel.

Au rythme où les enjeux collectifs remontent vers eux, les juges étendent leur empire. Les questions les plus fondamentales sont évacuées de la délibération publique. On assiste à un rétrécissement du domaine de la décision

politique légitime, désormais condamnée à une forme de réduction gestionnaire. La rhétorique des droits fondamentaux permet ainsi de prendre des décisions politiques majeures sans avoir à les confronter aux préférences populaires, réduites à des humeurs mauvaises. Quel que soit le gouvernement en place, la Cour suprême le surplombe et peut le rappeler à l'ordre, et toujours, le programme diversitaire se déploie.

Des enjeux liés à la diversité aux salles de shoot en passant par la question du suicide assisté et la reconnaissance de la famille à trois parents, ce sont les tribunaux qui ont le dernier mot et qui exercent la souveraineté. Certains commentateurs ont prétendu que les tribunaux étaient particulièrement activistes dans la mesure où les politiques ne savaient pas suivre le rythme des évolutions sociétales. L'argument est banal : on postule alors que ce sont les mutations sociétales qui doivent commander le droit, et le politique se disqualifie s'il ne sait pas suivre à bon rythme. Le droit devient dès lors un instrument privilégié d'ingénierie sociale pour forcer la transformation d'une société qui, sans les juges, se refermerait et réactiverait les systèmes discriminatoires qu'ils prétendent combattre.

On notera toutefois, comme on vient de le voir aux États-Unis avec la nomination de Brett Kavanaugh à la Cour suprême par Donald Trump, que lorsque l'activisme judiciaire change de camp, une partie du camp progressiste peut se montrer inquiète. On l'a souvent répété ces jours-ci : l'équilibre idéologique de la Cour suprême vient possiblement de basculer. L'histoire des idées nous le rappelle : si une certaine gauche mise sur la supériorité morale des tribunaux

lorsqu'elle désespère d'un peuple jugé réactionnaire, elle peut se montrer méfiante devant l'aristocratie juridique quand le gouvernement des juges risque de se retourner contre le progressisme.

Sans plaquer la situation française sur celle du Canada, on constatera que la tendance au gouvernement des juges a depuis un bon moment traversé l'Atlantique, comme en témoigne la récente décision du Conseil constitutionnel de supprimer le « délit de solidarité » au nom du « principe de fraternité », en limitant considérablement pour l'avenir la possibilité d'œuvrer contre l'immigration clandestine. D'ailleurs, les souverainetés nationales sont déjà très limitées, pour ne pas dire neutralisées, par la Cour européenne des droits de l'homme, qui croit porter une conception transcendante du droit, alors que sa légitimité semble plus incertaine que ne le croient ses partisans.

Le gouvernement des juges correspond à une forme de régime post-démocratique et diversitaire qui repose sur un transfert de souveraineté dissimulé derrière les apparences de la continuité institutionnelle. Le théâtre électoral est maintenu, mais les élus disposent d'un pouvoir de plus en plus fictif. Le gouvernement des juges représente moins la nouvelle étape de la démocratie libérale que son dévoilement. Au nom du déploiement sans fin de la logique des droits, il condamne la possibilité pour un peuple de s'autodéterminer. Il programme l'impuissance du politique, qu'on maquille ensuite en forme supérieure d'humanisme. Pour peu qu'on refuse de naturaliser son avènement et qu'on souhaite restaurer la souveraineté populaire, il faut convenir d'une chose : la question du régime vient de se rouvrir.



DESSINS FABIEN CLAIREFOND

MATHIEU BOCK-CÔTÉ « VENTS D'OUEST »

Pour notre chroniqueur québécois, le Canada constitue l'avant-garde d'un gouvernement des juges hostile à la souveraineté populaire.