



Propos introductifs de

M. Jean-Claude Marin

Procureur général près la Cour de cassation

Colloque « L'ordre public : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation »

Vendredi 24 février 2017

Une nouvelle fois, à l'initiative du Conseil d'Etat et du parquet général de la Cour de Cassation, les deux juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire se sont associées pour organiser un colloque commun, sur un thème partagé.

Après les colloques consacrés successivement à la santé, à la sanction puis à l'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international, nous aborderons ensemble, cette année, le thème de l'ordre public.

Expression du dialogue si utile entre nos juridictions, cette rencontre traduit les liens forts et permanents qui unissent nos Cours, tant nos deux ordres sont unis dans une même fonction cardinale qu'est celle de Justice.

Monsieur le vice-président, permettez-moi de vous remercier de l'accueil que vous avez bien voulu réserver aux magistrats de la Cour, lors de celles des réunions préparatoires à cette manifestation qui se sont tenues au Palais Royal et que j'ai eu le plaisir d'animer avec Madame la présidente Maryvonne de Saint-Pulgent.

Mes remerciements s'adressent également à l'ensemble des personnalités qui ont accepté d'intervenir au cours de ce colloque, et particulièrement à M. Dominic GRIEVE, ancien Attorney Général d'Angleterre et du Pays de Galles, mais aussi aux membres du comité de pilotage des services de nos deux institutions, qui ont œuvré pour que cette manifestation se tienne dans les meilleures conditions.

A l'orée de ce propos, comment ne pas se tourner ici vers Portalis pour qui, je cite :

« *Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême* ». ¹

Cette formule, tel un axiome, prononcée il y a plus de deux siècles, a conservé son intensité et semble n'avoir rien perdu de son actualité.

¹ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844, p. 160.

L'expression « ordre public » s'est imposée en même temps que s'est édifié un monument législatif qui a marqué l'évolution du droit.

En effet, jusqu'à l'adoption du code civil, on parlait plutôt de « droit public » ou de « loi publique » pour désigner l'instrument par lequel était assurée la protection des valeurs fondamentales constituant le socle d'une communauté politique.

Le choix, par les auteurs du Code civil, de la formule « ordre public », participait à la vision autoritaire, notamment défendue par Portalis, des rapports entre l'Etat et la société, mais révélait aussi, par anticipation, la place prépondérante qu'elle allait prendre dans notre système politique et juridique.

L'émergence de l'ordre public administratif et l'avènement de l'ordre public constitutionnel, en sont la parfaite illustration.

Pourtant, l'étude du concept, consubstantiel à l'Etat comme forme politique spécifique, n'est pas seulement l'apanage des publicistes.

L'ordre public relève aussi du droit civil² et du droit pénal, droit de l'ordre public par excellence.

De même, le concept de l'ordre public dépasse l'entité étatique *stricto sensu* et ne saurait en effet être envisagé sans prendre en compte la pluralité des environnements normatifs dans lesquels il évolue.

Sa dimension supranationale, à travers les droits européens et le droit international auxquels notre droit est assujéti, est devenue essentielle.

Par ailleurs, la variété des domaines dans lesquels il se développe, renforce sa dimension en quelque sorte hétéroclite.

Il existe ainsi un ordre public économique, comme il existe un ordre public financier, un ordre public social, voire un ordre public écologique.

Toutefois, au-delà de la diversité de ses sources et de ses manifestations, ne devrait-on pas parler des « ordres publics », et non de l'ordre public ?

Mais, quoi qu'il en soit, la nécessité impérieuse de l'ordre public lui assure une place particulière dans notre système juridique qui explique en partie son « impérialisme » dans le discours juridique contemporain.

En effet, si le thème est récurrent, la Cour de cassation lui avait notamment consacré l'étude de son rapport annuel en 2013, il reste inépuisable, car entouré de difficultés conceptuelles constantes, tant la notion paraît indéterminée, insaisissable, voire changeante.

A cet égard, Josserand pouvait très justement affirmer, je cite, que *“les notions d'ordre public sont aussi vagues que fondamentales”*³.

Cette affirmation, qui s'impose comme le point de départ de toute réflexion scientifique sur le sujet, met aussi l'accent sur la fonction éminente du concept : l'ordre public remplit toujours une fonction de structuration et de maintien de l'organisation sociale, protégeant à la fois l'individu, y compris contre lui-même, et la collectivité tout entière.

Il reste que ce concept offre des potentialités illimitées. L'ordre public est mouvant, façonné par le législateur et par le juge, et modelé par les évolutions des systèmes politiques et juridiques dans lesquels il s'épanouit.

² L'article 6 du code civil dispose : *“On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs”*

³ Josserand, cité in P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, thèse, Montpellier, 1959, LGDJ ; 1962, p.3.

Ce constat explique aussi largement l'attrait qu'il continue de susciter, et, pour reprendre l'intitulé de ce colloque, l'intérêt de « regards croisés » de nos deux ordres juridiques.

Les questions qu'il pose sont en effet multiples.

Ainsi l'ordre public, caractérisé par le triptyque traditionnel – sécurité, salubrité, tranquillité publiques⁴ – ne se limite plus selon la formule d'Hauriou⁵ à un ordre « matériel et extérieur », ou selon celle de Bernanos à « l'ordre dans la rue », conception qu'il trouvait d'ailleurs « hideuse »⁶. Il s'est progressivement élargi à des éléments que la doctrine qualifie volontiers d'immatériels.

Moralité publique, dignité de la personne humaine⁷ et valeurs essentielles de la société française⁸, trahissent l'élargissement de la notion d'ordre public.

Si l'on considère que la société n'est pas réductible aux individus qui la composent, l'ordre public immatériel peut aussi être considéré comme un ordre public sociétal, dans lequel les individus ont, non seulement des droits, mais sont aussi débiteurs d'obligations envers la société, parmi lesquelles figurent les exigences minimales de la vie en société⁹.

Par ailleurs, l'immatérialité de l'ordre public, nous invite à nous interroger sur le sens que cette notion revêt dans notre société contemporaine, où une partie de nos rapports sociaux sont dématérialisés.

Comme le remarque le professeur Delvolvé, « l'immatériel s'insère dans l'ordre public, il peut en être l'objet, plus encore, il en est constitutif »¹⁰.

S'agissant de l'ordre public social, il faudra évidemment évoquer les bouleversements qui ont affecté, ces dernières années, l'organisation hiérarchique des normes par la volonté de contractualiser le droit du travail et de privilégier, dans cet élan, les accords de niveau inférieur, telles les conventions collectives et les accords d'entreprise, y compris in non favorem ou accords dérogatoires.

L'ordre public économique se limite-t-il au seul ordre concurrentiel et, dans la mondialisation, peut-on encore le concevoir dans le cadre de l'Etat, voire de l'Europe?

Trop souvent restreint à la concurrence dans le discours juridique sur l'économie de marché, l'ordre public économique doit encore devenir mondial et il paraît nécessaire, dans notre économie désormais globalisée, que l'Etat et l'Union européenne puissent trouver des relais sur la scène internationale, pour assurer une protection plus efficace de l'ordre public économique.

⁴ Il s'agit du sens traditionnel de l'ordre public, défini à l'article L.2212-2 du Code général de l'activité territoriale, et reconnu tant par le juge administratif, que par le Conseil constitutionnel (CC, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure).

⁵ Hauriou estimait que l'ordre public se résume à « l'ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, état de paix opposé à l'état de trouble ». Selon lui, « pour la police, mérite d'être interdit tout ce qui provoque du désordre, mérite d'être protégé ou toléré tout ce qui n'en provoque point... ». M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1933, spéc. p.549.

⁶ Bernanos, dans *Les grands cimetières sous la Lune*, écrit : « Il y a une solidarité des hommes d'ordre. Je ne la déplore pas. Je déplore qu'elle se soit constitué sur une équivoque inhumaine, sur une conception hideuse de l'ordre – l'ordre dans la rue. Nous connaissons cette espèce d'ordre depuis l'enfance. C'est l'ordre des pions. »

⁷ CE, 27 octobre 1995, n°136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*. Dans ce célèbre arrêt, le Conseil d'Etat érige en une composante de l'ordre public, le respect de la dignité humaine, nonobstant toute circonstance locale particulière.

⁸ CE, 27 novembre 2013, n°365587, *Aberkane*. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a estimé justifié le décret s'opposant à l'acquisition de la nationalité française, pour défaut d'assimilation, par une personne qui « refuse d'accepter les valeurs essentielles de la société française et notamment l'égalité entre les hommes et les femmes ».

⁹ *Cons. const., déc. 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, concernant la Loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas borné à mentionner le danger pour la sécurité publique que peut constituer les pratiques de dissimulation du visage ; déclarant qu'elles « méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ».

¹⁰ Pierre Delvolvé, « L'ordre public immatériel », *Revue Française de Droit Administratif*, 2015, p.890 et s.

Quelles sont, enfin, dans le pluralisme des systèmes juridiques et la superposition des normes, les interactions et influences entre les droits européens d'une part, et le droit français d'autre part, quant à la conception et au contenu de l'ordre public ?

Ne faut-il pas dépasser la vision d'un ordre public communautaire centré sur la sauvegarde des principes nécessaires à l'intégration économique, sous peine de méconnaître l'évolution du concept mais aussi l'extension des objectifs assignés à l'Union ?

Le maintien de l'ordre public national, manifestation de la souveraineté de l'Etat, est-il véritablement une compétence réservée des Etats membres, comme cela est souvent présenté ?

En effet, l'étude du droit de l'Union et de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg montre que, si la préservation de l'ordre public constitue encore une mission fondamentale des Etats membres, l'invocation de cet ordre public national comme exception à l'exercice des libertés conférées par les traités, est interprétée de manière stricte par la Cour de Justice.

C'est pourquoi, il faut sans doute s'interroger sur les effets de l'encadrement de l'ordre public, c'est-à-dire sur la pertinence et la qualité des moyens mis en œuvre par les Etats pour le préserver.

Les questions, nous le voyons, sont multiples, mais à travers elles, la dimension éminemment actuelle de l'ordre public se pose avec évidence. Il n'aura échappé à aucun d'entre nous, que nous vivons désormais dans un véritable « climat d'ordre public », amplifié il est vrai depuis deux ans, par les attentats qui ont frappé la France et ses voisins.

La menace terroriste nécessite, en même temps qu'elle les justifie, des mesures de police - perquisitions administratives ou assignations à résidence - nécessairement attentatoires aux droits et aux libertés. Depuis sa déclaration, l'état d'urgence a été prorogé à trois reprises par des lois successives qui confient le contrôle de ces mesures au juge administratif, devenu juge naturel de cet état d'exception.

Considérer que le juge administratif ne serait pas protecteur des droits fondamentaux n'a aucun sens, tant ce dernier a su construire - et c'est là tout son génie - un droit administratif équilibré entre la protection de l'intérêt général et la protection des droits des individus. Le récent renvoi au Conseil constitutionnel, par le juge des référés du Conseil d'Etat, d'une QPC portant sur le dispositif prévu par la loi du 19 décembre 2016, en témoigne¹¹.

En outre, l'ordre public ne peut s'imposer que dans la limite du principe de proportionnalité, que le juge administratif met en œuvre dans le cadre d'un contrôle attentif et minutieux des mesures de police qui lui sont soumises, notamment au moyen du référé-liberté dont chacun connaît le succès¹².

Dans le même temps, l'action judiciaire garde évidemment toute sa légitimité et son efficacité, celle-ci ayant même été confortée par la loi du 3 juin 2016, qui renforce la lutte contre le terrorisme, loi qui illustre d'ailleurs la complémentarité des polices administrative et judiciaire.

Depuis deux ans, les lignes ont, sans aucun doute, bougé. Le regard sur l'ordre public a changé.

S'il s'est longtemps organisé autour d'un face-à-face entre l'Etat et la société, l'ordre public traduit aussi aujourd'hui la quête, par nos concitoyens, dans un monde dont ils perçoivent les menaces, d'une protection supérieure par une intervention étatique préservant la sécurité de chacun, mais aussi les valeurs républicaines qui fondent notre pacte social.

Par-delà sa conception classique, c'est aujourd'hui un « ordre public républicain » qui semble s'imposer, pour préserver cette belle idée du « vivre-ensemble ». Cette approche axiologique ne doit toutefois pas nous éloigner de certaines interrogations juridiques légitimes.

¹¹ CE, ord. du 16 janvier 2017, *M.A...*, n° 406614.

¹² CE, ordonnance du 22 janvier 2016, n° 396116, *M.B.*, dans laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat suspend une mesure d'assignation à résidence insuffisamment justifiée.

Selon certains esprits, le droit serait nécessairement faible face à l'état d'urgence, tant ce régime, doté de pouvoirs exceptionnels, relèverait du fait politique. C'est cependant oublier que l'organe déterminant reste le juge, je veux dire les juges, et l'institution essentielle, la Loi, tous deux composantes fondamentales de l'Etat de droit.

La réflexion sur le risque de voir se pérenniser des mesures de haute police, soulevée tant par le Conseil d'Etat que par la Cour de cassation, doit dès lors se poursuivre. La menace terroriste est certes imminente, la sécurité des Français obsédante, mais l'état d'urgence doit demeurer un état temporaire et ponctuel, justifié par les circonstances et les faits.

Arrivé au terme de ces propos, il me paraît encore nécessaire de défendre la nécessité de l'ordre public, en tant qu'intérêt supérieur de la société et de l'Etat.

Chateaubriand n'écrivait-il pas, je cite, que de « *Deux hommes égaux en génie, dont l'un prêche l'ordre et l'autre le désordre, le premier attirera le plus grand nombre d'auditeurs* »¹³.

Si ces mots trouvent, en ces temps troublés, une résonance particulière et révèlent le rôle fédérateur de l'ordre public, c'est sans doute parce qu'il constitue ce que le professeur Guillaume Drago appelle l'« *horizon de l'Etat légal* »¹⁴.

L'horizon décrit la ligne séparant le ciel de la terre, comme l'ordre public distingue ce qui est permis de ce qui est interdit. Ligne de séparation certes, mais aussi ligne de rencontre, à l'instar de l'ordre et de la liberté qui ne peuvent être dissociés.

Parler de l'un, c'est nécessairement évoquer l'autre, car si l'ordre public peut être un instrument de restriction des libertés, il est aussi, et nécessairement, celui de leur garantie.

Je vous remercie.

Jean-Claude Marin

¹³ *Mémoires d'Outre-tombe*, Tome VI, p. 29.

¹⁴ Cour de cassation, *Rapport annuel 2013*, Paris, 2014, La documentation française, p. 91.