

UNIVERSITE DE POITIERS

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES

MASTER II — DROIT ET ADMINISTRATION PUBLICS

2017-2018

**EXTENSION ET MUTATION DE LA NOTION  
D'ORDRE PUBLIC EN MATIÈRE DE POLICE  
ADMINISTRATIVE**

Mémoire pour le  
Master II — Droit et Administration Publics  
soutenu le 23 mai 2018  
par

**Romane MONDONNET**

DIRECTEUR DU MEMOIRE

**François BRENET**

*Professeur de droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers*

*Co-directeur de l'Institut de Droit Public (IDP-EA n°2623)*

*Directeur du master II professionnel « Marchés publics et Partenariats public-privé »*

MEMBRES DU JURY

**François BRENET**

*Professeur de droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers*

*Co-directeur de l'Institut de Droit Public (IDP-EA n°2623)*

*Directeur du master II professionnel « Marchés publics et Partenariats public-privé »*

**Antoine CLAEYS**

*Professeur de droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers*

*Membre de l'Institut de Droit Public (IDP-EA n°2623)*

**EXTENSION ET MUTATION DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN MATIERE DE POLICE  
ADMINISTRATIVE**

**Résumé**

En droit français, on distingue deux sortes de polices : administrative et judiciaire. Cette dernière a pour but de sanctionner les infractions pénales, alors que la police administrative, elle, a pour fonction le maintien ou le rétablissement de l'ordre public. Traditionnellement, ce dernier était défini sur la base de la trilogie municipale comme étant un ordre « matériel et extérieur ». Aujourd'hui, cette définition classique est remise en cause. Les mesures de police ne poursuivent plus uniquement des fins de sécurité, de salubrité, ou de tranquillité publique. Le juge administratif a en effet ajouté deux composantes immatérielles à la définition matérielle de l'ordre public : la moralité publique et la dignité de la personne humaine. L'ordre public semble donc s'être transformé pour devenir un ordre de valeurs. Préciser les contours et les limites de ce nouvel ordre public, s'il existe bien, est donc d'une importance capitale, car il présente le risque sérieux de verser dans l'ordre moral.

**Mots-clés**

Droit Administratif - Police Administrative - Ordre public - Sécurité publique - Salubrité publique - Tranquillité publique - Moralité publique - Dignité de la personne humaine

**MASTER II RECHERCHE DROIT ET ADMINISTRATION PUBLICS**

Faculté de droit et des sciences sociales — Université de Poitiers

Bâtiment n° E 9 — 43, place Charles de Gaulle — TSA 81100 — 86073 Poitiers cedex 09



*L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce document ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

*A la mémoire de Jean et Janine Mondonnet.*

*Et pour ma mère, et sa part de merveilleux, de rébellion, de bienfaisance.*

*« Je suis de la couleur de ceux qu'on persécute.  
Sans aimer, sans haïr les drapeaux différents,  
Partout où l'homme souffre il me voit dans ses rangs. »*

Alphonse de Lamartine

Toussaint Louverture, Acte II, scène IV.

*Mes premiers remerciements vont à monsieur François Brenet, qui a eu la gentillesse d'accepter de m'accompagner dans ce travail de recherche. Ce mémoire aurait eu bien des difficultés à aboutir sans son encadrement et sa bienveillance.*

*Je veux également adresser mes plus sincères remerciements à l'équipe enseignante du Master II Recherche Droit et Administration Publics. Cette année de recherche fut extrêmement enrichissante, et cela leur est dû pour beaucoup. J'adresse également un salut amical à Sophie Dagonat et Bruno François, et à toute l'équipe de la bibliothèque du centre doctoral, qui a été d'une aide précieuse dans ces recherches. J'ai aussi une pensée pour mes camarades de promotion, avec qui j'ai partagé doutes et réussites.*

*Dans mon parcours, quelques personnes ont pu être une source d'inspiration et souvent des modèles. Je pense ici à Albert Camus, René Char, Paul Eluard, et Bernard Marie Koltès. Je glisse aussi un mot pour Liam et Noel Gallagher, Joel Kinnaman, et Mireille Enos, pour leur soutien virtuel.*

*Mes remerciements sont avant tout pour ceux qui ont été là et grâce qui j'ai pu mener la rédaction de ce mémoire à son terme. Je pense en particulier à ma mère et à mon beau-père, plus globalement à ma famille, pour leur soutien sans faille et sans cesse renouvelé.*

*Enfin, je tiens à remercier quelques amis : Séphora, Clément, Lisa, Camille, Léopoldine, Jonathan, Arthur, et tous ceux que j'oublie, en un mot, vous tous, mes amis « invincibles ».*

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>8</b>
<b>PARTIE I. L'EXTENSION PROGRESSIVE DU CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC .....</b>	<b>24</b>
CHAPITRE I. L'ACCEPTION LARGE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC MATERIEL ET EXTERIEUR.....	26
Section I. La trilogie municipale, socle minimal de l'ordre public .....	26
Section II. La moralité publique, une composante quasi-matérielle de l'ordre public.....	50
CHAPITRE II. L'ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL STRICT DE L'EXTENSION DE L'ORDRE PUBLIC.....	71
Section I. Les limites classiques à la définition de l'ordre public .....	71
Section II. Le refus de consacrer une dimension esthétique ou morale au sein de l'ordre public général.....	81
<b>PARTIE II. LA MUTATION DE L'ORDRE PUBLIC VERS UNE DIMENSION     IMMATERIELLE .....</b>	<b>93</b>
CHAPITRE I. LA CONSECRATION INNOVANTE DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE COMME FONDEMENT DES MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVE .....	95
Section I. La dignité -droit, un concept déjà connu au sein de l'ordre juridique.....	96
Section II. L'admission de la dignité-ordre comme fondement de mesures de police administrative .....	111
CHAPITRE II. L'INFLUENCE DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE SUR LES CATEGORISATIONS FAITES AU SEIN DE L'ORDRE PUBLIC.....	130
Section I. La distinction renouvelée entre ordre public principal et ordre public subsidiaire .....	130
Section II. L'émergence de nouvelles distinctions au sein de l'ordre public.....	143
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>151</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>154</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>159</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>161</b>

## LISTE DES ABREVIATIONS

Ass.....	Assemblée du Contentieux
C.....	Contre
Cass.....	Cour de Cassation
CE.....	Conseil d'Etat
CEDH .....	Cour européenne des droits de l'Homme
CJCE .....	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE .....	Cour de Justice de l'Union Européenne
Cons. Const. ....	Conseil Constitutionnel
Crim.....	Chambre criminelle
DC. ....	Décision de Conformité
Décis. ....	Décision
Ibid. ....	Ibidem
N° .....	numéro
Op.cit. ....	Opus citatum
P. ....	Page(s)
QPC .....	Question Prioritaire de Constitutionnalité
Sect. ....	Section
Suiv. ....	Suivant(s)(e)(es)
Trib. Confl. ....	Tribunal des Conflits

## INTRODUCTION

Il est malaisé de définir l'ordre public. Concept mouvant, flou, casuistique, étudié et connu par tous les juristes, il revêt plusieurs significations et possède plusieurs fonctions. L'unité du concept est donc incertaine. Mais en ce qui concerne l'ordre public qui sert de fondement aux mesures de police administrative, s'il reste difficile d'en donner une définition précise, l'épigramme que nous citons ne manque pas de faire sens.

On ne peut pas évoquer la notion de police administrative sans évoquer l'ordre public. L'inverse est moins vrai, car la notion d'ordre public est utilisée dans d'autres branches du droit. C'est ainsi que sont parfois évoqués des moyens d'ordre public en droit procédural, ou que certains contrats peuvent être frappés de nullité, aussi bien en droit civil qu'en droit administratif, pour des motifs d'ordre public. En droit de la police administrative, cependant, la notion d'ordre public prend un sens particulier. C'est à cet aspect particulier de la notion d'ordre public que sera consacrée cette étude. En conséquence, pour bien comprendre le cadre dans lequel s'inscrit cette notion, nous commencerons par présenter la police administrative elle-même.

Communément, la police administrative est présentée, selon un critère finaliste, comme étant une activité de maintien de l'ordre public<sup>1</sup>. Cela permet de la différencier de deux autres activités.

D'abord, elle est en cela distincte de la police judiciaire, qui a pour but de « constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte »<sup>2</sup>. Cette distinction résulte de l'arrêt *Consorts Baud*<sup>3</sup> du Conseil d'Etat et *Dame Noualek*<sup>4</sup> du Tribunal des Conflits et augure d'une compétence juridictionnelle différente. Les opérations de police judiciaire relèvent logiquement du juge judiciaire, et celles de police administrative, du juge administratif, selon la *summa divisio* classique du droit<sup>5</sup>. Il est vrai que la frontière est parfois poreuse. Une opération de police administrative peut devenir une opération de police judiciaire. C'est par exemple le cas lorsqu'une personne est placée en garde à vue (opération de police judiciaire) après

---

<sup>1</sup> Pour une telle présentation voir : Chapus, René. *Droit administratif général*. Montchrestien, 2005 ; Frier, Pierre-Laurent, et Jacques Petit. *Droit administratif*. LGDJ, 2017 ; Seiller, Bertrand. *Droit administratif*. Flammarion, 2016 ; Waline, Jean. *Précis de droit administratif*, Dalloz, 2016.

<sup>2</sup> Article 14 du Code de Procédure Pénale.

<sup>3</sup> CE, sect., 11 mai 1951, n°2542, *Consorts Baud*, publié au recueil Lebon p. 265 Lorsque nous disposons de l'information nous donnons le numéro de requête et la pagination au recueil Lebon, pour les arrêts cités.

<sup>4</sup> Trib. Confl., 7 juin 1951, n°1316, *Dame Noualek*, publié au recueil Lebon p. 636.

<sup>5</sup> Il existe bien évidemment quelques exceptions légales (contentieux des mesures de police visant les personnes internées d'office) et jurisprudentielles (cas de voie de fait, ou de contrôle des mesures de police administrative du juge judiciaire par voie d'exception).

avoir été placée en cellule de dégrisement (opération de police administrative) <sup>6</sup>. L'inverse est également envisageable. Une opération de police judiciaire peut devenir une opération de police administrative. L'enlèvement du véhicule par la fourrière vise à sanctionner une infraction : c'est donc une opération de police judiciaire. En revanche, sa garde en fourrière vise une finalité de sécurité publique, donc d'ordre public : c'est donc une opération de police administrative <sup>7</sup>. Ajoutons à cela qu'il peut arriver que des opérations de police aient pour but la prévention de certaines infractions pénales <sup>8</sup>. La distinction paraît donc quelque peu artificielle. Mais il est difficile d'adopter un critère organique de distinction, « *car ce sont les mêmes autorités et le même personnel qui agissent selon les cas au titre de la police administrative ou de la police judiciaire* » <sup>9</sup>.

En second lieu, la police administrative est distincte du service public, qui vise la satisfaction de l'intérêt général. Il est vrai que la distinction n'est pas forcément pertinente, l'ordre public pouvant être considéré comme une catégorie particulière de l'intérêt général. On peut donc dire que la police administrative est une catégorie particulière de service public. En témoigne la présentation qu'a pu faire René Chapus de la notion : « *exercer la police administrative, c'est assurer un service public : celui du maintien de l'ordre public* » <sup>10</sup>.

Si une telle présentation soulève des difficultés, elle permet de mettre en évidence le lien étroit qui existe entre police administrative, et ordre public. Il s'agit donc de définir ce concept d'ordre public. Pris mot à mot, l'ordre peut recevoir deux acceptions. Il est à la fois une « *disposition d'éléments, une organisation de leur place dans un ensemble* » <sup>11</sup> et « *l'acte par lequel une autorité supérieure manifeste sa volonté à l'égard de quelqu'un, d'un groupe* » <sup>12</sup>. L'ordre doit donc être envisagé comme un élément d'organisation et de contrainte. S'il est public, il doit être compris comme extérieur, en ce sens qu'il n'a pas un caractère privé. Cela signifie par ailleurs que cet ordre concerne le public, c'est-à-dire l'ensemble des citoyens, ou plutôt, si nous restons dans le cadre du droit administratif, l'ensemble des administrés.

Si on cherche à définir l'ordre public sur le plan juridique, les premières difficultés apparaissent. La notion est connue en droit de l'union européenne : ainsi, les Etats Membres peuvent-ils apporter des restrictions à certaines libertés afin de protéger l'ordre public <sup>13</sup>. Mais l'ordre public ne reçoit pas de définition en droit communautaire, car :

---

<sup>6</sup> Cons. const. 8 juin 2012, décis. n°2012-253 QPC, *M. Mickael D.* [Ivresse sur la voie publique].

<sup>7</sup> CE, 13 janvier 1992, n°116218, *Grasset*, publié au recueil Lebon.

<sup>8</sup> CE, 9 novembre 2015, n°376107, *Ministre de l'Intérieur c. Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les productions de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, publié au recueil Lebon.

<sup>9</sup> Lebreton, Gilles. *Droit administratif général*. Dalloz, 2015.

<sup>10</sup> Chapus, René. *Droit administratif général, op.cit.*

<sup>11</sup> *Le petit Larousse*. 2017.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> CJCE, 4 décembre 1974, n°41-74, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*.

« Les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité [pour définir cet ordre public] »<sup>14</sup>.

C'est donc en droit national qu'il faut rechercher une définition de l'ordre public. Le droit constitutionnel s'y réfère en indiquant de façon très régulière que le législateur doit opérer une conciliation suffisante entre l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est l'ordre public<sup>15</sup> et les droits et libertés que la constitution garantit. Cependant, le Conseil Constitutionnel n'a jamais défini ce qu'il entendait par ordre public. C'est donc bien en droit administratif qu'il faut rechercher cette définition. Un obstacle se présente alors : force est de constater qu'il n'existe pas non plus de définition claire de l'ordre public dans les grands textes législatifs du droit public, et que la jurisprudence du Conseil d'Etat n'en a pas réellement donné de définition substantielle. Pourtant, l'ordre public est mentionné par la loi et la jurisprudence. A ce stade, deux conceptions doctrinales basées sur l'étude du droit positif semblent s'opposer.

En premier lieu, il est possible de retenir une conception *matérielle* de l'ordre public. Elle est issue de la présentation de Maurice Hauriou, qui définissait l'ordre public comme étant « *matériel et extérieur* »<sup>16</sup>. Cette définition conduit à l'assimilation de l'ordre public à la trilogie municipale, qui est issue de l'article 97 de la loi municipale de 1884 et qui est ensuite devenu l'article L.131-2 du code des communes<sup>17</sup>. Aujourd'hui, c'est sur la base du premier alinéa de l'article L.2212-2 du code

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Cons. const., 27 juillet 1982, décis. n° 82-141 DC, *Communication audiovisuelle*.

<sup>16</sup> Hauriou, Maurice, et al. *Précis de droit administratif et de droit public*. Reproduction en fac-similé de la 12e éd. revue et mise à jour, Dalloz, 2002.

<sup>17</sup> Dans sa rédaction issue du code des communes, l'article L.131-2 dispose :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment :

1. Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoyage, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine, l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou autres parties des édifices qui puisse nuire par sa chute ou celle de rien jeter qui puisse endommager les passants ou causer des exhalaisons nuisibles ;

2. Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits, y compris les bruits de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique.

3. Le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics ;

4. Le mode de transport des personnes décédées, les inhumations et les exhumations, le maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières, sans qu'il soit permis d'établir les distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt, ou des circonstances qui ont accompagné sa mort ;

5. L'inspection sur la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids ou à la mesure, et sur la salubrité des comestibles exposés en vente.

6. Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents

.../...

général des collectivités territoriales que l'on établit l'existence de la trilogie municipale : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ». La doctrine résume ce premier alinéa dans le fameux triptyque sécurité, salubrité et tranquillité publiques. La conception matérielle de l'ordre public pose plusieurs difficultés.

D'abord, elle présente le défaut majeur d'assimiler (et donc de réduire) l'ordre public à l'ordre public *général*. *Quid* alors des polices administratives spéciales, qui visent souvent des objectifs qui ne peuvent être résumés par la trilogie municipale ?

Dans le même ordre d'idée, le concept d'ordre public est antérieur à la loi municipale, dont est déduite la trilogie. En effet, la notion apparaît pour la première fois avec l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui concerne la liberté d'expression. Les dispositions de la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790, qui ont inspiré la lettre de la loi du 4 avril 1884, lui sont logiquement antérieures et donnent déjà un pouvoir de police administrative aux préfets (ou plus exactement, aux administrations de département). Au-delà de ces textes révolutionnaires, il paraît difficile d'imaginer que le pouvoir royal, sous l'Ancien Régime, n'ait mené aucune opération de police administrative ou n'ait pas cherché à maintenir ou rétablir l'ordre public, même de façon implicite, lorsque celui-ci était troublé. Le professeur Etienne Picard, commentant l'article 97 de la loi municipale dans sa thèse consacrée à *La notion de police administrative*<sup>18</sup>, relevait que la seconde partie de ce dernier constituait plutôt une liste de manifestations possibles des troubles à l'ordre public qu'une véritable définition de ce que pouvait être ce dernier, ce que semble confirmer la présence de l'adverbe « *notamment* ». Benoît Delaunay<sup>19</sup> rappelait également que les rédacteurs de la loi de 1884 n'avaient inclus le premier alinéa, disposant que : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publique* », qu'à la dernière minute, sur l'insistance du député Peulevey. Se pose alors une question, qui est de savoir si ce premier alinéa, dont on fait découler la trilogie municipale, n'aurait pas, lui aussi, une simple valeur d'exemple.

Ici apparaît une troisième difficulté. En admettant même que l'article 97 de la loi municipale ait bien défini l'ordre public, il n'est pas évident qu'il consacre en tant que telle la trilogie municipale

---

naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pouvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure ;

7. Le soin de prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les aliénés dont l'état pourrait compromettre la morale publique, la sécurité des personnes ou la conservation des propriétés ;

8. Le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces ;

9. Le soin de réglementer la fermeture annuelle des boulangeries, lorsque cette fermeture est rendue nécessaire pour l'application de la législation sur les congés payés, après consultation des organisations patronales et ouvrières, de manière à assurer le ravitaillement de la population.

La police municipale des communes riveraines de la mer s'exerce sur le rivage de la mer jusqu'à la limite des eaux ».

<sup>18</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984.

<sup>19</sup> Delaunay, Benoît. « Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ? » *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 15, 2012, p. 2112.

comme résumant l'ordre public. Cette dernière n'est en effet qu'une construction doctrinale qui ne correspond que pour deux éléments (la salubrité et la sécurité) à la lettre de la loi. La tranquillité n'apparaît qu'au deuxième alinéa de l'article L. 2212-2. De plus, le premier alinéa fait mention du « *bon ordre* », ainsi que de la « *sûreté* », composantes qui ne sont pas reprises par la trilogie municipale, et qui ne cessent de poser question. D'autres modèles de trilogie ont par ailleurs été proposés par la doctrine. Pierre-Henri Teitgen étudiait par exemple dans sa thèse de 1934 la sécurité et la salubrité publiques, ainsi que le bon ordre public, dans lequel il rassemblait la moralité et la tranquillité publique<sup>20</sup>. L'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales n'est pas d'un grand secours. Il évoque en effet une liste de composantes ne recoupant que partiellement la trilogie municipale. Ainsi le préfet dispose en vertu du premier alinéa de cet article d'un pouvoir de substitution aux autorités de police municipales en cas d'inaction de ces dernières pour assurer « *[le] maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques* ». Quant au pouvoir propre de police du préfet, il concerne « *[...] les mesures relatives à l'ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, dont le champ d'application excède le territoire d'une commune* ». Il est donc difficile de confirmer que la trilogie municipale recouvre exactement la globalité de l'ordre public matériel et extérieur sur la base des dispositions législatives les plus souvent invoquées pour affirmer l'existence de celui-ci.

Enfin, sur le plan théorique, la conception matérielle de l'ordre public présente le défaut majeur de ne pas répondre à certaines questions qui sont pourtant essentielles. Jacques Petit résume de façon particulièrement claire cette dernière insuffisance :

« La définition matérielle de l'ordre public [...] revient à constater qu'à un moment donné tels impératifs d'intérêt général sont regardés comme d'ordre public. Mais, par elle-même, elle ne répond pas aux questions décisives : pourquoi l'ordre public comprend-il ces impératifs et pas d'autres et, surtout, que signifie l'appartenance à l'ordre public ? »<sup>21</sup>.

Pour pallier l'insuffisance de cette conception matérielle, il est possible d'adopter, en second lieu, une conception *fonctionnelle* de l'ordre public. Celle-ci a été théorisée en grande partie par Etienne Picard, dans sa thèse *La notion de police administrative*<sup>22</sup>, rejoint partiellement par le professeur Jacques Petit<sup>23</sup>. Elle nous semble partir du constat de l'apparente opposition entre les libertés, et l'ordre public, qui justifie les mesures de polices et de la lecture des arrêts *Baldy*<sup>24</sup> (et plus particulièrement des conclusions du commissaire du gouvernement Corneille) et *Benjamin*<sup>25</sup> du Conseil d'Etat. Tout d'abord, il faut commencer par dire que la police administrative régit et encadre des activités au nom du respect de l'ordre public : elle peut interdire ou conditionner, selon les cas, leur exercice.

---

<sup>20</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*. Librairie du recueil Sirey, 1934.

<sup>21</sup> Petit, Jacques. « La police administrative », in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif*. Dalloz, 2011.

<sup>22</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative, op.cit.*

<sup>23</sup> A ce titre, voir Petit, Jacques. « La police administrative », in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif, op.cit.*

<sup>24</sup> CE, 10 août 1917, n°59855, *Baldy*, publié au recueil Lebon p. 638.

<sup>25</sup> CE, 19 mai 1933, n°17413, *Benjamin*, publié au recueil Lebon p. 541.

En conséquence, toute mesure prise dans un but d'ordre public est attentatoire aux libertés. Afin de préserver au mieux celles-ci, les mesures de police doivent se cantonner à ce qui est nécessaire, adapté, et proportionné. C'est le sens des conclusions du commissaire du gouvernement Corneille à l'arrêt *Baldy*, lorsqu'il précise que « *la liberté est la règle, la mesure de police, l'exception* ». Partant, l'opposition est en apparence indiscutable, d'autant que le Conseil d'Etat considère classiquement que l'exercice des pouvoirs de police doit être concilié avec le respect des libertés<sup>26</sup>. Le Conseil Constitutionnel emploie une formule très semblable lorsqu'il examine une disposition législative adoptée à des fins de préservation de l'ordre public<sup>27</sup>.

En réalité, cette opposition n'est que de façade. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs affirmé que « *l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public [est nécessaire] à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle* »<sup>28</sup>. De façon encore plus claire, le Conseil d'Etat a jugé que « *il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté* »<sup>29</sup>. En réalité, l'ordre public et les libertés ne sont pas opposés, ni même simplement complémentaires, mais bien « *consubstantiels* »<sup>30</sup>.

Ce n'est pas réellement une surprise. Déjà, Fénelon avait pu écrire « *la liberté sans ordre est un libertinage qui attire le despotisme* »<sup>31</sup>. L'esprit rousseauiste et les principes du contrat social ne sont pas absents non plus de cette conception. Dans l'état de nature, les Hommes sont pleinement libres. Nul ne borne l'exercice de ces libertés. En conséquence, l'Homme est tenté d'abuser de ces libertés. S'il entre en Société, s'il participe au contrat social, c'est pour instituer une autorité politique qui sera à même de garantir l'exercice de ces libertés. Comment ? En organisant et en limitant les droits de chacun pour éviter que certains n'abusent de leurs droits et privent les autres de ceux-ci. Cette pensée philosophique a notoirement influencé la rédaction de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Son article 4 dispose ainsi que « *l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* ». Or quelles sont ces bornes, sinon l'ordre public qui justifie l'intervention de mesures de police, et la limitation des

---

<sup>26</sup> *Ibid.* Voir également d'autres décisions célèbres : CE, Ass. 19 janvier 1951, n°00590-02551, *Daudignac*, p. 362 ; CE, 12 mars 1968, n°72053, *Ministre de l'Intérieur c. Epoux Leroy*, publié au recueil Lebon p. 179.

<sup>27</sup> Pour quelques exemples récents : Cons. Const., 22 décembre 2015, décisis. n°2015 527 QPC, *M. Cédric D.* Cons. Const., 23 juillet 2015, décisis. n°2015 713 DC, *Loi relative au renseignement.* ; Cons. Const., 24 janvier 2017, décisis. n°606/607 QPC, *M. Ahmed M. et a.* [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République].

<sup>28</sup> Voir pour un exemple récent : Const. Const., 2 mars 2018, décisis. n°2017-693 QPC, *Association de la presse judiciaire* [Présence des journalistes au cours d'une perquisition].

<sup>29</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, n°374508, *Ministre de l'Intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, publié au recueil Lebon.

<sup>30</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative, op.cit.*

<sup>31</sup> Fénelon, *Examen de conscience sur les devoirs de la royauté*, Didot, 1838.

libertés ? C'est en ce sens qu'Etienne Picard peut écrire : « *l'ordre public ne doit pas être conçu comme le tombeau des libertés et des droits, mais comme leur abri même* »<sup>32</sup>.

Ainsi défini, l'ordre public doit être compris comme « *l'état où les libertés s'exercent au mieux* »<sup>33</sup>, ou encore de façon plus précise comme « *tout impératif d'intérêt général qui, à un moment et dans une collectivité donnés, est considéré comme suffisamment important pour justifier une restriction aux droits et libertés dans le dessein d'en mieux garantir l'exercice* »<sup>34</sup>. Reste alors à déterminer si l'ordre public général et l'ordre public spécial peuvent recevoir la même définition. A une échelle générale, on peut retenir la même définition fonctionnelle, puisqu'il s'agit dans les deux cas d'organiser l'exercice des libertés. Cependant, Jacques Petit relève avec raison que les deux types d'ordre public relèvent d'une finalité différente. Là où l'ordre public général « *correspond au minimum de conditions qui sont regardées comme strictement indispensables à la jouissance des droits et libertés* »<sup>35</sup>, l'ordre public spécial, lui, entend « *diriger les activités [...] dans un sens supposé être le meilleur pour l'épanouissement des libertés* »<sup>36</sup>. En conséquence, l'ordre public doit être compris comme une fonction d'habilitation, en suivant la thèse d'Etienne Picard. Il est ce qui autorise les autorités de police à agir, de façon implicite pour l'ordre public général, sans qu'un texte ne soit nécessaire, et de façon explicite, puisque défini par le législateur, lorsque ce dernier souhaite déroger à l'ordre public général, pour l'ordre public spécial. Comme c'est le souci de préserver les libertés qui préside à l'adoption de mesures de police générale, celles-ci doivent être nécessaires et proportionnées. Dans le cas de l'ordre public spécial, l'équilibre est déplacé : c'est au législateur de déterminer quelles mesures sont nécessaires et proportionnées.

On pourrait considérer que ces deux définitions suffisent et que tout a été dit sur l'ordre public en matière de police administrative, et par de plus éminents auteurs que nous. De Pierre-Henri Teitgen<sup>37</sup> à Etienne Picard<sup>38</sup>, de grandes thèses jalonnent l'étude de la police administrative. La notion d'ordre public est elle aussi bien connue. Nous ne pouvons que recommander la lecture des thèses de Paul Bernard<sup>39</sup> ou de Marie-Caroline Vincent-Legoux<sup>40</sup> en la matière, et celle, plus récente, de Marie-Odile Peyroux-Sissoko<sup>41</sup>.

---

<sup>32</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative, op.cit.*

<sup>33</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative ». *Revue française de droit administratif*, n°5, 2015, p. 876.

<sup>34</sup> Petit, Jacques. « Le contrôle juridictionnel des mesures de par le juge administratif », in Vautrot-Schwartz, Charles (sous la dir.). *La police administrative, Actes du colloque organisé les 14 et 15 mars 2013 à la Faculté de droit de Nancy par l'IRENÉE de l'Université de Lorraine*, Presses universitaires de France, 2014.

<sup>35</sup> Petit, Jacques. « La police administrative », in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif, op.cit.*

<sup>36</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative », *op.cit.*

<sup>37</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884, op.cit.*

<sup>38</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative, op.cit.*

<sup>39</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962.

<sup>40</sup> Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne*. Presses Universitaires de France, 2001.

<sup>41</sup> Peyroux-Sissoko, Marie-Odile. *L'ordre public immatériel en droit public français*. Paris 1-Sorbonne, thèse soutenue le 27 novembre 2017.

Nous croyons cependant que cette étude vaut la peine d'être menée, pour différentes raisons. En premier lieu, retenir une seule des deux conceptions nous paraît conduire à donner une vision faussée de l'ordre public. Trop s'attacher à la fonction de celui-ci, c'est lui donner une définition trop théorique et trop générale, qui est inopérante en pratique. Savoir que l'ordre public a pour fonction d'organiser les droits et libertés ne nous semble pas constituer un caractère totalement opérant pour déterminer dans quels cas une mesure de police peut être prise. En revanche, retenir une conception purement matérielle de l'ordre public présente, nous l'avons dit, le désavantage d'exclure les ordres publics spéciaux de la définition de l'ordre public. Qui plus est, si elle se centre sur la trilogie municipale, cette conception matérielle ne peut même pas suffire à résumer l'ordre public général. De plus, il nous semble que les deux visions sont liées, et que l'évolution du champ matériel de l'ordre public influe profondément sur sa définition fonctionnelle. L'un des objectifs de cette étude est donc de démontrer cette influence en observant le mouvement d'évolution qui court au sein de l'ordre public depuis le milieu des années quatre-vingt-dix, et plus particulièrement au sein de la définition matérielle de l'ordre public général. Cependant, afin de mener l'étude la plus complète possible sur la notion, nous tenterons également d'étudier au mieux l'ordre public spécial. Nous rappellerons de loin en loin sa conception fonctionnelle qui permet de mieux comprendre en quoi la définition de l'ordre public, pris dans son ensemble, a évolué.

Il ne nous semble pas possible de comprendre la notion d'ordre public sans évoquer sa conception matérielle et extérieure. En matière de police administrative et plus particulièrement d'ordre public, il est parfois utile de se souvenir de la formule du poète américain Charles Wright : « *Ce qui dure est ce par quoi on a commencé* »<sup>42</sup>. L'ordre public évolue, mais la trilogie municipale ne disparaît pas pour autant de sa définition. Cependant elle reste souvent laissée de côté par les études récentes sur la police administrative et l'ordre public. Peu d'articles et d'ouvrages sur la notion d'ordre public s'y attardent, assénant parfois simplement que l'ordre public est matériel et extérieur en reprenant la formule de Maurice Hauriou, et mentionnant l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales adopté en continuité de la loi municipale. Cela fait finalement assez peu : à notre connaissance, la dernière grande étude de l'ordre public évoquant en détail la trilogie municipale est celle de Marie-Caroline Vincent-Legoux, parue en 2001. La dernière grande étude consacrée à l'ordre public, c'est-à-dire la thèse de Marie-Odile Peyroux-Sissoko, soutenue en 2017, ignore, elle, du fait de son sujet même, la dimension matérielle de l'ordre public.

Nous pouvons comprendre pourquoi la trilogie est assez peu mentionnée dans les études récentes. Il s'agit d'une notion réputée moins pathogène et moins polémique que des concepts comme la dignité de la personne humaine ou encore la moralité publique, aussi bien pour les universitaires que pour le juge administratif ou les autorités de police administrative. En effet, il est à l'évidence plus facile d'établir ce qui constitue un trouble à la sécurité, à la tranquillité, ou à la salubrité publique que ce qui caractérise une atteinte à la moralité publique ou à la dignité de la

---

<sup>42</sup> En anglais : « *What lasts is what you start with* ». Wright, Charles. (1988) « A journal of southern rivers », *The New Yorker*, 4 juillet, p.88.

personne humaine. A titre d'exemple, empêcher l'accès à une jetée exposée aux vagues et aux intempéries lors d'une tempête paraît simple en comparaison de l'interdiction de la tenue d'un spectacle au nom de la dignité de la personne humaine, qui suscite immédiatement de nombreuses interrogations pour les autorités administratives.

Cependant, ce « désintérêt » pour la trilogie municipale est contestable. En premier lieu, une notion simple à appréhender - et en réalité, la trilogie municipale est moins simple à définir qu'il n'y paraît - n'est pas obligatoirement synonyme d'absence de polémique, bien au contraire. De plus, certains débats, politiques ou juridiques, qui concernent notamment la législation anti-terroriste <sup>43</sup>, font apparaître de nombreuses problématiques communes entre la sécurité publique et la dignité de la personne humaine. Il est donc possible d'établir une certaine filiation entre la conception traditionnelle de l'ordre public et ses nouvelles composantes et peut-être de mieux comprendre pourquoi ces concepts nouveaux ont pu s'inscrire dans l'ordre public. Par conséquent, s'il ne faut pas sous-estimer les difficultés que peuvent présenter des notions comme la moralité publique ou la dignité de la personne humaine, aussi bien dans leur conception que dans leur application, et que ces notions méritent une étude approfondie, il peut paraître un peu léger d'affirmer leur originalité par rapport à une conception traditionnelle de l'ordre public sans définir cette conception traditionnelle, et sans réfléchir à une éventuelle parenté avec celle-ci. Enfin, déterminer s'il existe une réelle différence entre la trilogie municipale et les autres composantes de l'ordre public ne peut se faire que par comparaison, ce qui implique obligatoirement de définir toutes les composantes de ce dernier.

Il ne faut pas non plus oublier que malgré la consécration de nouveaux concepts qui viennent redéfinir l'ordre public général, ce dernier reste essentiellement matériel et extérieur. Depuis l'intégration de la dignité de la personne humaine à l'ordre public par le juge, soit depuis le 27 octobre 1995, date à laquelle fut rendue la décision *Commune de Morsang-sur-Orge*, 682 arrêts du Conseil d'Etat et des Cours Administratives d'Appel ont concerné des mesures adoptées à des fins de bon ordre, sécurité, de tranquillité, ou de salubrité. Dans le même temps, 38 arrêts des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat seulement ont évoqué des mesures de police administrative fondées sur la dignité de la personne humaine. Face à ce constat, il faut ajouter que 7 d'entre eux se basent sur l'article 1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. De plus, la jurisprudence rendue depuis 2010 en la matière et fondée sur la conception prétorienne de la dignité de la personne humaine tend à démontrer qu'il s'agit d'une « jurisprudence de niche », voire *intuitu personae* puisque sur les 16 arrêts rendus par le Conseil d'Etat et les cours administratives d'appel, la moitié concernent les spectacles de Dieudonné M'bala M'bala <sup>44</sup>. Toujours sur la même période de temps, seulement 23 arrêts font référence à la moralité publique.

---

<sup>43</sup> Et notamment les débats qui ont concerné les différentes lois prorogeant l'état d'urgence et modifiant la loi du 3 avril 1955, ainsi que ceux concernant l'adoption de la loi du 30 octobre 2017 relative à la sécurité intérieure et à la lutte contre le terrorisme.

<sup>44</sup> Toutes les données citées sont issues de [www.legifrance.com](http://www.legifrance.com), et sont à jour à la date du 15 décembre 2017.

Ajoutons dans le même temps, que la trilogie municipale n'a jamais vraiment concerné uniquement les municipalités. Le législateur semble retenir cette conception puisqu'il a donné au préfet, représentant de l'*Etat* dans les collectivités territoriales, outre un pouvoir de police générale par substitution, un pouvoir de police propre reprenant *grosso modo* la trilogie municipale. Par ailleurs, la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790 dispose à l'article 2 de sa section III que :

« Les administrations de département seront encore chargées, sous l'autorité et l'inspection du Roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume, de toutes les parties de cette administration, notamment de celles qui sont relatives : [...] au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques [...] ».

A un mot près, celui de sécurité, la loi dont la doctrine et les juridictions font traditionnellement découler les pouvoirs de police du préfet admet donc que le rôle de l'administration étatique déconcentrée a pour but d'assurer dans leur département un ordre public qui est celui de la trilogie municipale. Le Conseil d'Etat semble se rallier à cette conception. En effet, pour reconnaître un pouvoir de police générale au chef de l'Etat dans son arrêt *Labonne*<sup>45</sup>, puis plus tard, selon la même inspiration jurisprudentielle, au Premier Ministre dans sa décision *Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieures*<sup>46</sup>, il a visé la loi municipale et les textes révolutionnaires précités. Le juge administratif consacre donc, semble-t-il, un ordre public fondé sur le triptyque classique, peu importe qu'il soit municipal ou non. Par conséquent, il est aujourd'hui admis que la trilogie municipale ne résume plus à elle seule, si tant est que ce fut un jour le cas, l'ordre public. Mais elle continue d'en constituer une assise solide, un minimum incontournable, et c'est par rapport à elle que l'on constate les différentes évolutions de l'ordre public. Ce mouvement est double. A la trilogie municipale, le juge administratif est venu ajouter de nouvelles composantes. Il y a donc bien un accroissement de l'étendue, une augmentation du volume de l'ordre public général.

A d'abord été ajoutée la moralité publique. C'est le juge administratif qui a déterminé que cette notion pouvait servir de fondement aux mesures de police administrative générale. La doctrine mentionne souvent l'arrêt *Société « Les films Lutétia »* comme fondateur en la matière, puisqu'il affirme :

« Si l'ordonnance du 3 juillet 1945, en maintenant le contrôle préventif institué par des textes antérieurs a, notamment, pour objet de permettre que soit interdite la projection des films contraires aux bonnes mœurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique, cette disposition législative n'a pas retiré aux maires l'exercice, en ce qui concerne les représentations cinématographiques, des pouvoirs de police qu'ils tiennent de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 ; [par conséquent] un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut donc interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public »<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> CE, 8 août 1919, n° 56377, *Labonne*, publié au recueil Lebon.

<sup>46</sup> CE, sect., 22 décembre 1978, n° 04605, *Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure*, publié au recueil Lebon.

<sup>47</sup> CE, sect., 18 décembre 1959, n°36385, *Société « Les films Lutétia »*, publié au recueil Lebon p. 693.

La possibilité de réglementer ou d'interdire une activité sur le fondement de la moralité publique viendrait donc des pouvoirs de police généraux du maire, aurait été ajouté de façon prétorienne par le juge administratif en 1959, et enfin, constituerait une entorse à la définition matérielle et extérieure de l'ordre public. Il y a du vrai et du faux dans cette affirmation doctrinale classique. Sur le plan chronologique, l'article 97 de la loi municipale confiait déjà au maire « *le soin de prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les personnes atteintes de troubles mentaux dont l'état pourrait compromettre la morale publique, la sécurité des personnes ou la conservation des propriétés* ». Dès 1927, le juge administratif a affirmé que les autorités de police générale pouvaient intervenir pour préserver « *l'hygiène morale* »<sup>48</sup>. On peut donc se demander si dès l'origine, la moralité publique n'était pas présente, de façon sous-jacente, dans l'article 97, notamment au travers de la notion de *bon ordre* qui pourrait être entendu comme « *bon ordre moral* »<sup>49</sup> ou qui pourrait regrouper moralité et tranquillité publique<sup>50</sup>. Ensuite, il faut également nuancer les craintes et critiques qui ont pu être adressées à la moralité publique comme composante de l'ordre public général. Il ne s'agit pas ici de consacrer un quelconque ordre moral, par lequel l'administration imposerait ses vues aux administrés. D'abord parce qu'il s'agit encore de défendre les droits des tiers : une simple atteinte à la moralité ne suffit pas, il faut encore que les autorités de police établissent en quoi celle-ci est préjudiciable à l'ordre public. La moralité publique a donc au moins une dimension extérieure. On peut s'interroger sur son caractère matériel. Nous tenterons néanmoins de démontrer qu'il s'agit *a minima* d'une composante quasi-matérielle de l'ordre public. La question est difficile à résoudre, mais il nous semble que la moralité publique doit être envisagé comme un simple biais. Si elle appartient à l'ordre public, c'est uniquement parce qu'à titre médiateur, des troubles matériels risquent de survenir du fait du choc ressenti par la population du fait d'une atteinte à la moralité publique. C'est d'ailleurs pour cela qu'une partie de la doctrine conteste son appartenance à l'ordre public général<sup>51</sup>, et que le Conseil d'Etat reste plutôt silencieux sur la question, refusant d'infirmier ou d'affirmer la théorie de l'appartenance de la moralité publique à l'ordre public général.

Cependant, le juge a tenté de contenir ce mouvement d'extension en ce qui concerne l'ordre public général. Il réaffirme de façon très régulière que tout intérêt général ne peut en faire partie : ainsi, des mesures de police générale ne peuvent avoir pour objet des finalités économiques<sup>52</sup> ou de préserver les intérêts internationaux de la France<sup>53</sup>. De plus, le Conseil d'Etat reste réticent à consacrer une dimension immatérielle de l'ordre public, conscient du risque qu'il y aurait de

---

<sup>48</sup> CE, 7 Novembre 1924, n°78468, *Club indépendant sportif châlonnais*, publié au recueil Lebon p. 863.

<sup>49</sup> Chapus, René, *Droit administratif général*, *op.cit.*

<sup>50</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, *op.cit.*

<sup>51</sup> Truchet, Didier. *Droit administratif*. Presses Universitaires de France, 2017.

<sup>52</sup> CE, sect. 25 juillet 1975, n°94012, *Chaigneau*, publié au recueil Lebon.

<sup>53</sup> CE, 12 novembre 1997, n°169295, *Ministre de l'Intérieur c. Association Communauté tibétaine de France*, publié au recueil Lebon p. 417.

consacrer par la même un ordre moral. Un tel ordre porterait une atteinte très grave au régime libéral et démocratique qui est le nôtre. En effet, la morale relève normalement du domaine du privé. Chacun, en son âme et conscience, détermine ce qu'il estime être bien ou mal. Si la police se préoccupait de morale, elle « *verserait immédiatement dans l'inquisition et dans l'oppression des consciences* »<sup>54</sup>. En effet, cela reviendrait à restreindre les libertés sans que les droits des personnes ne soient forcément en cause, d'une part. D'autre part, les autorités de police imposeraient leurs vues, alors que celles des citoyens pourraient être différentes. Le risque d'arbitraire est donc majeur ici.

Ainsi il a exclu l'esthétique de l'ordre public général<sup>55</sup>, qui augurerait d'une appréciation quelque peu subjective de la notion par les autorités de police générale. La conception du beau varie en effet selon l'appréciation de chacun. De même, le juge administratif ne semble pas vouloir suivre le législateur dans la consécration généralisée d'un ordre public de valeurs. En effet, ce dernier s'est notamment appuyé sur la conception d'un ordre public renouvelé, pour admettre que celui-ci aurait un contenu positif, résumé par les « *exigences minimales de la vie en société* » et qui tendrait à assurer le vivre-ensemble. Il s'agirait d'imposer à tous les citoyens l'obligation de respecter certains principes républicains. Le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme ont validé une telle conception de l'ordre public<sup>56</sup>, et le Conseil d'Etat a semblé faire de même dans l'ordonnance de référé du 9 janvier 2014 concernant l'affaire Dieudonné, en évoquant la nécessité de maintenir la « *cobésion nationale* »<sup>57</sup> et les « *valeurs et principes issus de la tradition républicaine* »<sup>58</sup>. Cependant, il n'a jamais réemployé le terme, et a même refusé d'admettre la légalité d'arrêtés municipaux interdisant le port de certaines tenues sur le fondement de la laïcité, qui fait pourtant partie de la tradition républicaine, au motif que :

« Les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public »<sup>59</sup>.

L'attitude du juge semble raisonnable. Respecter la démocratie et les valeurs de tolérances et de libertés qu'elle porte est un objectif louable. Imposer ce respect par des mesures de police est néanmoins plutôt contraire à ces mêmes valeurs, dans la mesure où il s'agit d'imposer aux citoyens

---

<sup>54</sup> Hauriou, Maurice, et al. *Précis de droit administratif et de droit public*, *op.cit.*

<sup>55</sup> CE, 21 juillet 1970, *Commune de Loubat*, publié au recueil Lebon p. 507.

<sup>56</sup> Voir Cons. Const., 7 octobre 2010, décis. n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, publié au recueil des décisions du Conseil Constitutionnel p. 276 ; CEDH, Grande chambre, 1er juillet 2014, n° 43835/11, *SAS c. France*.

<sup>57</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> CE, ord., 26 août 2016, n°402742-402777, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, publié au recueil Lebon.

ce qui est bien ou mal, ce qui porte atteinte à leur liberté de conscience. Or la liberté, nous l'avons déjà dit, en vertu de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ne peut avoir de borne que celles qui assurent à tous les citoyens l'égal exercice de ces libertés. On voit mal en quoi une simple opinion, si elle est sans conséquences pour les libertés des tiers, pourrait être interdite sur ce fondement. Cela constituerait une véritable entorse au régime libéral de l'ordre public général et également une modification profonde de la fonction de celui-ci.

On aurait d'ailleurs pu craindre une telle modification de la fonction de l'ordre public général *via* ce que la doctrine a pu un moment considérer comme une extension de sa définition matérielle. En effet, dans son ordonnance du 9 janvier 2014, le Conseil d'Etat a admis « *qu'il appartient [...] à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises* »<sup>60</sup>. Une telle affirmation remettait en cause la distinction classique entre police administrative et police judiciaire, et l'organisation du régime classique des libertés en France, qui est traditionnellement répressif. En réalité, il ne s'agissait pas là d'une véritable extension, pas plus que d'une modification concrète de la fonction de l'ordre public. Le Conseil d'Etat l'a confirmé en précisant :

« Il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public sans porter d'atteinte excessive à l'exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales »<sup>61</sup>.

Cette solution paraît finalement logique : si on admettait que l'autorité de police administrative ne peut agir sur le seul motif que le fait considéré constitue une infraction pénale, alors elle ne pourrait plus intervenir dans bien des cas. L'infraction n'est ici qu'un biais, c'est bien évidemment encore le trouble à l'ordre à l'ordre public qui intéresse la mesure de police.

En revanche, une nouvelle adjonction à l'ordre public général a bien modifié la fonction de celui-ci. Nous voulons bien évidemment parler de l'ajout de la dignité de la personne humaine au sein de l'ordre public, réalisé par l'arrêt d'Assemblée *Commune de Morsang-sur-Orge* :

« Il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine »<sup>62</sup>.

Les conséquences de cet arrêt, même s'il a eu peu de postérité en jurisprudence, sont majeures pour la théorie de la police administrative. D'abord, l'ordre public n'est plus totalement extérieur aux droits et libertés qu'il garantit. On sait en effet que la dignité de la personne humaine est un droit, ce qui découle de la jurisprudence concordante de la Cour Européenne des Droits de

---

<sup>60</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>61</sup> CE, 9 novembre 2015, *Ministre de l'Intérieur c. Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>62</sup> CE, Ass., 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang sur Orge*, publié au recueil Lebon p.372.

l'Homme<sup>63</sup>, de la Cour de Justice de l'Union Européenne<sup>64</sup>, mais aussi du Conseil Constitutionnel, qui semble faire de la dignité de la personne humaine le fondement de tous les droits consacrés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946<sup>65</sup>. Face à ce constat, on ne peut qu'approuver Jacques Petit :

« Il est tentant de parler d'une subjectivisation de l'ordre public. Toutefois, cette idée n'est pas adéquate pour la dignité, qui est conçue par la jurisprudence sur le lancer de nain, non comme un droit subjectif susceptible de renonciation, mais comme un impératif objectif opposable à l'individu qui serait tenté de consentir à sa propre dégradation »<sup>66</sup>.

En effet, au nom de la dignité de la personne humaine, les autorités de police peuvent imposer des restrictions à l'autonomie de la volonté des personnes. Il est donc possible de protéger celles-ci contre elles-mêmes. Dès lors, il existe ici une déconnection entre la notion de trouble aux droits subjectifs des tiers, et la justification de la mesure de police. Si la dignité de la personne est en mise en cause par certains comportements, celle-ci peut intervenir « *alors même qu'ils ne provoqueraient pas de troubles matériels* »<sup>67</sup>. Il s'agit là de défendre un droit tellement fondamental qu'il posséderait une valeur supérieure et ne supporterait donc aucune atteinte. Ici, le trouble importe peu, c'est la violation elle-même qui compte. Cette logique semble induire une sorte de pénalisation de l'ordre public. En effet, le droit pénal ne s'attache pas aux conséquences des infractions, il a pour but de sanctionner la violation du droit objectif. L'inclusion de la dignité de la personne humaine au sein de l'ordre public a pu être vue par certains auteurs comme témoignant de l'émergence d'un ordre de valeurs, qui serait différent de l'ordre moral, car procédant de la tradition républicaine. Or, à partir du moment où une valeur est un étalon de ce qui est bien, et qu'elle doit être défendue face à ce qui est mal, la morale n'est pas très loin. On pourrait donc légitimement s'inquiéter de la consécration d'un ordre moral, même républicain, au sein de l'ordre public général, qui a normalement pour objet de garantir le minimum nécessaire à l'égal exercice de leurs droits par les administrés, mais rien de plus.

Néanmoins, certaines caractéristiques de la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public général doivent permettre d'atténuer de telles critiques. En réalité, elle devrait plutôt appartenir à l'ordre public spécial. Cela nécessiterait une intervention du législateur, et il semble que le Conseil d'Etat ait voulu provoquer celle-ci en consacrant par défaut la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public général. Ainsi, l'objectif poursuivi relève plutôt d'une logique de direction, qui est commune avec l'ordre public spécial, et qui vise à pallier les objectifs limités de l'ordre public général. De plus, la dignité de la personne humaine commande l'adoption

---

<sup>63</sup> CEDH, 31 juillet 2001, n°41340/98, *Refah Partisi et autres c. Turquie*. Voir également : CEDH, 22 novembre 1995, n°20166/92, *S.W. c. Royaume-Uni*.

<sup>64</sup> CJCE, 30 avril 1996, n°C-13/94, *P. c. S. et Cornwall County*.

<sup>65</sup> Cons. const., 27 juillet 1994, décis. n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, dite Loi Bioéthique I*.

<sup>66</sup> Petit, Jacques. « La notion de police administrative », in Gonod, Pascale, et a. *Traité de droit administratif, op.cit.*

<sup>67</sup> CE, 9 novembre 2015, *Ministre de l'Intérieur c. Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala, op.cit.*

de mesures qui si elles peuvent être nécessaires, ne peuvent pas réellement être proportionnées : seule l'interdiction générale et absolue peut faire cesser les atteintes à la dignité. La fonction implicite d'habilitation de l'ordre public général n'est donc pas applicable ici.

Face à ces évolutions, il semble nécessaire de mener une étude embrassant tous les aspects de celle-ci. Les raisons en sont simples. Il s'agit ni plus ni moins que d'un enjeu de sécurité juridique pour les citoyens qui voient leurs libertés encadrées et limitées par l'adoption de mesures de police, et qui doivent pouvoir savoir concrètement dans quels cas les autorités de police peuvent agir. On sait que l'ombre du risque d'arbitraire plane toujours dans ce domaine, et il peut être également rassurant pour ces mêmes autorités de connaître l'étendue précise de leurs pouvoirs, mais aussi pourquoi elles peuvent l'exercer.

De plus, la police administrative, et au-delà, la notion d'ordre public a été mobilisée dans différentes affaires qui ont été très remarquées médiatiquement parlant. Depuis l'affaire Dieudonné jusqu'aux arrêtés « anti-burkinis » en passant par l'adoption de dispositifs législatifs afin de lutter contre la pratique du port du voile intégral, jusqu'aux débats parlementaires concernant les dispositions législatives qui visent à la prévention du terrorisme, l'actualité est très souvent marquée par des affaires juridiques faisant appel à ces notions. Beaucoup de choses ont pu en être dites, aussi bien sur le plan philosophique, politique, que juridique. Les débats ont souvent été houleux et animés. Mener une étude sur l'ordre public en matière de police, nous l'espérons, pourrait permettre d'envisager avec un peu de distance et de recul ces questions. *A minima*, elles permettront de les synthétiser et d'en exposer une vision d'ensemble, qui manque peut-être parfois aux commentaires sectoriels de décisions de justice ou de lois particulières.

Dans cette perspective, il nous semble nécessaire de déterminer de quelle façon l'ordre public, fondement et limite des mesures de police administrative, a évolué pour acquérir un caractère multidimensionnel.

L'ordre public a vu son rôle se transformer à mesure que de nouvelles composantes lui étaient ajoutées. En effet, son contenu a progressivement été enrichi, malgré l'encadrement de ce mouvement par le juge (Partie I). L'admission de la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public a eu pour effet de lui donner une nouvelle fonction, la protection de certaines valeurs, et a consacré officiellement sa mutation vers une dimension immatérielle (Partie II).

**PARTIE I.**

**L'EXTENSION PROGRESSIVE DU CONTENU DE  
L'ORDRE PUBLIC**

L'ordre public a d'abord été entendu comme étant « matériel et extérieur », selon la formule du doyen Hauriou. Cette définition trouvait écho dans la fameuse trilogie municipale de la loi du 4 avril 1885, si bien que par ordre public, on a fini par entendre : sécurité, tranquillité et salubrité publique. Le Conseil d'Etat a paru confirmer cette conception dans son arrêt *Labonne*, qui définissait les pouvoirs du chef de l'Etat en matière de police, en inscrivant à ses visas l'article 97 de la loi municipale.

Cette conception est en réalité datée. Les contours de l'ordre public matériel et extérieur dépassent aujourd'hui la trilogie municipale, et il doit être entendu de façon large (Chapitre 1). Le juge administratif s'est cependant attaché à encadrer de façon plutôt stricte l'extension de la notion d'ordre public, et semble vouloir le maintenir dans les frontières élargies de sa matérialité et de son extériorité (Chapitre 2).

## **CHAPITRE I.**

### **L'ACCEPTION LARGE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC MATERIEL ET EXTERIEUR**

Dire que l'ordre public matériel et extérieur dépasse la trilogie municipale ne doit pas masquer la réalité. Cette dernière a longtemps fondé, et fonde encore, l'essentiel des mesures de police administrative prises à ce jour. Elle présente donc une importance non négligeable (Section 1). Néanmoins, à elle seule, la trilogie municipale ne suffit ni à résumer l'ordre public, ni même son aspect matériel et extérieur. Le juge administratif et le législateur ont ainsi consacré une quatrième composante de l'ordre public, qui se caractérise par sa quasi-matérialité : la moralité publique (Section 2).

#### **SECTION I.**

##### **LA TRILOGIE MUNICIPALE, SOCLE MINIMAL DE L'ORDRE PUBLIC**

La trilogie municipale est donc le minimum que les autorités de police doivent assurer en matière d'ordre public. Autrement dit, avant de se préoccuper de moralité ou de dignité de la personne humaine, il paraît logique de s'assurer qu'ils bénéficient de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité. Une fois ce rôle majeur déclaré, et admis, il apparaît que la trilogie municipale peut être divisée en deux. La sécurité mérite une étude à part entière, car elle présente certains traits, en particulier son caractère objectif, qui la rendent spécifique au sein de la trilogie (§1), tandis que la salubrité et la tranquillité procéderaient plutôt d'une dimension uniquement subjective de la trilogie municipale (§2).

##### **§1. LA SECURITE, COMPOSANTE PARTICULIERE DE L'ORDRE PUBLIC MATERIEL ET EXTERIEUR**

Au sein de l'ordre public, la sécurité a un champ d'application très large. Il s'agit de prévenir les atteintes aux biens et aux personnes, quelles qu'en soient les causes. Ainsi définie, la sécurité présente un certain particularisme au sein de l'ordre public matériel et extérieur. Cette spécificité provient tout d'abord des incertitudes qui entourent son acception par les textes (A). Elle provient en second lieu des caractéristiques propres de la notion (B).

## A. Une notion particulière du fait des incertitudes entourant sa définition

Ces incertitudes résultent en grande partie de la formulation des différents textes législatifs qui traitent de l'ordre public, et qui souvent semblent employer de manière synonyme les termes sécurité et sûreté. En effet, au premier alinéa de l'article 97 de la loi municipale, les deux termes cohabitent, et le Code des Communes, puis le code général des collectivités territoriales ont maintenu ces deux termes sans les préciser plus avant. Une difficulté apparaît ici, car en principe, les deux expressions ne sont pas équivalentes (1). Cependant, il est indéniable qu'il existe une connexité entre les deux concepts en matière d'ordre public (2).

### 1. La différenciation de principe entre sécurité et sûreté

Rosine Letteron rappelait dans une note de blog parue en 2013 que « [...] *la sûreté n'a rien à voir avec la sécurité matérielle des individus, mais seulement avec leur sécurité juridique [...]* »<sup>68</sup>. Les fondements de ce droit issu des textes révolutionnaires sont connus. L'article 2 de la Déclaration du Droit de l'Homme et du Citoyen la définit comme un droit naturel et sacré de l'Homme, et l'article 7 de cette même déclaration précise le contenu de ce concept en indiquant :

« Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

Par ailleurs, l'article 66 de la Constitution du 4 Octobre 1958 précise quant à lui que : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Il s'agit ici d'une forme d'Habeas Corpus à la française, qui trouve par ailleurs un écho en droit européen des droits de l'Homme, selon lequel « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* », selon l'article 5 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

Si les sources classiques en matière de droit des libertés publiques sont concordantes et consacrent à l'unisson le droit à la sûreté, son contenu et ses implications peuvent paraître flous. Cela est en grande partie due à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, qui a longtemps eu une conception extensive de la liberté individuelle.

Aujourd'hui, le Conseil fait une distinction entre la liberté personnelle et son large champ d'application, et la liberté individuelle, qu'il envisage comme synonyme, *stricto sensu*, de sûreté. Cette

---

<sup>68</sup> Letteron, Roseline. « Sécurité et sûreté : les joyeux contresens de Christian Estrosi ». Note de blog parue sur le blog Liberté, libertés chéries, 25 septembre 2013. [Disponible à l'adresse suivante : <http://libertescheries.blogspot.fr/2013/09/securite-et-surete-les-joyeux.html> ]

distinction, amorcée par les décisions *Bioéthique I*<sup>69</sup> et *Délit de grande vitesse*<sup>70</sup>, a été confirmée plusieurs fois par le Conseil<sup>71</sup>. Elle ne concerne pas le respect de la vie privée, la protection des secrets de la correspondance et encore moins la liberté de mariage, qui se rattachent à la liberté personnelle<sup>72</sup>. Ainsi, répondant à une question prioritaire de constitutionnalité de 2011, le juge constitutionnel a-t-il pu considérer selon une formule désormais classique que :

« [...] L'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant [...] »<sup>73</sup>.

Pour le Conseil Constitutionnel, la liberté individuelle se différencie également de la liberté d'aller et venir<sup>74</sup>, qui constitue une liberté personnelle, celle-ci ayant un objet plus large que la sûreté. Comme le relèvent Xavier Bioy et Jean-Jacques Costa, la liberté d'aller et venir est « [...] *aussi relative à la privation de déplacement, d'espace, mais [elle] ne se résume pas à l'enfermement et ne vise pas les situations pénales au cœur de la sûreté* »<sup>75</sup>. Le Tribunal des Conflits a adopté une position similaire dans une décision du 12 février 2018 relative à un potentiel cas de voie de fait :

« Considérant que, si en retenant les documents d'identité de M. G., au-delà du temps strictement nécessaire à l'exercice du contrôle de son identité et de la régularité de sa situation [...] la police des frontières est susceptible d'avoir porté atteinte à la liberté d'aller et venir de l'intéressé, cette liberté n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, de sorte qu'une telle atteinte n'est pas susceptible de caractériser une voie de fait »<sup>76</sup>.

Si cette position paraît donc faire l'unanimité au sein de l'ordre juridictionnel, elle pourrait être source de difficulté en droit européen des droits de l'Homme. Pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, en effet, la liberté individuelle regroupe à la fois le droit de ne pas être détenu arbitrairement et la liberté d'aller et venir, les deux notions ne présentant qu'une « *différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* »<sup>77</sup>.

---

<sup>69</sup> Cons. Const., 27 juillet 1994, décis. n°94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, dite *Loi Bioéthique I*.

<sup>70</sup> Cons. Const., 16 juin 1999, décis. n°99-411 DC, *Délit de grande vitesse*, publiée au recueil du Conseil Constitutionnel p. 75.

<sup>71</sup> Cons. Const., 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, *op.cit.* ; Cons. Const., 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et a.* [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République], *op.cit.*.

<sup>72</sup> Cons. Const., 2 mars 2004, décis. n°2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, dite *Loi Perben II*.

<sup>73</sup> Cons. Const., 28 janvier 2011, décis. n°2010-92 QPC, *Mme Corinne C. et a.*, consid. 6.

<sup>74</sup> Cons. Const., 16 juin 1999, *Délit de grande vitesse*, *op. cit.*

<sup>75</sup> Bioy, Xavier, et Costa, Jean-Paul. *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 2016.

<sup>76</sup> Trib. Confl., 12 février 2018, n°4110, *M. G.* Le Tribunal des Conflits confirme par ailleurs sa décision *Bergoend* : seule l'extinction du droit de propriété ou l'atteinte à une liberté individuelle peut constituer une voie de fait. Voir : Trib. Confl., 17 juin 2013, n° C3911, *M. Bergoend c/ Société ERDF Anecy Léman*.

<sup>77</sup> CEDH, 17 janvier 2012, n° 36760/06, *Stanev c/ Bulgarie*, § 115.

Si l'on s'en tient à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, la notion de sûreté vise donc spécifiquement la prévention des mesures de *détention* arbitraire, suivant la lettre de l'article 66 de la Constitution. La détention étant comprise comme « *le droit de ne pas être retenu contre son gré dans un lieu quelconque* »<sup>78</sup>. Il s'agit d'une position très stricte, ainsi que le relèvent Patrick Wachsmann, et Xavier Bioy et Jean-Jacques Costa<sup>79</sup>, qui se différencie de la théorie classique qui veut que la sûreté soit composée du droit de n'être *ni arrêté, ni détenu* arbitrairement<sup>80</sup>. Ne sont donc pas considérées comme des atteintes à la sûreté les perquisitions domiciliaires de nuit<sup>81</sup>, que le Conseil analyse comme de potentielles atteintes à la vie privée. Les assignations à résidence prises dans le cadre de l'état d'urgence, elles, sont considérées par le Conseil Constitutionnel comme des atteintes à la liberté d'aller et venir<sup>82</sup>, tout comme les contrôles d'identité<sup>83</sup>.

Le droit à la sûreté, conformément à l'article 66 de la Constitution, est garanti par l'action du juge judiciaire<sup>84</sup>. Ce droit nécessite un encadrement de la répression pénale, ce qui fonde les grands principes du droit pénal (légalité des délits et des peines, non-rétroactivité de la loi pénale à l'exception de la rétroactivité *in mitius*, nécessité, proportionnalité et individualisation de la peine) mais également d'imposer certaines garanties procédurales dans le cadre des mesures de détentions autorisées par la loi : il s'agit notamment de respecter le droit à la présomption d'innocence et celui à un procès équitable.

Ainsi, les vérifications d'identité, lorsque les personnes contrôlées ne peuvent ou ne veulent pas justifier de celles-ci, ne peuvent excéder une durée de 4 heures à compter du contrôle. L'article 78-3 du Code de Procédure Pénale prévoit que l'officier de police judiciaire qui procède au contrôle doit informer la personne « *de son droit de faire aviser le procureur de la République de la vérification dont il fait l'objet et de prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix* ». En matière de garde à vue, les garanties procédurales ont progressivement été revues à la hausse, et la personne faisant l'objet de cette mesure bénéficie du droit de garder le silence, du droit de bénéficier d'un interprète, ou encore d'un médecin, conformément à l'article 63-1 du Code de Procédure Pénale. La plus notable avancée

---

<sup>78</sup> Wachsmann, Patrick. *Libertés publiques*, Dalloz, 2017.

<sup>79</sup> Bioy, Xavier, et Costa, Jean-Paul. *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op.cit.* ; Wachsmann, Patrick. *Libertés publiques*, *op.cit.*

<sup>80</sup> Pour une telle présentation, voir Hennette Vauchez, Stéphanie, et Roman, Diane. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. Dalloz, 2013.

<sup>81</sup> Cons. Const., 4 décembre 2013, décis. n°2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*.

<sup>82</sup> Cons. Const., 22 décembre 2015, *M. Cédric D*, *op.cit.*

<sup>83</sup> Cons. Const., 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et a.* [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République], *op. cit.*

<sup>84</sup> Pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il doit s'agir d'un magistrat indépendant, ce qui conduit cette dernière à ne pas considérer les membres du parquet comme tels (voir CEDH, 23 novembre 2010, n°37104/06, *Moulin c. France*). Le Conseil Constitutionnel, cependant, a récemment réaffirmé que le procureur de la République était bien un magistrat indépendant. Voir à ce sujet Cons. Const. 8 décembre 2017, décis. n°2017-680 QPC, *Union Syndicale des Magistrats* [Indépendance des Magistrats du Parquet].

en la matière est sans doute le droit pour les personnes gardées à vue de bénéficier de la présence d'un avocat. Issu de la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, la consécration de ce droit a été rendu nécessaire par la condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui a considéré l'absence d'avocat lors de la garde à vue comme contraire aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne de Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales<sup>85</sup>. Le Conseil Constitutionnel a abondé dans le sens de la Cour<sup>86</sup> et laissé un an au législateur pour remédier à cet état de fait, la correction étant donc intervenue par la loi du 14 avril 2011.

Pour toutes les mesures qui ne constituent pas une forme de détention, et qui ne ressortent pas par nature de la compétence du juge judiciaire, le juge administratif est compétent, conformément à la solution désormais classique de la décision *Conseil de la Concurrence*<sup>87</sup> rendue par le Conseil Constitutionnel en 1987.

La sécurité, quant à elle, renvoie à la formule « *sécurité des personnes et des biens* », souvent employée d'ailleurs en ce qui concerne l'ordre public<sup>88</sup>. C'est ici la sécurité matérielle. Les biens et personnes sont considérés dans leur ensemble et ne sont pas pris individuellement.

La menace est ici variable. Elle l'est d'abord par sa nature. Il peut en effet s'agir de phénomènes naturels. On pense ici aux tempêtes et aux inondations en premier lieu, ou de façon plus grave aux séismes, tsunamis, et autres éruptions volcaniques. Cela peut-être également des menaces du fait de choses, comme les incendies, les explosions, ou encore divers accidents industriels. Cela peut encore être des dangers issus des hommes : atteintes à l'intégrité mentale ou morale des personnes, ou destruction ou vols des leurs biens, soit dans les modalités plus classiques envisagées par le Code Pénal (vol, homicide...) soit dans une forme plus sévère et plus actuelle à l'heure où nous écrivons, par la commission d'actes terroristes. La menace est ensuite variable en fonction des circonstances de lieu et de temps, et des caractéristiques propres à chaque individu ou bien.

En matière d'ordre public, les deux notions paraissent confondues dans un contre-sens peu juridique. La réalité est en fait plus complexe qu'il n'y paraît : il est possible de retrouver les deux fondements en matière de police administrative, ce qui peut s'expliquer par la proximité entre les deux notions.

---

<sup>85</sup> CEDH, 14 octobre 2010, n°1466/07, *Brusco c. France*.

<sup>86</sup> Cons. Const. 3 juillet 2010, décis. n°2010-14/22 QPC, *Garde à vue*.

<sup>87</sup> Cons. Const., 23 janvier 1987, décis. n°86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, dite *Conseil de la Concurrence*.

<sup>88</sup> Cons. Const., 18 janvier 1995, décis. n°94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, publiée au recueil du Conseil Constitutionnel p. 170, consid. 3 ; Cons. Const., 5 août 1993, décis. n°93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, publiée au recueil du Conseil Constitutionnel p. 213, consid. 9.

## 2. Des notions connexes au sein de l'ordre public matériel et extérieur

Plusieurs interprétations de la trilogie municipale ont pu être avancées. D'abord, on peut considérer que les deux termes sont synonymes et que c'est bien la sécurité qui fait partie de la trilogie municipale. C'est d'ailleurs la position majoritaire de la doctrine<sup>89</sup>. Mais elle ne correspond pas à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, ni d'ailleurs à l'article 66 de la Constitution qui évoque la notion de sûreté. Une deuxième option serait d'affirmer que la sûreté est un des aspects particuliers de la sécurité, si celle-ci est constituée de diverses menaces envers les individus et leurs biens. Nous voulons bien adhérer à cette affirmation, mais elle nous interroge. Pourquoi consacrer une dimension particulière de la sécurité, dimension qui n'est pas la plus utilisée en matière de police administrative<sup>90</sup>, et pas seulement la sécurité elle-même ?

Une troisième possibilité, à notre avis la bonne, serait d'assumer que le législateur, en rédigeant la loi municipale, a eu à l'idée le principe suivant : la sécurité sert à réaliser la sûreté, et elle en fait partie. Mais sans doute une sûreté envisagée d'abord selon une vision proche de celle des textes révolutionnaires, notamment de la déclaration des droits de 1793, qui en son article 8 dispose que : « *La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés* ». Certes, l'on accordera bien volontiers que la déclaration de 1793 n'a plus aucune valeur juridique. Mais tel n'est pas le cas de la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790 qui, on le rappelle, à l'article 2 de sa section III dispose que :

« Les administrations de département seront encore chargées, sous l'autorité et l'inspection du Roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume, de toutes les parties de cette administration, notamment de celles qui sont relatives : [...] au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques ».

Déjà, seul le terme sûreté apparaît, et il n'est pas douteux dans ce cadre qu'il eut signifié plus que la lutte contre des arrestations arbitraires. C'est ici une conception de la sûreté proche de celle qu'un philosophe comme John Locke – lu par les philosophes des Lumières et les révolutionnaires – a pu développer dans son *Second Traité du Gouvernement civil*, considérant que la propriété recouvrait en fait la propriété de l'Homme sur sa liberté, ses biens, et sa personne, bref, tout ce qui était nécessaire à sa conservation. Donc prévenir toutes les menaces portant sur les biens et la personne de l'Homme, quelles qu'elles soient, conduit forcément à assurer sa sûreté.

Concrètement, ce qu'il semble exister, c'est le droit à la sûreté, le droit pour l'Homme de se conserver, et d'exister en tant qu'Homme, garanti par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Ce droit semble constituer de deux aspects. C'est d'abord la sécurité juridique, pour reprendre les termes de Roseline Letteron, qui est garantie par la prohibition faite à l'article 66 de la Constitution des menaces les plus graves qui peuvent atteindre ce droit, l'action

---

<sup>89</sup> Voir en ce sens : Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op.cit.* ; Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, *op.cit.*

<sup>90</sup> Ajoutons d'ailleurs que l'alinéa 2 de l'article L.2212-2 du Code Général des Collectivités Territoriales prévoyant la « *sûreté et la commodité du passage dans les rues* » ne correspond pas non plus à la définition que retient le Conseil Constitutionnel.

arbitraire de l'Etat empêchant l'Homme de se conserver et d'être libre. Pour le reste des menaces à la conservation de l'Homme, c'est-à-dire la conservation de son intégrité physique et de ses biens, c'est par la sécurité matérielle que ce droit serait protégé.

Nous ne pouvons pas, nous l'admettons, démontrer fermement notre théorie. Il faudrait pour cela avoir accès à toutes les motivations, toutes les inspirations, tous les motifs qui ont commandé l'adoption de tous les textes portant à la fois sur la sûreté, la sécurité, et l'ordre public. De plus, la doctrine en matière de droit des libertés ne semble pas s'être saisie de la question, ce qui ne permet pas de préciser aisément notre propos. De nombreuses études sont menées par les auteurs concernant la liberté individuelle<sup>91</sup>. Peu d'entre eux s'attardent sur le concept de sécurité<sup>92</sup> ou sur son impact dans la définition de l'ordre public<sup>93</sup> ou encore sur l'existence possible de différentes facettes de la sûreté. Cependant, Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman relèvent que dans son sens originel, révolutionnaire :

« La sûreté est [...] celle des personnes (ce qui justifie la protection contre les lettres de cachet, symboles de l'arbitraire royal permettant d'embastiller discrétionnairement, ainsi que l'encadrement de la procédure pénale par les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration), mais aussi la sûreté des biens et la garantie du droit de propriété »<sup>94</sup>.

Cette articulation nous conduit donc à réaffirmer que la sécurité est un des moyens d'assurer la sûreté. Nous trouvons par ailleurs plusieurs indices qui corroborent cette théorie, même de façon empirique. Le premier d'entre eux résulte dans la formulation même de certaines décisions du Conseil Constitutionnel. Ce dernier consacre en effet l'existence d'un principe de valeur constitutionnelle de protection de la sécurité des personnes et des biens<sup>95</sup>. Si cette décision est isolée, tel n'est pas le cas de celles qui rappellent que « [...] la prévention des atteintes à l'ordre public et notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle [...] »<sup>96</sup>. A quel autre droit, sinon celui du droit à la sûreté, la sécurité pourrait-elle être nécessaire ?

---

<sup>91</sup> Tous les ouvrages que nous avons pu consulter en la matière y consacrent un chapitre, ou une partie. Voir par exemple Bioy, Xavier, et Costa, Jean-Paul. *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op.cit.* ; Hennette-Vauchez, Stéphanie, et Roman, Diane. *Droits de l'homme et libertés fondamentales.*, *op.cit.* ; Letteron, Roseline. *Libertés publiques*. Dalloz, 2012. ; Oberdorff, Henri. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. LGDJ, 2017. ; Wachsmann, Patrick. *Libertés publiques.*, *op.cit.*

<sup>92</sup> Dans son ouvrage *Libertés publiques*, Roseline Letteron consacre un paragraphe à la différenciation entre les deux notions. Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman étudient elles les deux notions successivement.

<sup>93</sup> En ce qui concerne ce point précis, hors de la littérature scientifique portant sur la police administrative, il n'existe à notre connaissance aucune publication sur le sujet.

<sup>94</sup> Hennette-Vauchez, Stéphanie, et Roman, Diane. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*

<sup>95</sup> Cons. Const., 22 juillet 1980, déc. n°80-117 DC, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, cons. 4.

<sup>96</sup> Dans une formulation très proche, voir Cons. Const., 20 janvier 1981, déc. n°80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 56. Avec la même formulation, voir Cons. Const., 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, *op.cit.* ; Cons. Const., 18 janvier 1995, déc. n°94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *op. cit.*

Un second indice nous semble venir de la rédaction même des articles de loi mentionnant le terme de sûreté, car ils précisent, et cela est à notre avis d'une importance majeure, que la police a pour but la sûreté *publique*, c'est-à-dire, au regard de la rédaction de l'article L. 2212-2 du Code Général des Collectivités Territoriales, la sûreté *du public*<sup>97</sup>.

La précision n'est pas vide de sens, car le terme indique explicitement qu'il ne s'agit pas de la sûreté *individuelle*. Pour André de Laubadère, Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, la notion de sûreté publique vise la « *limitation des risques de désordres* »<sup>98</sup>. Si cette définition présente l'inconvénient d'être un peu large et de confondre sûreté et tranquillité publiques, comme le relève Marie-Caroline Vincent-Legoux<sup>99</sup>, elle a le mérite d'amorcer une différenciation entre l'aspect individuel de la sûreté et son aspect public. En réalité, la véritable différence entre ces deux aspects de la sûreté des personnes tient sans doute au rôle de l'Etat et de l'administration, comme le précise Marie-Caroline Vincent-Legoux :

« La sûreté [individuelle], qui est une liberté publique au sens strict, contraint la personne publique à s'abstenir d'intervenir. La sûreté publique, composante de l'ordre public, légitime ou impose des absentions ou des refus de la puissance publique, mais aussi des interventions »<sup>100</sup>.

On l'a vu, la sûreté individuelle consacrée par la Constitution impose essentiellement à l'Etat l'obligation de respecter certaines garanties procédurales et de s'abstenir de procéder à des arrestations arbitraires. En ce qui concerne la sûreté publique, ou sûreté du public, l'administration doit bien entendu elle-même s'abstenir de porter atteinte à l'intégrité des personnes et des biens, mais elle doit également agir pour éviter que des personnes privées portent atteinte à cette dernière, en assurant leur sécurité.

C'est d'une certaine confusion entre les moyens (la sécurité) et la fin (la sûreté) que résulterait alors la rédaction des différents textes de loi portant sur l'ordre public. Cette confusion, nous le croyons, pourrait expliquer les spécificités de la notion de sécurité au sein du triptyque traditionnel.

## **B. Une notion particulière du fait de ses caractéristiques propres**

L'existence de troubles à l'ordre public s'inscrit en principe dans une logique relative, c'est-à-dire fonction des circonstances de temps et de lieu. De plus, il n'existe un trouble à l'ordre public, en principe, que si une activité porte atteinte aux droits des tiers : c'est une logique subjective. C'est, en

---

<sup>97</sup> Il ne faut pas ici confondre les termes sûreté publique et sûreté de l'Etat. En effet, il est peu probable que cette dernière soit remise en cause par « *les événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces* » ou par « *les dépôts, déversements, déjections, projections de toute matière ou objet de nature à nuire, en quelque manière que ce soit, à la sûreté ou à la commodité du passage* » ni même réellement par « *les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels* » de l'article L. 2212-2, même dans le cas où ils seraient d'une ampleur inédite.

<sup>98</sup> Laubadère, André de, et al. *Traité de droit administratif*, Tome 1, LGDJ, 1999.

<sup>99</sup> Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne, op.cit.*

<sup>100</sup> *Ibid.*

fait, précisément la raison d'être de la police administrative, qui a pour but de « [...] *prévenir les comportements de certains individus s'ils paraissent menacer la jouissance de leurs libertés par d'autres [...]* »<sup>101</sup>. Cette appréciation résulte des formules classiques de l'article 4 et 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen :

« Art. 4. - La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Art. 5. - La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

S'il n'y pas de dégâts ou de risque de dégâts, la mesure de police est donc *a priori* sans objet. Par conséquent, l'autorité de police ne peut pas, en principe, défendre un comportement qui ne serait pas nuisible aux tiers, ou qui profiterait uniquement à son auteur. En ce sens, c'est moins le comportement contraire à l'ordre public qui importe en lui-même que les conséquences qu'il engendre pour la société. En matière de maintien de l'ordre public, le droit de la police administrative ne peut en principe prévenir ou faire cesser des troubles qui ne porteraient aucune atteinte aux droits subjectifs des tiers.

La sécurité est donc une composante particulière de l'ordre public puisqu'elle permet aux autorités de police d'interdire des comportements qui n'ont *a priori* pas d'impact sur ces derniers : c'est-à-dire qu'elle permet de protéger des administrés contre leur volonté propre, dans le cas où l'action qu'ils mènent est neutre sur le plan social (1). L'étendue des pouvoirs que la nécessité de sauvegarde de la sécurité publique tend à conférer aux autorités de police rend également cette composante très spécifique (2).

### 1. Une dimension inédite de l'ordre public : la protection des personnes contre elles-mêmes

La sécurité publique s'insère évidemment dans le cadre des principes traditionnels qui régissent les mesures de police administrative. Il s'agit avant tout de protéger les tiers et leurs droits. Pourtant, les autorités de police peuvent parfois protéger les personnes contre les menaces à leur sécurité résultant de la volonté desdites personnes, sans que ces activités ne présentent de risques pour les tiers. La police de la circulation routière en fournit de bons exemples. Ainsi, le Conseil d'Etat a admis la légalité de la mise en place d'un « *certificat de capacité* », devenu plus tard permis de conduire, dans son célèbre arrêt *Labonne*, « [...] *à raison des dangers que présente la locomotion automobile [...]* »<sup>102</sup>. Evidemment, il s'agit tout d'abord de protéger les autres usagers, piétons ou automobilistes, des voies publiques. Mais ici, il s'agit également d'assurer la sécurité du conducteur lui-même, quitte à restreindre sa liberté, en évitant qu'il ne se blesse de son propre fait parce qu'il ne serait pas capable de maîtriser son propre véhicule, sans qu'il y ait de dérogations possibles et indépendamment des possibles droits subjectifs des tiers.

---

<sup>101</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative », *op.cit.*

<sup>102</sup> CE, 8 août 1919, n°56377, *Labonne*, publié au recueil Lebon p. 737.

Dans d'autres cas, il n'y a pas de tiers impliqué. De nouveau, la réglementation et la jurisprudence en matière de circulation routière en constituent des illustrations intéressantes. Ainsi, le juge administratif a-t-il admis que le décret du 28 juin 1973 avait pu imposer le port d'une ceinture de sécurité « [...] afin de réduire les conséquences des accidents de la route [...] »<sup>103</sup>. Or le port de la ceinture affecte en premier lieu les conducteurs des véhicules. On protège ici encore l'administré visé par la mesure de police malgré lui, ce qui a pu, à une époque où les ceintures de sécurité n'équipaient pas encore tous les véhicules, entraîner des protestations.

La présence de passagers également obligés de porter une ceinture de sécurité pouvant prêter à débat sur le caractère absolu et objectif de cette mesure de police, nous citerons deux derniers exemples moins discutables. Le premier d'entre eux est celui des arrêtés interdisant l'accès à certains lieux pour des raisons de sécurité, comme certains plans d'eau<sup>104</sup>. Ces arrêtés ont exclusivement pour but de protéger la sécurité des administrés contre leur propre imprudence et donc contre leur propre volonté. Le second exemple porte sur la protection des personnes sans abri. En effet, la Cour Administrative d'Appel de Paris a validé la prise en charge d'autorité de ces personnes par période de grands froids malgré leur refus d'être aidées par les services compétents, en raisonnant de la façon suivante :

« [...] en subordonnant ainsi cette prise en charge d'autorité, par suite de l'échec des tentatives visant à obtenir le consentement des personnes en danger, à l'existence de températures fortement négatives et à celle d'un risque vital, résultant de la conjugaison de ces températures fortement négatives et de l'absence de protection adéquate, la note critiquée n'ordonne pas aux agents concernés d'accomplir un acte qui ne serait pas, dans le but ainsi défini de tenter de sauver les personnes sans abri par un accueil temporaire, indispensable à la survie de ces personnes et proportionné à leur état [...] »<sup>105</sup>.

Se pose par conséquent la question du fondement de telles mesures objectives, sortant du cadre de la jurisprudence classique, et questionnant aussi bien les principes issus de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen que la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui consacre l'autonomie personnelle et le droit à chacun de disposer de sa personne<sup>106</sup>.

On sait tout d'abord que le législateur a affirmé plusieurs fois que la sécurité constituait un droit fondamental. Ainsi l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure dispose que « la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives ». Cette formulation, issue de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995, a été reprise par de nombreux textes relatifs à la sécurité<sup>107</sup>. Cependant, la portée de cette disposition nous paraît un peu déclaratoire. Le Conseil d'Etat considère d'ailleurs qu'il n'est pas possible d'intenter devant

---

<sup>103</sup> CE, 4 juin 1975, n°92161, *Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, publié au recueil Lebon p. 330.

<sup>104</sup> CE, sect., 28 novembre 1980, n°04551, *Commune d'Ardres*, publié au recueil Lebon p. 449.

<sup>105</sup> CAA Paris, 21 décembre 2004, n°03PA03824, *Association Droit au Logement Paris et environs*.

<sup>106</sup> CEDH, 29 avril 2002, n°2346/02, *Pretty c. RU*.

<sup>107</sup> Voir la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, et l'ordonnance du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.

les juridictions administratives un référé-liberté car « si l'autorité administrative a pour obligation d'assurer la sécurité publique, la méconnaissance de cette obligation ne constitue pas par elle-même une atteinte grave à une liberté fondamentale »<sup>108</sup>. Cette position semble confirmée par la décision *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires* du Conseil Constitutionnel<sup>109</sup> qui fait de la protection de la sécurité un principe à valeur constitutionnelle. En tout état de cause, même à supposer qu'il existe effectivement un droit à la sécurité, il faut rappeler que le caractère fondamental d'un droit ne le rend pas en lui-même absolu en droit français.

A notre sens, plus intéressante est la seconde partie de l'article L. 111-1 qui fait de la sécurité une condition de l'exercice de la liberté individuelle. Revient apparemment ici un écho de la théorie que nous développons *supra*. La sécurité serait bien une condition d'exercice du droit à la sûreté, droit que possède l'Homme à sa conservation, conservation qui passe par sa sécurité personnelle et matérielle. Partant de cette hypothèse, les exemples que nous citons se comprennent mieux. En effet, c'est bien l'existence même de l'Homme, de sa personne, qui est en jeu lorsque le froid est si fort qu'il risque de le tuer, ou qu'une vague risque de le noyer. La logique n'est pas ici sans rappeler celle de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui a son paragraphe 2 prévoit le caractère indérogable du droit à la vie. Cependant, l'argument, ici, n'a guère de fondements concrets, sinon celui qu'il est peut-être possible d'y voir une première apparition d'un ordre public dit de valeurs ou, comme le suggérait Jacqueline Morand-Deville, d'un ordre public éthique<sup>110</sup>, ou sociétal (qui pose la question de l'existence d'un ordre public de valeurs), que l'on étudiera *infra*, qui conduit à refuser la négation de la qualité d'Homme, aussi bien morale que physique, peu important les circonstances de cette négation...

Si l'on laisse de côté la question du fondement – et la question est sans doute ici plus philosophique et politique que proprement juridique – pour s'attacher à la mise en œuvre concrète de cet aspect de la sécurité publique, l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Paris est assez pédagogique et pourrait servir de modèle à un encadrement de cette dimension objective, puisque cette décision précise les deux conditions permettant de prendre des mesures de police administrative limitant les droits des personnes au nom de leur sécurité propre. Ainsi, la mesure doit être indispensable à la survie des personnes et il ne doit pas exister de possibilité de prendre des mesures moins attentatoires à la volonté des personnes et permettant d'obtenir le même résultat.

Ce raisonnement permet à la sécurité de réintégrer la logique classique de la police administrative, car il ressemble bien au contrôle de proportionnalité issu de la jurisprudence *Benjamin*<sup>111</sup>, la mesure de police devant être encore une fois nécessaire et adaptée au but poursuivi.

---

<sup>108</sup> CE, ord., 20 juillet 2001, n°236196, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, publié au recueil Lebon.

<sup>109</sup> Cons. Const., 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, *op.cit.*

<sup>110</sup> Morand-Deville, Jacqueline. *Droit administratif*. LGDJ, 2015. Dans le même sens, voir Hennette-Vauchez, Stéphanie, et Roman, Diane. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*

<sup>111</sup> CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *op.cit.* Le juge administratif rappelle d'ailleurs que l'exigence de sécurité publique doit être conciliée avec l'exercice des libertés et notamment avec la liberté de commerce et d'industrie : CE, 12 mars 1968, *Ministre de l'Intérieur c. Epoux Leroy*, *op.cit.*

D'autre part, la sécurité témoigne et justifie de pouvoirs importants conférés aux autorités de police administrative afin de veiller à son maintien ou son rétablissement.

## 2. *Une notion justifiant des pouvoirs étendus des autorités de police administrative*

Les autorités de police bénéficient de très larges pouvoirs afin de faire respecter la sécurité publique. En ce qui concerne la police municipale, l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales fournit quelques exemples des applications très diverses que peut recevoir le principe de maintien de la sécurité publique, sans être cependant exhaustif. Ces mesures peuvent avoir pour but la sécurité sur les voies publiques. Cela comprend leur entretien, mais aussi des mesures relatives à la police de la circulation, comme l'apposition de panneaux de signalisation, ou certaines limitations de vitesse, dans le respect du code de la route et des pouvoirs du représentant de l'Etat sur le territoire. Elles peuvent également avoir pour objet d'éviter des dégâts causés par des édifices menaçant ruine, le maire pouvant faire réparer ou détruire ces édifices en cas de nécessité. Evidemment, des mesures de polices peuvent être adoptées afin de prévenir ou d'apporter les secours nécessaires en cas d'accidents naturels, comme les incendies, éboulements, inondations, etc.

Au-delà des pouvoirs généraux du maire, le législateur a mis en place un certain nombre de polices administratives spéciales visant à prévenir les atteintes à la sécurité du fait de dangers spécifiques, soit au regard d'un contexte de crise au sens large (cas de catastrophes naturelles de grande ampleur, législation anti-terrorisme...) soit au regard du caractère particulier de certaines menaces du fait de leur nature même (parce qu'il s'agit de domaines parfois très techniques) ou des caractéristiques propres aux personnes ou aux biens menacés. Si bien entendu ces pouvoirs de police administrative spéciaux sont répartis entre plusieurs autorités compétentes, l'étendue des pouvoirs est ici très large. Dans certains cas, la sécurité peut même commander l'exécution d'office, en principe interdite en droit public<sup>112</sup>, notamment en cas d'urgence pour les réquisitions effectuées par le préfet dans le cadre de l'article L. 2215-1 du code Général des Collectivités Territoriales, par exemple.

Une mention particulière doit être faite des pouvoirs de l'administration qui existent dans le cadre de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, telle que modifiée depuis la déclaration de l'état d'urgence le 13 novembre 2015, et aujourd'hui en matière de législation anti-terroriste, notamment dans la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme et dans la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure. En effet, une dimension largement prédictive prend en la matière le pas sur la dimension préventive classique de la police administrative. On se base sur la potentialité, et non plus la certitude, d'une atteinte à l'ordre public, par une formule qui se retrouve dans toutes les lois précédemment citées : des mesures de police administratives peuvent intervenir lorsqu'il existe des « *raisons sérieuses de penser que [le] comportement [des individus] constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ».

---

<sup>112</sup> Trib. Confl., 2 décembre 1902, n°00543, *Société Immobilière de Saint-Just*, publiée au recueil Lebon p. 713.

Ce type de logique prédictive reste contestable, et a été contesté, par exemple lors des débats politiques qui ont porté sur les différentes lois prorogant l'état d'urgence, dans la mesure où il est toujours possible que la potentialité du passage à l'acte reste une simple potentialité. Au demeurant, ce n'est pas une logique nouvelle en droit français. En droit pénal, l'article 13 de la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, prévoit la possibilité de prononcer des mesures de rétention de sûreté en raison « [...] [d'une] particulière dangerosité caractérisée par la probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale », logique semblant assez similaire aux dispositions précédemment évoquées <sup>113</sup>.

En matière de police administrative, cette logique vient sans aucun doute des ordonnances Diendonné de janvier 2014, notamment celle en date du 9 janvier qui évoquent un « [...] risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine [...] » <sup>114</sup>.

La sécurité constitue une dimension particulière de la trilogie municipale. A côté de cette composante spécifique, existent la salubrité et la tranquillité, qui présentent des traits communs et se cantonnent à une dimension subjective.

## §2. LA SALUBRITÉ ET LA TRANQUILLITÉ PUBLIQUE, CŒUR DE L'ORDRE PUBLIC MATERIEL ET EXTERIEUR

Pour rappel, la fonction de maintien de l'ordre public est une fonction d'organisation des libertés. L'exercice de ces dernières doit être réglementé le moins possible. C'est d'ailleurs le sens du célèbre arrêt Benjamin : les pouvoirs de police doivent tout faire pour permettre aux libertés de s'exercer le mieux possible. Ce n'est que si les risques de troubles sont particulièrement importants que les libertés pourront être limitées. Ces troubles, en eux-mêmes, consistent en une atteinte portée aux libertés d'autres membres de la société. C'est le sens de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 :

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

L'article 5 de la Déclaration confirme ce raisonnement : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à

---

<sup>113</sup> Il est d'ailleurs intéressant de noter que les mesures de rétention de sûreté ne sont pas considérées comme des peines par le Conseil Constitutionnel, n'ayant pas un caractère punitif, ce qui les rapproche ici de mesures de police administrative. Cependant, cette qualification est discutable, le juge constitutionnel considérant que le principe de non rétroactivité de la loi pénale leur est applicable. Voir Cons. Const., 21 février 2008, décis. n°2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*.

<sup>114</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, n°374508, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

*faire ce qu'elle n'ordonne pas* ». En conséquence, la fonction de maintenir l'ordre public défini par la loi, peut être envisagée de façon synonyme comme la fonction de prévention de ces actions nuisibles à la société, autrement dit, à prévenir les atteintes aux droits subjectifs. Un droit subjectif doit être entendu comme une « *prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit Objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger, ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou dans celui d'autrui* »<sup>115</sup>. De façon logique, si les droits d'un ou de tiers ne sont pas remis en cause par une activité, celle-ci ne peut faire l'objet de mesure de police<sup>116</sup>. L'existence d'un tel trouble est appréciée en fonction de critères objectifs, que sont la matérialité et l'extériorité de l'activité du trouble considéré.

Nous avons vu, cependant, qu'en ce qui concerne la sécurité, il était possible de prendre des mesures de police alors même que le comportement considéré n'induirait pas de nuisance pour les tiers. Cela pose la question d'une modification de la fonction du concept d'ordre public, qui deviendrait alors un ordre de défense de valeurs, ou un ordre moral, ce qui pose une difficulté majeure. En effet, les valeurs devant être défendues, et la détermination des atteintes portées à celles-ci dépendent d'une logique extrêmement suggestive et variable selon les autorités et les juridictions. Cela risquerait en effet de conduire à la consécration d'un ordre moral et partant, la police administrative risquerait de devenir arbitraire.

Cette question, que nous avons dégagé à propos de la sécurité se pose avec acuité en ce qui concerne la dignité de la personne humaine, et de façon un peu moins prégnante qu'il n'y paraît, paradoxalement, en ce qui concerne la moralité publique. En revanche, elle est totalement absente des questions de salubrité et de tranquillité publique, qui concernent elles purement les droits des tiers. Il s'agit ici du cœur même de l'ordre public matériel et extérieur. On étudiera donc successivement la salubrité (A) et la tranquillité publique (B).

## A. La salubrité publique

La salubrité est généralement considérée comme synonyme d'hygiène publique<sup>117</sup>. Pour Pierre-Henri Teitgen, il s'agit de « *l'absence de maladies ou de menaces de maladies ; ses exigences sont déterminées par l'hygiène* »<sup>118</sup>. Il s'agit encore, pour Marie-Caroline Vincent-Legoux, de la « *réduction des risques de maladies résultant directement de la pollution du 'milieu', du cadre de vie, dans toute la mesure compatible avec le maintien des libertés* »<sup>119</sup>. L'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales concerne la prévention des « *maladies épidémiques ou contagieuses, des épizooties* ». La recherche de la salubrité publique

---

<sup>115</sup> Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Presses universitaires de France, 2016.

<sup>116</sup> CE, 9 janvier 1935, *Société des chemins de fer du Var et du Gard*.

<sup>117</sup> Le juge administratif semble d'ailleurs utiliser les deux termes de façon synonyme. Voir en ce sens CE, 22 juin 1984, n°40742, *Préfet de police de Paris c. Société Le Monde du Tennis*, publié au recueil Lebon p. 245.

<sup>118</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884, op.cit.*

<sup>119</sup> Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne, op.cit.*

concerne les mesures les plus diverses : nettoyage et propreté des voies publiques et prévention des déversements, déjections, projections susceptibles de nuire à cette dernière (article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales), contrôle de la vente de denrées alimentaires sur les plages pendant la saison estivale <sup>120</sup> ou simplement exposés en vue de la vente <sup>121</sup>, interdiction d'élevage d'animaux dans des locaux d'habitation <sup>122</sup>, interdiction de la baignade dans un lac pollué <sup>123</sup>, interdiction temporaire ou définitive d'habitation (articles L. 1331-26-1 et L. 1331-28 du code de la santé publique), ou encore réglementation des installations classées pour la protection de l'environnement (article L. 511-1 et suivants du code de l'environnement).

La notion de salubrité publique est parfois difficile à distinguer de la notion de santé publique, qui ne fait pas partie, *a priori*, de l'ordre public (1). Cela n'empêche pas la salubrité d'avoir un champ d'application large, qu'il convient de définir (2).

### 1. *La distinction floue entre salubrité et santé publique*

La notion ne se confond pas, *a priori*, avec la santé publique, qui fait l'objet de mesures de police spéciale et qui repose essentiellement sur les dispositions du code éponyme. En principe, la salubrité n'a pas pour but « *la recherche d'un fonctionnement équilibré des organismes humains* » <sup>124</sup>, contrairement à la santé publique. La différence entre les deux notions tient sans doute au fait que la salubrité agit sur l'environnement humain, alors que les actions de santé publique agissent elles sur les citoyens eux-mêmes. La santé publique se préoccupe de la lutte contre l'alcoolisme ou contre le tabagisme, la salubrité publique, par exemple, de la qualité de l'eau, des normes d'urbanisme, de la propreté des voies publiques. Nier le lien qui existe entre les deux concepts, cependant, n'a pas beaucoup de sens, tant la proximité entre santé et salubrité est importante. La notion de santé publique est sans aucun doute plus large que celle de salubrité, qui ne fait que contribuer à la réalisation de cette dernière. Les mesures de salubrité publique doivent donc plutôt être vues comme un *genre particulier de mesures de santé publique*. Le code de la santé publique, à son article L. 1311-1, prévoit d'ailleurs que des décrets en Conseil d'Etat fixent « *les règles générales d'hygiène et toutes autres mesures propres à préserver la santé de l'homme* », ce qui semble confirmer cette théorie.

S'il existe une parenté certaine entre les deux notions, il ne nous semble pas qu'elles soient synonymes. En un mot, si toute mesure de salubrité publique est une mesure de santé publique, toute mesure de santé publique n'est pas une mesure de salubrité publique.

Il est vrai qu'une certaine confusion entre les deux notions paraît parfois dominer la matière. Les auteurs et la jurisprudence elle-même assimilent assez fréquemment les deux termes, sans que les

---

<sup>120</sup> CE, 14 mars 1979, n°04631, *Anclair*, publié au recueil Lebon p. 112.

<sup>121</sup> CE, 21 février 1986, n°58124, *Commune de Fleury d'Aude c. Roustan*, mentionné aux tables du Recueil Lebon.

<sup>122</sup> CE, 12 juin 1953, *Demoiselle Tisserand*, publié au recueil Lebon p. 279.

<sup>123</sup> CE, sect., 28 novembre 1980, *Commune d'Ardres*, *op.cit.*

<sup>124</sup> Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne*, *op.cit.*

frontières entre les deux concepts ne soient réellement fixées. Dans son article « Le maire et la Santé », paru dans la revue *Les Tribunes de la Santé*, Jacques Moreau évoque ainsi la police administrative générale comme une police de la santé publique <sup>125</sup>. Cela vient en partie du fait que certaines mesures peuvent procéder des deux objectifs. Ainsi, les campagnes de vaccinations obligatoires participent à l'évidence à la salubrité publique, le milieu dans lequel évoluent les hommes étant sain si personne n'y est malade, mais elles contribuent également à la santé publique en agissant directement sur les personnes.

La position du juge administratif, en la matière, n'aide pas forcément à faire la distinction entre santé et salubrité. Dans les différentes affaires concernant la réglementation ou l'interdiction d'installation d'antennes-relais ou de cultures d'organismes génétiquement modifiés, le Conseil d'Etat fait mention des deux termes. En ce qui concerne le récent arrêt *Commune de Valence*, qui concernait une interdiction de cultures transgéniques par un maire, la formulation de la décision pouvait conduire à penser que les deux notions n'étaient pas synonymes :

« Il résulte de ces dispositions que le législateur a organisé une police spéciale de la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés, confiée à l'Etat, dont l'objet est, conformément au droit de l'Union européenne, de prévenir les atteintes à l'environnement et à la santé publique pouvant résulter de l'introduction intentionnelle de tels organismes dans l'environnement ; [...] que, s'il appartient au maire, responsable de l'ordre public sur le territoire de sa commune, de prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, il ne saurait en aucun cas s'immiscer dans l'exercice de cette police spéciale par l'édition d'une réglementation locale » <sup>126</sup>.

A la lecture de cet arrêt, on peut en effet imaginer que c'est parce que le maire ne dispose pas d'un pouvoir de police en matière de santé publique qu'il ne peut concurrencer le pouvoir de police spéciale qui est attribué en la matière aux autorités nationales. Cependant, la lecture de l'arrêt d'assemblée *Commune de Saint-Denis*, qui concernait l'enjeu plutôt similaire des implantations d'antennes-relais, remet en cause cette lecture. En effet, le juge précise très clairement que si les autorités locales ne sont pas compétentes en la matière, c'est parce qu'il s'agit d'un domaine qui recouvrent des questions techniques pour lesquelles elles n'ont pas les connaissances techniques, ni les moyens pour répondre efficacement à la question :

« [...] les pouvoirs de police spéciale ainsi attribués aux autorités nationales, qui reposent sur un niveau d'expertise et peuvent être assortis de garanties indisponibles au plan local, sont conférés à chacune de ces autorités, notamment pour veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques et à la protection de la santé publique ; que, dans ces conditions, si le législateur a prévu par ailleurs que le maire serait informé à sa demande de l'état des installations radioélectriques exploitées sur le territoire de la commune et si les articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales habilite le maire à prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, celui-ci ne saurait, sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale conférés aux autorités de l'Etat, adopter sur le territoire de la commune une réglementation portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes » <sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Moreau, Jacques. « Le maire et la santé ». *Les Tribunes de la santé*, vol. 14, n° 1, 2007, p. 53.

<sup>126</sup> CE, 24 septembre 2012, n°342990, *Commune de Valence*, publié au recueil Lebon.

<sup>127</sup> CE, Ass., 26 octobre 2011, n°326492, *Commune de Saint-Denis*, publié au recueil Lebon.

Cela ne veut pas dire que les mesures de police considérées possèdent un objectif différent. Cela signifie que la question qui se pose aussi bien à l'échelon local que national doit être résolue pour l'ensemble du pays et qu'une réponse communale n'est pas adaptée. En conséquence, le juge semble bien entendre santé publique et salubrité publique comme synonymes, ou tout du moins ne pas accorder beaucoup d'importance à la distinction formelle ou sémantique qui existe à l'origine entre les deux termes.

Que la notion de salubrité publique se confonde ou non avec celle de santé publique, son champ d'application est particulièrement large.

## 2. *Le champ d'application large de la notion de salubrité publique*

La salubrité publique est normalement assurée dans les lieux et voies publiques. Mais son champ d'application a été étendu. Sont donc également concernés les lieux ouverts au public. Ainsi un maire peut interdire la baignade et la navigation sur un « *plan d'eau situé sur le territoire de la commune et qui, sans appartenir au domaine public, était ouvert au public* »<sup>128</sup>. La mesure de police peut également porter sur tous les immeubles, publics ou privés, du moment que le public est susceptible, même de façon rare ou accidentelle, d'y avoir accès. Cela ne paraît pas illogique dans la mesure où les épidémies sont assez indifférentes à la qualification juridique, publiques ou privées, des personnes ou des immeubles. Paul Bernard a pu écrire avec beaucoup de justesse qu'elles « *trouvent dans les individus les conditions de [leur] propre réalisation* »<sup>129</sup>. La qualification juridique du lieu est donc subsidiaire par rapport au risque considéré, qui fonde la compétence des autorités de police.

Si large qu'il soit, cependant le champ d'application des mesures de salubrité publique reste encadré par le juge. Le trouble doit rester avéré et plausible. C'est ainsi que le juge administratif est conduit à annuler les arrêtés anti-coupure d'eau ou d'électricité, en général à cause de l'imprécision des arrêtés. Le trouble doit présenter, de plus « *[...] un degré de gravité et d'imminence suffisant [...]* »<sup>130</sup>. Il faut donc que la situation soit avérée, et le risque ne doit pas être abstrait. La mesure de police administrative ne peut pas, de façon classique, poser une interdiction trop générale, et doit souvent être conciliée avec l'exercice des libertés, en particulier avec la liberté de commerce et d'industrie<sup>131</sup>.

La question s'est posée récemment concernant des arrêtés municipaux interdisant la fouille de poubelles. Il aurait pu s'agir d'une situation légalement constituée au nom de la liberté civile, ou encore d'une activité relevant de la liberté d'entreprendre, comme l'exposait Laurence Marion dans ses conclusions à l'arrêt *Association « Ligue des droits de l'homme »* du 15 novembre 2017<sup>132</sup>. Mais le

---

<sup>128</sup> CE, sect., 28 novembre 1980, *Commune d'Ardres*, *op.cit.*

<sup>129</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op.cit.*

<sup>130</sup> CAA Versailles, 1ère Chambre, n° 06VE00008, 25 octobre 2007, *Commune de Bobigny*.

<sup>131</sup> CE, 31 juillet 1948, *Syndicat des négociants en gros d'Oran*.

<sup>132</sup> Marion, Laurence. « Le droit de chiffonnage et de glanage devant le Conseil d'Etat ». *Actualité juridique du droit administratif*, n°01, 2018, p. 62.

Conseil d'Etat n'a pas suivi cet avis et considéré qu'il n'existait, d'une part, aucune situation légalement constituée et, d'autre part, que la menace pour la salubrité était bien réelle. Pour cela, le Conseil d'Etat relève que l'arrêté n'interdit pas toutes les fouilles de poubelles, mais seulement une « [...] *pratique d'exploration systématique des conteneurs entraînant l'éparpillement des déchets qu'ils renferment* [...] »<sup>133</sup>, ce qui est évidemment problématique au regard de la salubrité publique. L'arrêt du Conseil d'Etat semble témoigner d'un malaise, qui transparait déjà dans les conclusions de Laurence Marion, puisqu'il ne vise pas toutes les pratiques, mais refuse tout de même que celles qu'il n'interdit pas soient protégées au nom d'une liberté, quelle que soit celle-ci. On peut comprendre cette difficulté : quel genre de société consacre volontairement, admet que des gens ont le droit (ou plutôt se doivent) de fouiller les poubelles pour survivre, d'autant qu'il est difficile d'évoquer un droit alors qu'il s'agit la plupart du temps du seul moyen dont les personnes concernées disposent pour cela ? D'autre part, précisément parce que ce n'est pas vraiment un choix, et qu'il s'agit du seul moyen de subsistance des personnes contraintes à cette pratique, il est difficile de l'interdire. Le Conseil d'Etat tente donc de trouver un compromis, certes précaire, mais effectuant une conciliation à peu près équilibrée entre les intérêts des personnes et l'exigence de salubrité.

La police de la salubrité publique présente une particularité : celle de la subsidiarité du pouvoir de police du maire. On sait que le préfet est compétent pour la garantir à l'échelle départementale en vertu de l'article L. 2115-2 du code général des collectivités territoriales qui dispose que « *le représentant de l'Etat dans le département est seul compétent pour prendre les mesures relatives à l'ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, dont le champ d'application excède le territoire d'une commune* », et que le Premier Ministre est compétent à l'échelon national<sup>134</sup>.

Le pouvoir du maire, en réalité, se limite à ajuster, aggraver, préciser les mesures prises à un échelon départemental, et le plus souvent, national, en cas de circonstances locales particulières – les exigences propres à la salubrité publique ne sont évidemment pas les mêmes dans une commune d'outre-mer devant prévenir des épidémies de chikungunya que celles d'une commune d'Ile-de-France. Mais de façon générale, par un mouvement de ce qu'on l'on pourrait nommer « *centralisation législative* » en empruntant l'expression de Paul Bernard<sup>135</sup>, c'est le pouvoir central qui est compétent. En effet, le code de la santé publique prévoit à son article L. 1311-1 que :

« Sans préjudice de l'application de législations spéciales et des pouvoirs reconnus aux autorités locales, des décrets en Conseil d'Etat, pris après consultation du Haut Conseil de la santé publique et, le cas échéant, du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels, fixent les règles générales d'hygiène et toutes autres mesures propres à préserver la santé de l'homme, notamment en matière :

- de prévention des maladies transmissibles ;
- de salubrité des habitations, des agglomérations et de tous les milieux de vie de l'homme ;
- d'alimentation en eau destinée à la consommation humaine ;

---

<sup>133</sup> CE, 15 novembre 2018, n°403275, *Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*, sera mentionné aux tables du recueil Lebon.

<sup>134</sup> CE 13 mai 1960, *SARL « Restaurant Nicolas »*, publié au recueil Lebon p. 324.

<sup>135</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit.

- d'exercice d'activités non soumises à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ;
- d'évacuation, de traitement, d'élimination et d'utilisation des eaux usées et des déchets ;
- de lutte contre les nuisances sonores et la pollution atmosphérique ;
- de préparation, de distribution, de transport et de conservation des denrées alimentaires. »

Cette législation s'impose d'elle-même : il est vrai que pour parvenir à offrir un milieu sain aux administrés, les maires ne sont pas forcément les mieux armés. C'est d'abord le cas en termes de moyens, mais c'est également une question de cohérence. La propagation d'une maladie se limite rarement à un seul territoire, comme de façon récente les épidémies de gripes aviaires qui ont touché le sud-ouest. La réponse en termes de mesures de salubrité publique ne peut se cantonner à une commune, d'autre part. Une campagne de vaccination limitée à une ville, il faut l'admettre, n'aurait pas beaucoup d'efficacité.

A côté de la salubrité publique, coexiste une autre dimension subjective de l'ordre public : la tranquillité publique.

## B. La tranquillité publique

La tranquillité n'est pas mentionnée au premier paragraphe de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, qui fonde la trilogie municipale, n'apparaissant qu'à son deuxième alinéa, parmi les exemples de manifestations des pouvoirs du maire. L'article L. 2215-1 du même code confie cependant au préfet, dans le cadre de son pouvoir de substitution, le soin de prendre « [...] toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques ». Cela tend à confirmer que la tranquillité fait bien partie de la trilogie municipale. Élément essentiel de « l'ordre dans la rue »<sup>136</sup>, selon l'expression du doyen Hauriou, la tranquillité publique admet un champ d'application large (1), dont les frontières sont difficilement identifiables (2).

### 1. Une notion au champ d'application large

Pierre-Henri Teitgen distingue, dans sa thèse consacrée à la police municipale, un aspect passif de la tranquillité et un aspect actif. Le premier d'entre eux consiste à assurer la tranquillité du public face aux atteintes causées par les activités individuelles. Il s'agit alors de faire cesser « [...] les bruits, cris, les tapages qui troubleraient à l'excès le calme de l'agglomération, et plus généralement tout ce qui gênerait les sens de ses habitants (fumées, odeur, etc.) au-delà de la mesure de ce qui est la conséquence nécessaire de la vie en société »<sup>137</sup>. Il s'agit également, sous la forme passive de la tranquillité publique, d'assurer que l'exercice d'activités individuelles ne trouble ou n'inquiète pas celui des activités des autres individus, ce que M. Teitgen nomme « l'exercice normal et paisible des libertés de chacun »<sup>138</sup>. L'aspect actif de la tranquillité publique concerne la tranquillité du public assemblé, et semble pouvoir être assimilé,

<sup>136</sup> Hauriou, Maurice, et al. *Précis de droit administratif et de droit public*, op.cit

<sup>137</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, op. cit.

<sup>138</sup> *Ibid.*

dans le raisonnement de Pierre-Henri Teitgen, au bon ordre mentionné au troisième alinéa de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales et qui concerne le maintien de l'ordre dans « *les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics* ». Il s'agit concrètement de « *l'absence de bagarres, de discussions, de violences, de tumultes et d'agitations* »<sup>139</sup>, ce qui peut conduire l'autorité de police, par exemple, à encadrer ou interdire la tenue d'une manifestation publique.

Cette distinction rejoint celle de Paul Bernard, qui assimile le bon ordre et « *le calme non troublé par les différentes formes de manifestations* »<sup>140</sup> et le distingue de la tranquillité publique proprement dite. En droit positif, selon la lettre de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, il s'agit de réprimer :

« [...] les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits, les troubles de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique »

Concrètement, il s'agit de protéger le repos des habitants de façon large. La liste de l'article L. 2212-2 n'est pas exhaustive et la notion d'atteinte à la tranquillité est plastique, propre à s'adapter aux diverses situations de fait qui pourraient advenir et perturber le repos des habitants, comme en témoigne la formule « *tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique* » du code. En principe, ne sont concernées que les voies publiques, mais le juge a étendu la nécessité d'assurer la tranquillité des « *lieux ouverts au public* »<sup>141</sup> : le maire doit par exemple assurer la tranquillité publique dans les lieux où sont pratiqués « *[des] soldes périodiques ou saisonniers* »<sup>142</sup>. La lutte contre les bruits et globalement les troubles du voisinage, montre également que peuvent être concernées des personnes menant des activités dans des lieux privés. En témoigne par exemple l'article R. 1336-5 du code de la santé publique :

« Aucun bruit particulier ne doit, par sa durée, sa répétition ou son intensité, porter atteinte à la tranquillité du voisinage ou à la santé de l'homme, **dans un lieu public ou privé**, qu'une personne en soit elle-même à l'origine ou que ce soit par l'intermédiaire d'une personne, d'une chose dont elle a la garde ou d'un animal placé sous sa responsabilité »

On peut également penser à la fermeture administrative des débits de boissons pouvant être prononcée par le préfet suite à des troubles à la moralité ou la tranquillité publique, en vertu de l'article L. 3332-15 du code de la santé publique. De plus, les autorités de police administratives peuvent également réglementer ou prendre « *[...] une mesure d'interdiction à l'égard d'une activité qui, sans être en elle-même contraire à la tranquillité publique, est à la source de troubles que la loi [leur] fait obligation de réprimer* »<sup>143</sup>. L'activité commerciale d'une boulangerie ouvrant de nuit peut être interdite car « *si la*

---

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif, op. cit.*

<sup>141</sup> Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne, op.cit.*

<sup>142</sup> CE, 17 mars 1989, n°65080, *Société Bouchara Frères*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

<sup>143</sup> CE, 07 juillet 1993, n°139329, *Carzola*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

vente n'est pas directement à l'origine des bruits que le maire entend prévenir, les clients qui viennent au cours de la nuit sont particulièrement bruyants et leur passage trouble le repos des habitants »<sup>144</sup>. Il en va de même de l'activité nocturne d'une station de service vendant des boissons alcoolisées, dès lors que ses clients, personnes privées, seraient à la source de « tapage nocturne troublant la tranquillité publique [liés] à son ouverture nocturne »<sup>145</sup>.

Cependant, malgré ce champ d'application large, il ne s'agit pas de n'importe quel trouble. D'abord, il faut qu'il y ait une gêne, une atteinte au droit des tiers, dans une perspective subjective classique en matière d'ordre public. Ainsi, avant l'intervention du législateur qui a mis en place une police spéciale, ne pouvaient être prises des mesures de police ayant pour but la suppression des parasites radiophoniques perturbant l'écoute des émissions de radio, car ceux-ci « n'étaient de nature qu'à causer une simple gêne aux détenteurs d'appareils »<sup>146</sup>.

Marie-Caroline Vincent-Legoux ajoute qu'il ne s'agit pas de sanctionner une activité que l'opinion publique juge contestable et encore moins de corriger les troubles dans les consciences, car « là passe la frontière entre libéralisme politique et totalitarisme »<sup>147</sup>. Plus précisément, un comportement jugé contestable par l'opinion publique ne sera interdit ou empêché par des mesures de police que s'il trouve un écho matériel propre à troubler l'ordre public. En ce sens, ne peuvent être pris des arrêtés « antimendicité » que s'ils entraînent une ou plusieurs des conséquences énumérées par l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales.

Au-delà de ce caractère matériel, le trouble doit présenter une certaine gravité dans la gêne occasionnée : la mesure de police ne peut intervenir qu'au-delà d'un certain degré de tapage, qu'un certain degré de bruit, qu'un certain degré de manifestation. Ainsi, le juge judiciaire, qui participe également à la lutte contre les troubles du voisinage *via* l'article R. 623-2 du code pénal a-t-il pu juger, non sans malice :

« Attendu que la poule est un animal anodin et stupide, au point que nul n'est encore parvenu à le dresser, pas même un cirque chinois ; que son voisinage comporte beaucoup de silence, quelques tendres gloussements et des caquètements qui vont du joyeux (ponte d'un œuf) au serein (dégustation d'un ver de terre) en passant par l'affolé (vue d'un renard) ; que ce paisible voisinage n'a jamais incommodé que ceux qui, pour d'autres motifs, nourrissent du courroux à l'égard des propriétaires de ces gallinacés ; que la cour ne jugera pas que le bateau importune le marin, la farine le boulanger, le violon le chef d'orchestre, et la poule un habitant du lieu-dit La Rochette, village de Salledes (402 âmes) dans le département du Puy-de-Dôme »<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> CE, 21 janvier 1994, n°120043, *Commune de Dammarie-les-Lys c. Société Carmag*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

<sup>146</sup> CE, 9 janvier 1935, *Société des chemins de fer du Var et du Gard*, *op.cit.*

<sup>147</sup> Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne*, *op.cit.*

<sup>148</sup> CA Riom, 1<sup>ère</sup> civ. 7 septembre 1995.

De façon plus sérieuse, la nécessité de fermeture d'un établissement est appréciée à l'aulne de la gravité des troubles constatés. Ainsi, le préfet de police de Paris n'avait pas d'obligation de prononcer la fermeture administrative de la salle du Bataclan. En effet :

« Il ne [ressortait] pas que les spectacles litigieux aient, à la date de la décision attaquée, causé à la tranquillité publique un trouble tel que le Préfet de Police, qui avait fait dresser plusieurs procès-verbaux et mis l'exploitant en demeure de faire effectuer des travaux d'insonorisation qui ont été exécutés et qui ont réduit l'intensité des nuisances, ait été tenu de faire usage de ses pouvoirs de police pour prononcer la fermeture de l'établissement »<sup>149</sup>.

Le juge administratif a également considéré que les autorités municipales peuvent faire retentir des sonneries de cloches d'un édifice culturel pour des événements civils si cela constitue un usage local, sans que cela ne porte atteinte à la tranquillité publique. L'usage local étant entendu par le Conseil d'Etat comme « *la pratique régulière et suffisamment durable de telles sonneries civiles dans la commune, à la condition que cette pratique n'ait pas été interrompue dans des conditions telles qu'il y ait lieu de la regarder comme abandonnée* »<sup>150</sup>.

Si ces limites permettent de définir et de restreindre quelque peu la notion de tranquillité publique, force est de constater que ses frontières restent mal définies et qu'une certaine porosité la caractérise, la rapprochant des concepts de bon ordre et parfois de moralité publique.

## 2. Une notion aux frontières floues

La tranquillité publique prévue à l'article L. 2212-2 du Code Général des Collectivités Territoriales pose une question qui n'est pas réellement résolue : celle de son assimilation avec le bon ordre. Ce terme apparaît en effet au premier alinéa de l'article L. 2212-2, qui précise pour rappel que « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ». Le même article indique à son troisième alinéa que la police municipale a notamment pour objet « *le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics* ».

Par analogie entre le deuxième alinéa qui évoque la tranquillité publique, certains auteurs ont pu dire que les deux termes étaient équivalents, ou du moins liés. Ainsi Paul Bernard lie-t-il les deux notions dans son étude des composantes de la trilogie municipale, « *tout en se gardant bien d'attribuer à ces deux termes des caractéristiques juridiques trop spécifiques* »<sup>151</sup>, et définit les deux notions en suivant  *grosso modo* la lettre de l'article L. 2212-2<sup>152</sup>.

Pour d'autres auteurs, le bon ordre n'est pas synonyme de tranquillité publique mais uniquement de moralité publique. René Chapus semble partisan d'une position sinon similaire, du moins proche,

---

<sup>149</sup> CE, 12 mars 1986, n°52101, *Préfet de police de Paris c/ Metzler et a.*, publié au recueil Lebon p. 70.

<sup>150</sup> CE, 14 octobre 2015, n°374601, *Commune de Boissettes*.

<sup>151</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif, op. cit.*

<sup>152</sup> Voir également en ce sens, Lebreton, Gilles. *Droit administratif général, op.cit.*

et a ainsi pu expliquer qu'il existait un « *bon ordre moral* »<sup>153</sup>, ce qui lui permet d'intégrer la moralité publique au sein de l'ordre public général.

L'arrêt *Association Laissez les vivre - SOS Futures Mères* est ainsi fréquemment mentionné pour illustrer ces différents points de vue, sans que la doctrine n'ait réellement réussi à trancher à quelle notion cette décision se rattache, les uns penchant pour le maintien de la tranquillité publique, les autres pour celui de la moralité publique. Cependant, au vu de la formulation de l'arrêt, il est sans doute plus probable qu'il ne s'agisse que d'un mauvais exemple. En effet, serait plutôt en cause ici la protection du domaine public et de son usage, le juge précisant ainsi que :

« Il appartient au maire, dans l'exercice de ses pouvoirs de police, même en l'absence de menaces de troubles à l'ordre public, d'interdire l'apposition, sur le monument aux morts de la commune, d'emblèmes de nature à enlever à ce monument son véritable caractère »<sup>154</sup> .

Il est vrai que la formule « *même en l'absence de menaces de troubles à l'ordre public* » peut porter à confusion, et à cet égard, le juge administratif a sans doute été maladroit dans sa justification. Cependant, la formulation de l'arrêt est très différente de la rédaction qu'adopte le juge lorsqu'il traite des questions de moralité publique, et il est probable que l'expression citée *supra* soit utilisée précisément pour rattacher l'arrêt à la police de la conservation du domaine. La rédaction de l'arrêt présente d'ailleurs de façon intéressante une certaine parenté avec l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat, qui dispose que :

« Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions »

Il faut sans doute voir ici une tentative d'éviter une dénaturation de l'usage du domaine public, cet usage devant en principe être neutre.

A notre sens, la théorie de la synonymie entre bon ordre et moralité publique reste cependant pertinente, dans la mesure où l'alinéa 3 de l'article L. 2212-2 précise en réalité *où* doit être maintenu le bon ordre, c'est-à-dire sur « *les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics* » et *non sa définition même*.

A cet égard, plus intéressante, et peut-être plus révélatrice, est la décision du Conseil d'Etat concernant la projection du film « *Le pull-over rouge* » à Aix-en-Provence. En l'espèce, le maire de cette commune avait interdit la diffusion du film de Michel Brach sur l'affaire Christian Ranucci, le crime ayant eu lieu à proximité de la ville d'Aix-en-Provence. Le Conseil d'Etat commence par rappeler les principes qu'il avait dégagé dans sa jurisprudence *Société « Les Films Lutétia »*<sup>155</sup> en matière de moralité publique.

---

<sup>153</sup> Chapus, René. *Droit administratif général*. Montchrestien, 2005.

<sup>154</sup> CE, 28 juillet 1993, n°10990, *Association Laissez-les vivre – SOS Futures mères*, publié au recueil Lebon.

<sup>155</sup> CE, sect., 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutétia »*, *op.cit.*

« Le maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut [...] interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé, mais dont la projection est susceptible de provoquer des troubles sérieux ou d'être, en raison du caractère immoral du film et de circonstances locales particulières, préjudiciable à l'ordre public »<sup>156</sup>

Ici, la solution est très claire. Soit le maire peut prouver une atteinte à la moralité publique, qui peut justifier l'adoption d'une mesure de police administrative sous certaines conditions, soit un risque de trouble matériel sérieux justifie l'interdiction de la projection du film. Cependant, le juge administratif juge la mesure de police illégale au motif « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette projection, quel que fût le caractère de ce film, ait été de nature à porter atteinte au **bon ordre ou à la tranquillité publique** dans la ville* ». La moralité publique disparaît, mais si l'on admet que la tranquillité publique est entendue comme synonyme des « *troubles sérieux* » mentionnés auparavant par le juge, alors il devient évident que, au moins implicitement, le Conseil d'Etat considère que le bon ordre peut être un synonyme de la notion de moralité publique.

Cela ne signifie pas, cependant, que la notion de bon ordre soit exclusivement utilisée comme synonyme de moralité publique. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs parfois affirmé qu'il appartenait aux maires d'assurer « *le bon ordre et la moralité publique* », dissociant ainsi les deux notions<sup>157</sup>. De plus, si l'article L. 2212-2 prévoit « *le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics* » alors le fait de réduire le maintien du bon ordre dans des lieux comme ceux-ci au maintien de la moralité publique ne peut qu'inspirer un certain scepticisme. Il y a plus de chance qu'un marché fasse du bruit, entraîne une certaine agitation, donc constitue un risque de trouble à la tranquillité publique, voire même porte atteinte à la sécurité ou à la salubrité publique qu'il ne porte atteinte à la moralité publique.

La question de la fusion ou de la synonymie entre bon ordre et tranquillité publique mène, on le voit à s'interroger sur la notion de moralité publique, et à questionner la dimension *a priori* immatérielle de ce concept.

---

<sup>156</sup> CE, 26 juillet 1985, n°43468, *Ville d'Aix-en-Provence c. Société Gaumont Distribution*, publié au recueil Lebon p. 236.

<sup>157</sup> CE, 11 avril 1913, *Dame Laugier*.

## SECTION II.

### LA MORALITE PUBLIQUE, UNE COMPOSANTE QUASI-MATERIELLE DE L'ORDRE PUBLIC

En principe, la police administrative n'a pas vocation à régir les consciences et les mœurs. Le doyen Hauriou précisait que la police administrative « se contente de rétablir l'ordre matériel et même, le plus souvent, l'ordre de la rue. En d'autres termes, elle ne poursuit pas ce que l'on a appelé à une certaine époque l'ordre moral, l'ordre dans les idées et dans les sentiments ; elle ne pourchasse pas les désordres moraux, elle est pour cela radicalement incompétente », sans quoi elle verserait immédiatement « dans l'inquisition et l'oppression des consciences »<sup>158</sup>. Maurice Hauriou ne rejette pas toute influence de la morale sur la société, il expose simplement que la police administrative n'est pas le meilleur moyen pour s'assurer de celle-ci, du fait de la lourdeur de son mécanisme.

Pour autant, certaines décisions jurisprudentielles et certaines législations semblent avoir remis en cause ces principes apparemment bien ancrés en droit de la police administrative. L'ordre public ne serait plus réellement matériel et extérieur, et l'existence de mesures de police administrative ayant pour objectif de rétablir ou de prévenir des atteintes à la moralité publique témoignerait de cette dimension immatérielle.

Le concept de moralité publique pose deux difficultés majeures. D'abord, il s'agit d'une notion floue, et en donner une définition s'avère rapidement une entreprise complexe (§ 1). Dans un second temps, c'est le rattachement même de la notion à la définition de l'ordre public qui est incertain (§ 2).

#### § 1. UNE NOTION DIFFICILE A DEFINIR

En matière de moralité publique, les principes de référence sont issus de la jurisprudence *Société « Les Films Lutétia »* :

« [...] si l'ordonnance du 3 juillet 1945, en maintenant le contrôle préventif institué par des textes antérieurs a, notamment, pour objet de permettre que soit interdite la projection des films contraires aux bonnes mœurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique, cette disposition législative n'a pas retiré aux maires l'exercice, en ce qui concerne les représentations cinématographiques, des pouvoirs de police qu'ils tiennent de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 ; qu'un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut donc interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est **susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public** [...] »<sup>159</sup>.

Le juge administratif définit ici une alternative. Une activité peut tout d'abord être interdite car elle est susceptible d'entraîner des troubles matériels, à l'ordre public. Elle peut également être interdite en raison d'une atteinte à la moralité, à une double condition. Il faut tout d'abord qu'en

---

<sup>158</sup> Hauriou, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif et de droit public*, op.cit.

<sup>159</sup> CE, sect., 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutétia »*, op. cit.

raison de circonstances locales particulières, les administrés soient particulièrement choqués par l'immoralité d'une activité du fait de circonstances locales particulières (A). Se pose ensuite la question, au regard de la rédaction de l'arrêt *Société « Les Films Lutétia »* et de la jurisprudence postérieure, de la nécessité d'établir un risque de troubles matériels à l'ordre public si une telle configuration se présente (B).

## **A. Deux conditions liées : l'immoralité de l'activité considérée et l'existence de circonstances locales particulières**

Il faut tout d'abord étudier ce que la jurisprudence entend par immoralité (1). Mais la seule atteinte à la moralité n'est pas suffisante. Il faut que la population juge l'activité immorale à cause de circonstances locales particulières (2).

### *1. Le caractère immoral de l'activité considérée*

Il est difficile d'apprécier ce que la jurisprudence entend lorsqu'elle évoque la moralité ou l'immoralité d'une activité. Pour cela, il faut commencer par définir et différencier moralité et morale, et établir lequel de ces concepts est évalué par le juge (a). La difficulté d'appréhender cette notion d'immoralité est aggravée par son caractère éminemment casuistique (b).

#### **a. La nécessité de distinguer morale et moralité**

La question a une véritable importance, car morale et moralité ne signifient pas la même chose. La morale relève d'une logique interne, propre à l'individu. Nelly Ach relevait, dans son article *Police administrative et Morale*<sup>160</sup>, que la notion répondait à la question suivante : que dois-je faire ? Paul Bernard expliquait encore que la moralité visait à prévenir et à « *intervenir contre ce qui choque alors que la morale procède par principes positifs* »<sup>161</sup>. La morale s'inscrit dans le cadre d'une logique interne et individuelle : chacun, en son for intérieur, décide de suivre des principes moraux qui lui sont propres. Imposer une morale publique reviendrait à ce que l'Etat se substitue à la conscience individuelle de chacun et à ce que « *les autorités [imposent] à la société leur propres conceptions de la morale* »<sup>162</sup>, conduisant ainsi à une certaine censure. C'est un mécanisme vertical descendant, qui n'a aucun précédent heureux dans l'histoire administrative française, puisqu'il a été consacré en particulier par l'Etat Français pendant le régime de Vichy<sup>163</sup>.

Le juge administratif a parfois validé des mesures de police visant à faire respecter la morale publique, mais les arrêts sont anciens et ne semblent plus trouver écho en matière de police

---

<sup>160</sup> Ach, Nelly, « Police administrative et morale », in Vautrot-Schwarz, Charles (sous la dir.). *La police administrative*, *op.cit.*

<sup>161</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op. cit.*

<sup>162</sup> Lebreton, Gilles. *Droit administratif général*, *op. cit.*

<sup>163</sup> Voir à ce propos : Boninchi, Marc, et Noiriél, Gérard. *Vichy et l'ordre moral*. Presses Universitaires de France, 2005.

administrative générale. Etienne Picard relevait avec justesse que des bals populaires avaient pu, au XIXe siècle, être interdits ou encadrés par des maires pour des raisons morales <sup>164</sup>. Ces derniers ont également pu faire fermer certains lieux de débauches et de prostitution <sup>165</sup>. Certains combats de boxe ont pu être interdits pour atteinte à « *l'hygiène morale* » <sup>166</sup>, concept hybride entre la salubrité et la morale, qui ne semble pas avoir trouvé écho dans la jurisprudence ultérieure. Un spectacle forain a également pu être interdit notamment « *dans l'intérêt de la morale publique* » <sup>167</sup>.

En réalité, on constate que le juge administratif utilise plutôt le concept de moralité publique. Il s'agit ici d'une dimension sociale de la morale, procédant d'une logique verticale ascendante. Ce sont les principes moraux qui font consensus au sein de la population. Pierre-Henri Teitgen définit assez précisément ce qu'est ou pourrait être la moralité publique, c'est-à-dire le « *minimum d'idées morales naturellement admises à une époque donnée, par la moyenne des individus* » <sup>168</sup>. Il ne s'agit pas ici de moraliser les consciences, mais bien d'éviter « *le scandale public* » <sup>169</sup>. En d'autres termes, il ne s'agit pas de sanctionner tout comportement qui serait potentiellement contraire à ce que la majorité des administrés admettent comme moral. L'autorité de police ne pourra intervenir que si ceux-ci s'expriment de manière publique et choquent de ce fait la population.

Une telle définition a d'ailleurs pu être reprise par le commissaire du gouvernement Guldner dans ses conclusions à l'arrêt *Société d'éditions cinématographiques*, puisqu'il évoquait lui aussi « *le minimum d'idées morales naturellement admises par les individus à une époque donnée* » <sup>170</sup>. Jacques Petit juge, de façon similaire, que la notion de moralité publique consiste à « *juridiciser des données psycho-sociales* » <sup>171</sup>. Pour Bertrand Seiller, il s'agit d'une « *donnée quasi-objective, sinon matérielle du moins extérieure* » <sup>172</sup>. Il s'agit ici d'une notion quasiment matérielle, dont l'existence est presque tangible, et qui est en tout cas extérieure. C'est d'ailleurs ici au moins un élément qui rattache ce concept de moralité, semblant repris par le juge, à la définition classique de l'ordre public.

La formule jurisprudentielle mériterait peut-être une réécriture, car elle est sans doute un peu vieillie. Cela permettrait également de lever le doute sur les choix opérés par le juge administratif entre les concepts de morale et de moralité. Peut-être vaudrait-il mieux, à des fins de clarté, évoquer

---

<sup>164</sup> Cass., 19 Janvier 1837, *Tamisier*.

<sup>165</sup> CE, 17 décembre 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris*, publié au recueil Lebon, p. 990 ; CE, 11 décembre 1946, n°81273, *Dames Hubert et Crépelle*, publié au recueil Lebon, p. 300.

<sup>166</sup> CE, 7 Novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, *op.cit.*

<sup>167</sup> CE, 13 février 1953, *Hubert de Ternay*.

<sup>168</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, *op.cit.*

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> CE, sect. 20 décembre 1957, *Société d'éditions cinématographiques*, publié au recueil Lebon p. 702.

<sup>171</sup> Frier, Pierre-Laurent, et Petit, Jacques. *Droit administratif*, *op.cit.*

<sup>172</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative », *op.cit.*

une atteinte à la « *conscience collective locale* », comme l'évoquait le Tribunal Administratif de Marseille lors d'un litige concernant l'interdiction de la projection du film « Le pull-over rouge » à Aix-en-Provence <sup>173</sup> ? Le juge administratif semble par ailleurs tenter de redéfinir et de préciser la notion, préférant utiliser, plus récemment <sup>174</sup>, le terme de décence au lieu de celui de moralité ou de morale publique <sup>175</sup>, que le dictionnaire Larousse définit comme étant « *le respect des convenances* », et qui est un vocable s'inscrivant par conséquent dans une lignée proche de la définition de Pierre-Henri Teitgen.

Ce flou concernant les notions concernées, morale ou moralité, est aggravé par le caractère casuistique et circonstanciel de la notion.

## b. Une notion éminemment casuistique

Pour évaluer si une activité présente ou non un caractère portant atteinte à la moralité, le juge administratif procède à une analyse des faits au cas par cas, en fonction du litige. Il s'agit d'une notion circonstancielle et évolutive, liée à ce que la société admet ou non et aux changements dans les mœurs. Cependant, l'étude de la jurisprudence administrative, aussi bien en matière de police administrative spéciale qu'en matière de police administrative générale, montre que le juge administratif tend à utiliser deux éléments pour établir l'immoralité d'une activité.

D'abord, le juge prend en compte un élément objectif et étudie la nature de l'activité considérée. Il peut s'agir d'activités à caractères licencieux, érotique ou pornographique, comme la diffusion de certains films ou la pratique de certaines activités commerciales. L'arrêté municipal en litige dans l'affaire *Société « Les Films Lutétia »* avait par exemple pour objet d'interdire la projection du film « Le feu dans la peau ». Il aurait pu également s'agir d'interdire l'installation de publicités faisant la promotion de « messageries roses » <sup>176</sup> si des circonstances locales particulières avaient été réunies. Il peut également s'agir d'activités à caractère violent ou de diffusion d'œuvres présentant un tel caractère. Ainsi, le film « Ken Park » aurait dû être interdit au moins de 18 ans et non pas seulement au moins de 16 ans comme l'avait décidé le ministre de la culture et de la communication, au vu de l'existence d'une « [...] *scène de sexe non simulée [...] qui revêt un caractère particulièrement cru et explicite, et aux autres scènes du film qui représentent elles aussi des adolescents en mêlant sexe et violence [...]* » <sup>177</sup>. Cependant, il ne semble pas que la liste soit limitative : toute activité considérée comme « choquante » par la moyenne des citoyens pourrait être potentiellement concernée.

---

<sup>173</sup> TA Marseille 18 mars 1982, *Société Gaumont*.

<sup>174</sup> Pour être tout à fait précis, il s'agit de la réapparition d'une formule qui existe dans la législation depuis l'entrée en vigueur de la loi municipale – le maire est chargé de la décence des monuments funéraires – et a été utilisée antérieurement par le juge. Voir CE, 30 mai 1930, *Beaugé*, publié au recueil Lebon, p. 641.

<sup>175</sup> CE, ord. 26 août 2016, n°402742, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, publié au recueil Lebon.

<sup>176</sup> CE, 8 décembre 1997, n°171134, *Commune d'Arcueil*, publié au recueil Lebon.

<sup>177</sup> CE, 4 Février 2004, n°261804, *Association Promouvoir*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

Ensuite, le juge prend en compte un élément subjectif. Il s'agit de l'intention de la personne pratiquant l'activité. Pour illustrer notre propos, citons la décision du Conseil d'Etat concernant la diffusion du film « La vie d'Adèle : chapitre 1 et 2 » :

« [...] si les scènes de sexe en cause, bien que simulées, présentent un caractère de réalisme indéniable, elles sont, d'une part, exemptes de toute violence, et, d'autre part, filmées sans intention dégradante ; que ces scènes s'insèrent de façon cohérente dans la trame narrative globale de l'œuvre, d'une durée totale de près de trois heures, dont l'ambition est de dépeindre le caractère passionné d'une relation amoureuse entre deux jeunes femmes [...] » <sup>178</sup>.

Ce qui importe ici au juge, c'est l'absence d'intention dégradante, de volonté d'humilier, de choquer, ou de déranger. A l'inverse, le juge administratif a été plus sévère dans son appréciation du film « Baise-moi » et a relevé que :

« [...] il résulte de l'instruction que le film « Baise-moi » est composé pour l'essentiel d'une succession de scènes de grande violence et de scènes de sexe non simulées, sans que les autres séquences traduisent l'intention, affichée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société ; qu'il constitue ainsi un message pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs et qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du code pénal [...] » <sup>179</sup>.

Un tel examen existe en matière de police du cinéma, mais également dans le cadre des pouvoirs de police généraux du maire. On en citera un exemple récent, portant sur l'interdiction par un maire d'affiches visant à la prévention d'infections sexuellement transmissibles et en particulier du VIH. Le juge administratif observe ainsi que :

« [...] par l'arrêté attaqué du 21 novembre 2016, le maire d'Aulnay-sous-Bois a interdit sur le territoire de la commune la campagne d'information par affichage urbain organisée par l'Agence nationale de santé publique du 16 au 29 novembre 2016 en vue de lutter contre l'infection au VIH et les IST ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette campagne d'affichage lancée pour veiller à la protection de la santé publique, ait été susceptible de provoquer dans cette commune des troubles à l'ordre public ; qu'en outre, aucune des pièces versées au débat n'est de nature à établir la nécessité de prévenir une atteinte à la dignité de la personne humaine ; qu'enfin, en l'absence de circonstances locales particulières, qui ne ressortent pas du dossier, le caractère immoral de ces affiches et le danger qu'elles présenteraient pour les mineurs, à les supposer établis, ne sont pas de nature à justifier légalement l'interdiction totale de tout affichage sur le territoire de la commune [...] » <sup>180</sup>.

On voit bien ici que l'approche de la nudité n'est pas la même : il s'agit dans ce cas d'une campagne visant à la protection de la santé publique, le traitement ne peut ici être le même que pour un film pornographique.

Cette approche casuistique peut dérouter, et rendre l'analyse des décisions jurisprudentielles difficiles. Cependant, la minutie de l'examen est souhaitable. Comme le rappelait le commissaire du gouvernement Mayras dans ses conclusions à l'arrêt *Société « Les films Lutétia »*, il existe toujours un risque de voir la morale accaparée par des groupes tentant d'imposer leurs propres convictions aux

---

<sup>178</sup> CE, 28 septembre 2016, n°395535, *Ministre de la culture et de la communication c. Association Promouvoir et a.*

<sup>179</sup> CE, sect., 30 juin 2000, n°222194, *Association Promouvoir, monsieur et madame M. et a.*, publié au recueil Lebon.

<sup>180</sup> TA Montreuil, n°1609168, 9 Novembre 2017.

autorités de police et au juge. Un tel risque est réel : en témoigne l'activité prolifique de l'association Promouvoir devant les juridictions administratives <sup>181</sup>. A ces dernières reviennent la tâche d'échapper le plus possible à la logique partisane et de distinguer ce qui choque une partie de la population de ce qui est une atteinte à la conscience collective de la société toute entière, de la moyenne des individus, ce qui implique un examen circonstancié des faits portés à leur attention, mais également une mise en abyme, si l'on peut dire, avec l'esprit du temps, parfois plus ou moins réussie.

Dans le cadre des polices administratives spéciales et mentionnant la moralité ou la morale, l'examen d'une atteinte à la décence suffit parfois pour justifier des mesures de police, comme par exemple en matière de police du cinéma. Dans le cadre de la police administrative générale, ce seul fait est cependant insuffisant à justifier en lui-même l'interdiction ou la réglementation d'une activité. Il faut également qu'existent des circonstances locales particulières.

## 2. *L'existence de circonstances locales particulières*

Il s'agit d'une condition nécessaire en matière de police administrative générale, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son arrêt *Commune d'Arcueil* du 8 décembre 1997: « [...] en l'absence de circonstances locales particulières, qui ne ressortent pas du dossier, le caractère immoral des dites messageries, à le supposer établi, ne peut fonder légalement une interdiction de toute publicité en leur faveur [...] » <sup>182</sup>.

La rédaction de cet arrêt, que le Conseil d'Etat rappelle de loin en loin <sup>183</sup>, est intéressante. En premier lieu, elle montre que le Conseil d'Etat n'étudie pas, ou rarement, dans le cadre de son appréciation des mesures de police générale, si l'activité visée par la mesure est réellement immorale ou non. En réalité, même si ce caractère immoral est démontré, sans l'existence de circonstances locales particulières, l'intervention des autorités de police administrative ne sera pas admise. En second lieu, cela signifie que l'immoralité de l'activité, réelle ou supposée, intéresse moins le juge que la réaction et la perception que peut en avoir le public, ou que le risque qu'il soit choqué.

En réalité, peu importe que l'activité soit ou non morale *per se*, ce qui importe, c'est que l'ensemble du public la perçoive comme telle, pour telles ou telles raisons tenant à une configuration locale particulière. Il s'agit d'un fait, et le juge n'a pas à définir si le public a raison ou tort de s'émouvoir de la pratique de l'activité mis en cause. La population est choquée, le maire peut donc intervenir, peu importe la manière dont on apprécie la pensée du public. Peu importe que l'autorité de police, le juge, le commentateur juridique la considèrent comme particulièrement progressiste ou réactionnaire à l'aulne de leurs convictions propres, car, comme le rappelait Albert Camus : « *on ne*

---

<sup>181</sup> De juillet 1998 à janvier 2018, soit une période de vingt ans environ, cette association a été demanderesse ou défenderesse dans 38 décisions du Conseil d'Etat.

<sup>182</sup> CE, 8 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, *op.cit.*

<sup>183</sup> CE, 8 avril 1998, n° 165034, *Commune de Lattes*.

décide pas de la vérité d'une pensée selon qu'elle est à droite ou à gauche et moins encore selon ce que la droite et la gauche décident d'en faire »<sup>184</sup>.

Cette démarche est intéressante, car elle permet au juge d'éviter de se prononcer sur ce qui est acceptable ou non sur le plan moral, sur ce qui est bien ou mal, en somme. Cela induirait un fort degré de subjectivité, c'est-à-dire ici un fort degré de variabilité propre à l'appréciation personnelle du juge, dans le raisonnement des juridictions, et cela rendrait ses décisions critiquables à l'excès. Le juge préfère donc se fonder sur un fait concret, vérifiable, en un mot matériel, pour se prononcer : il est possible d'établir de façon claire qu'il existe ou non des circonstances locales particulières, de façon plus aisée que d'identifier si une activité est morale ou non.

Si la notion de circonstances locales était assez floue au commencement, notamment dans l'affaire *Société « Les Films Lutétia »*<sup>185</sup>, le juge administratif a rapidement précisé et resserré sa définition des circonstances locales particulières, examinant de façon plus sévères ces circonstances locales dans onze arrêts d'assemblée du 19 avril 1963, concernant diverses interdictions municipales de diffusion du film « Les liaisons dangereuses 1960 »<sup>186</sup>. Par la suite, les juges du Palais-Royal ont précisé plus avant ce qu'ils entendaient par de telles circonstances. Il peut s'agir de la composition particulière de la population<sup>187</sup>, ou de protestations émanant de celle-ci<sup>188</sup>. Plus récemment, les arrêtés municipaux dit « anti-burkini » ont donné une bonne illustration de ce que peuvent être ces circonstances locales. Ainsi, l'arrêté municipal interdisant le port de ce vêtement n'était pas justifié à Villeneuve-Loubet, « [...] l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée [...] »<sup>189</sup>, ces circonstances n'ayant rien de local ni de particulier. En revanche, un arrêté similaire pris par le maire de Sisco a été validé parce que des violences s'étaient déjà produites dans la commune et qu'il existait une probabilité que les habitants de cette commune soient choqués par le port de burkini, comme l'admet le tribunal administratif de Bastia :

« il ressort des pièces du dossier qu'une violente altercation, ayant abouti notamment à des hospitalisations et à l'incendie de trois véhicules, est survenue le 13 août 2016 entre un groupe de baigneurs d'origine maghrébine et une quarantaine d'habitants de la commune de Sisco ; que le lynchage des baigneurs, tant sur la plage qu'à l'hôpital de Bastia, n'a pu être évité que grâce à

---

<sup>184</sup> Camus, Albert. « Révolte et Servitude ». Lettre adressée au directeur du journal *Les Temps Modernes* le 30 juin 1952.

<sup>185</sup> Les seules circonstances locales invoquées par le maire de Nice pour interdire la projection du film « Le feu dans la peau » étant « la vague d'immoralité ayant déferlé sur la ville de Nice ».

<sup>186</sup> CE, Ass. 19 avril 1963, *Commune de Salon-de-Provence, et a.* (11 arrêts), publiés au recueil Lebon p. 702 et suivantes.

<sup>187</sup> Néanmoins, il semble que la composition de la population est appréciée de façon prudente par le juge. Le Tribunal Administratif de Bordeaux a ainsi annulé l'interdiction de la projection du film « La dernière tentation du Christ » à Arcachon, malgré une population composée de nombreux retraités et de nombreux croyants (TA Bordeaux, n° 175688, 13 décembre 1990, *United International Pictures*).

<sup>188</sup> CE, Ass. 19 avril 1963, *Commune de Salon-de-Provence, et a. op.cit.*

<sup>189</sup> CE, ord. 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, op.cit.*

l'intervention des forces de l'ordre ; que la présence sur la plage de Sisco de femmes portant un costume de bain de la nature de ceux visés par l'arrêté du 16 août 2016 a été perçue comme l'étincelle ayant mis le feu aux poudres ; **que ces événements ont eu un tel retentissement et ont suscité une telle émotion dans la commune, que la présence sur une plage de Sisco d'une femme portant un costume de bain de la nature de ceux visés par l'arrêté du 16 août 2016 aurait été de nature à générer des risques avérés d'atteinte à l'ordre public** qu'il appartient au maire de prévenir »<sup>190</sup>.

Les dernières décisions du juge administratif relancent un débat ancien. Il est clair que les autorités de police peuvent interdire ou réglementer une activité s'il existe des circonstances locales particulières et si l'activité présente un caractère immoral. Mais ces deux conditions doivent-elles mener à un risque de trouble à l'ordre public matériel ou sont-elles suffisantes en elles-mêmes pour justifier les mesures de police ?

## **B. Les incertitudes entourant la nécessité d'établir un risque de trouble à l'ordre public matériel**

La majorité des auteurs a longtemps considéré que l'atteinte à la moralité publique et les circonstances locales suffisaient pour justifier les mesures de police administrative (1). Mais le juge semble réaffirmer depuis peu la nécessité que l'atteinte à la moralité publique se traduise par des conséquences matérielles (2).

### *1. L'admission courante de l'absence de nécessité d'établir l'existence de troubles matériels*

En ce qui concerne la police administrative générale, la mesure de police sera en principe légale si les circonstances locales et le caractère immoral de l'activité considérée conduisent à une atteinte ou un risque d'atteinte à l'ordre public. L'interdiction ne vient pas totalement de l'immoralité en elle-même. Les circonstances particulières, qui conduisent la population à être particulièrement choquée, conduisent elles-mêmes à la possibilité d'un trouble à l'ordre public. Cette logique semble consacrée par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence *Société « Les Films Lutétia »*, et certains auteurs abondent dans ce sens. Ce fut notamment le cas de certains contemporains de cet arrêt<sup>191</sup>. Jean Gervais définit par exemple la moralité publique en reprenant la thèse de Pierre-Henri Teitgen, c'est-à-dire en l'assimilant à l'absence de scandale public, et relève la nécessité d'établir des circonstances locales particulières qui font courir le risque qu'une activité choque, et donc puisse (doive ?) être interdite. Mais il ajoute également :

« Mais cette définition n'implique pas qu'il y ait un ordre public moral protégé pour lui-même. Ne peut-on déduire que les circonstances de temps, de lieu et de moyenne des individus dont il est

---

<sup>190</sup> TA Bastia, 26 janvier 2017, n°1600976-1600980, *Association Ligue des droits de l'Homme*.

<sup>191</sup> A commencer par le commissaire du gouvernement Mayras lui-même, qui concluait à l'illégalité de l'arrêté pris par le maire de Nice, à moins qu'il n'existe un trouble matériel causé par l'immoralité du film !

fait état dans la définition en cause constituent justement les liens qui relient l'idée abstraite d'ordre moral à l'idée tangible du trouble matériel à l'ordre public ? »<sup>192</sup>.

Paul Bernard défendait dans sa thèse un point de vue similaire et décrit la morale comme « *une notion fondée sur l'absence de troubles* »<sup>193</sup>. Plus récemment, Didier Truchet a pu exposer :

« Le seul fait qu'une activité soit immorale (ce qui relève largement de l'appréciation subjective de chacun) n'en fait pas un trouble à l'ordre public. Mais si cette activité a dans le contexte particulier de temps et de lieu où elle intervient, des répercussions sur l'une des composantes de l'ordre public, elle entre dans le champ de la police administrative générale »<sup>194</sup>.

L'analyse peut sembler, comme l'écrivait Benoît Delaunay, « *particulièrement vétilleuse* »<sup>195</sup>. Si l'on fait une lecture *stricto sensu* de la décision de 1959, elle est cependant *a priori* exacte. D'autant que la plupart des circonstances locales invoquées par les maires peuvent conduire à des risques de troubles à l'ordre public : les pétitions et autres protestations peuvent rapidement se transformer en manifestations, ce qui créera rapidement une atteinte à l'ordre public. Le Conseil d'Etat a même paru confirmer cette interprétation dans sa décision *Jauffret*, avec un considérant de principe rédigé comme suit :

« Il appartient à l'autorité investie des pouvoirs de police de prendre toutes les mesures nécessaires à faire cesser un trouble à l'ordre public et notamment d'ordonner la fermeture des lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique et par là générateurs d'un tel trouble »<sup>196</sup>.

Toutefois, la majorité des auteurs considère aujourd'hui qu'il ne s'agit pas d'une condition nécessaire<sup>197</sup>. Cette position vient de l'observation de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière, puisqu'il se contente la plupart du temps d'examiner les circonstances locales, la majorité des arrêts rendus ne passant pas la barre de l'examen de l'existence de telles circonstances, sans mentionner la troisième condition de l'arrêt *Lutétia*<sup>198</sup>. Le juge administratif a même admis que :

---

<sup>192</sup> Gervais, Jean. « Cinéma : censure nationale et police municipale : une étude à l'usage des Préfets et des Maires ». *La Revue administrative*, vol. 14, n° 79, 1961, p.39. Dans le même sens, voir Weil, Prosper. Note sous CE, Sect. 18 décembre 1959, *Recueil Dalloz*, 1960, p.171.

<sup>193</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op. cit.*

<sup>194</sup> Truchet, Didier. *Droit administratif*, *op.cit.* Dans le même sens, voir Morand-Deville, Jacqueline. *Droit administratif*, *op.cit.*

<sup>195</sup> Delaunay, Benoît. « Faut-il revoir les buts de la trilogie municipale ? » *JCP A.* 2015, n°15, p. 2112.

<sup>196</sup> CE, 30 sept. 1960, *Jauffret*, publié au recueil Lebon p. 504.

<sup>197</sup> En ce sens : Bon, Pierre. « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné : A propos de Conseil d'Etat, 9 novembre 2015, Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala, n° 376107 ». *Revue française de droit administratif*, n° 4, 2016, p. 791. ; Frier, Pierre-Laurent, et Petit, Jacques. *Droit administratif*, *op.cit.* : Lebreton, Gilles. *Droit administratif général*, *op.cit.* ; Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, *op.cit.* ; Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne*, *op.cit.*

<sup>198</sup> CE, 9 octobre 1996, n°159192, *Commune de Taverny*, mentionné aux tables du recueil Lebon : en l'absence de circonstances locales particulières, la distribution gratuite de journaux et de publicités, malgré leur caractère pornographiques ou licencieux, peut être interdite ; CE, 8 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, *op.cit.* : en l'absence de circonstances locales particulières, le caractère immoral de publicités pour des « messageries roses » à le supposer établi, ne peut suffire à justifier leur interdiction. Plus récemment, voir TA Montreuil, 9

.../...

**« S'il ne ressort pas des pièces du dossier que la mesure critiquée ait eu pour fondement une menace de troubles matériels sérieux, il résulte de l'instruction que le caractère immoral du film et les protestations émanant des milieux locaux les plus différents que ce caractère avait suscitées localement étaient de nature à justifier l'usage fait par le maire [de ses] pouvoirs [...] en interdisant [...] l'accès de la salle aux mineurs de moins de vingt ans »**<sup>199</sup>.

Le Conseil d'Etat a paru admettre dans une ordonnance rendue dans le cadre de la procédure de référé-liberté en 2005, que les seules circonstances locales particulières suffisaient. Dans cette affaire, un maire avait entendu faire interdire l'ouverture d'un sex-shop au motif que « *l'établissement [...] portait atteinte à la tranquillité de la population et se trouvait situé à proximité d'équipements destinés à la jeunesse* »<sup>200</sup>. Il faut tout d'abord rappeler que l'article 99 de la loi du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social prévoyait à l'époque qu'était interdite :

« L'installation, à moins de cent mètres d'un établissement d'enseignement maternel, primaire ou secondaire, d'un établissement dont l'activité principale est la vente ou la mise à disposition au public de publications dont la vente aux mineurs de dix-huit ans est prohibée »<sup>201</sup>.

De plus, l'article 227-4 du Code pénal ajoutait que :

« Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur »<sup>202</sup>.

En l'espèce, il n'était pas contesté qu'aucune de ces deux dispositions n'étaient applicables à l'établissement visé par la mesure de police administrative. Le juge des référés a cependant admis la validité de l'arrêté du maire de Houilles, et considéré :

« Il appartient au maire, chargé de la police municipale en vertu de l'article L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales, de prendre à ce titre, conformément à l'article L. 2212-2 de ce code, les mesures permettant d'assurer dans la commune le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ; que le maire peut faire usage des pouvoirs de police générale dont il dispose à l'égard d'un établissement qui, sans tomber sous le coup ni de l'interdiction édictée par la loi du 30 juillet 1987 ni de l'incrimination prévue par l'article 227-24 du code pénal, présenterait, en raison des circonstances locales, des dangers particuliers pour la jeunesse ou pour la tranquillité de la population »<sup>203</sup>.

---

Novembre 2017, *op.cit.* : en l'absence de circonstances locales particulières, un maire ne peut interdire l'affichage d'une campagne préventive ayant un but de santé public, malgré son caractère immoral supposé ou établi.

<sup>199</sup> CE, Ass. 19 avril 1963, *Ville de Salon-de-Provence*, tel que cité par Marie-Caroline Vincent-Legoux.

<sup>200</sup> CE, ord. 8 juin 2005, n°281084, *Commune de Houilles*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

<sup>201</sup> La rédaction de cet article a été modifiée par l'article 6 de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. Aujourd'hui, il est rédigé comme suit : « *Est interdite l'installation, à moins de deux cents mètres d'un établissement d'enseignement, d'un établissement dont l'activité est la vente ou la mise à disposition du public d'objets à caractère pornographique.* »

<sup>202</sup> L'article 7 de la loi du 13 novembre 2014 a modifié la rédaction de cet article, qui dispose désormais : « *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.* »

<sup>203</sup> CE, ord. 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, *op.cit.*

Ici, alors même qu'aucuns « *troubles particuliers* » n'avaient été établis, l'interdiction était valable. Ce n'est pas réellement une nouveauté en matière de police administrative générale. Le maire était déjà fondé à interdire la projection de films à caractère immoraux, sans trouble ou risque de trouble matériel établi, simplement au vu du « *nombre exceptionnellement important d'établissements scolaires à Senlis* » <sup>204</sup>.

A notre sens, ces décisions ne sont pas forcément révélatrices de ce qu'est la moralité publique, parce que la protection de l'enfance constitue un but assez particulier de la police administrative. Cette protection est d'ailleurs normalement plutôt assurée par des polices administratives spéciales, centrées sur l'atteinte à la moralité, et pas forcément sur les circonstances locales, comme la police du cinéma (et d'ailleurs, il s'agissait d'interdire l'accès à des salles de cinéma dans deux cas sur trois) ou des publications destinées à la jeunesse. Le juge a d'ailleurs admis que ce n'est que de façon incidente que le maire pouvait concourir à cette protection au titre de son pouvoir de police générale <sup>205</sup>. De plus, c'est normalement le préfet qui est en charge de réglementer l'accès des mineurs « *à tout établissement offrant [...] des distractions ou spectacles, lorsque ces distractions ou spectacles ou la fréquentation de cet établissement se révèlent de nature à exercer une influence nocive sur la santé ou la moralité de la jeunesse* » <sup>206</sup>.

Il nous semble que les décisions du Conseil d'Etat, et cela est frappant dans l'arrêt *Commune de Houilles*, relèvent plus de la volonté de combler une carence de la législation qu'autre chose. On voit bien qu'il est problématique que des mineurs puissent être en contact avec un sex-shop, mais du fait de la configuration des lieux, la distance de cent mètres, prévue à l'article 99 de l'article de la loi du 30 juillet 1987 jouait en faveur de l'ouverture de l'établissement, qui était plus éloigné. Or deux cents mètres, ou trois cents, est-ce vraiment moins risqué sur le plan de la protection des mineurs <sup>207</sup> ? Il s'agit ici, à notre avis, d'une solution pragmatique, rendue dans un souci de bonne justice, et n'illustrant pas réellement l'existence d'un ordre public strictement immatériel.

Le juge semble par ailleurs réaffirmer, depuis une période récente, la nécessité d'établir des troubles matériels.

## 2. La possible réaffirmation par le juge de la nécessité d'établir des troubles matériels

La question s'est récemment posée à propos des arrêtés « anti-burkinis ». Certains maires, en majorité des élus de communes méditerranéennes, après l'attentat de Nice survenu le 14 juillet 2015, avaient considéré qu'au regard du climat de psychose créé par les attentats,

---

<sup>204</sup> CE, Ass. 19 avril 1963, *Ville de Senlis*, publié au recueil *Lebon* p. 702.

<sup>205</sup> CE, ord. 9 juillet 2001, n°235638, *Préfet du Loiret*, publié au recueil *Lebon*. La mention de la protection des mineurs est certes présente et justifie la possibilité pour les maires de prévoir un couvre-feu pour les mineurs, mais comme celle de la sécurité, but de l'ordre public général, ce qui à notre avis est le point clé de l'ordonnance du juge des référés.

<sup>206</sup> Article 1 de l'ordonnance du 5 janvier 1959 réglementant l'accès des mineurs à certains établissements.

<sup>207</sup> Aujourd'hui, l'article 99 prévoit une distance de deux cents mètres.

l'interdiction du port de ce vêtement de bain était justifiée. Motivés de façon similaires, les arrêtés prévoyaient que :

« L'accès aux plages et à la baignade sur l'ensemble du territoire communal est interdit [...] à toute personne n'ayant pas une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et de la laïcité, respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime »<sup>208</sup>.

Après une période de flou devant les juridictions du fond, le Conseil d'Etat a déclaré ces arrêtés illégaux dans le cadre de la procédure du référé-liberté, rappelant que :

« Les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de régler l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public.

Il ne résulte pas de l'instruction que des risques de trouble à l'ordre public aient résulté, sur les plages de la commune de Villeneuve-Loubet, de la tenue adoptée en vue de la baignade par certaines personnes »<sup>209</sup>.

La plupart des arrêtés municipaux interdisant les burkinis ont par la suite été annulés par les juridictions du fond en reprenant ce résultat. Il existe cependant une exception notable, concernant l'arrêté municipal adopté par le maire de Sisco, validé par le Tribunal Administratif de Bastia, que nous citons *supra*, car une violente altercation avait causé une vive émotion dans la commune. Le Tribunal Administratif, suivant les conclusions de son rapporteur public, Hughes Alladio, ajoute :

« Ces événements ont eu un tel retentissement et ont suscité une telle émotion dans la commune, que la présence sur une plage de Sisco d'une femme portant un costume de bain de la nature de ceux visés par l'arrêté du 16 août 2016 aurait été de nature à générer des risques avérés d'atteinte à l'ordre public »<sup>210</sup>.

S'est alors posée la question du fondement de ces arrêtés. On sait que le principe de laïcité invoqué par les maires ne figure pas au sein de l'ordre public, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>211</sup>. Une partie de la doctrine rattache cette décision à la sécurité ou la tranquillité publique<sup>212</sup>. Nous avouons un certain scepticisme concernant cette position. En lui-même, le burkini ne porte pas atteinte à la sécurité de la baignade, ni même à la tranquillité publique, à moins justement que les personnes ne portant pas de burkini soient choquées par un comportement qu'elles jugeraient

---

<sup>208</sup> Nous citons ici l'exemple de l'arrêté du maire de Ghisonaccia du 18 août 2016, les arrêtés du maire de Villeneuve-Loubet étant par exemple rédigés de la même façon, tout comme ceux de la ville de Sisco.

<sup>209</sup> CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, *op.cit.*

<sup>210</sup> TA Bastia, 26 janvier 2017, *Association Ligue des droits de l'Homme*, *op.cit.*

<sup>211</sup> CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, *op.cit.*

<sup>212</sup> Peyroux-Sissoko, Marie-Odile. *L'ordre public immatériel en droit public français*, *op.cit.* Bon, Pierre. « Le "burkini" au Conseil d'Etat ». *Revue française de droit administratif*, n°6, 2017, p. 1227. *Contra*, rattachant les arrêtés anti-burkini à la moralité publique : Gaté, Juliette. « Ordre public, moralité publique et dignité de la personne humaine : quels pouvoirs pour le maire ? Quelles obligations ? » *Actualité juridique des collectivités territoriales*, n°11, 2016, p. 540.

contraire à la moralité publique, du fait d'un contexte particulier, qui les mèneraient à avoir un comportement contraire à l'ordre public. Et en cela, le jugement du Tribunal de Bastia suit exactement la lettre de l'arrêt *Société « Les Films Lutétia »*. Il y a bien une vive émotion liée à un comportement jugé choquant (le port d'un burkini sur la plage) en raison de circonstances locales particulières (l'existence de violences antérieures à l'arrêté pris par le maire) et ces circonstances et ces émotions sont bien préjudiciables à l'ordre public (risques de nouvelles émeutes).

Cette position est réfutée par Pierre Bon, pour qui le burkini « *ne porte pas atteinte à la décence puisqu'il s'agit, par définition même, de tenues d'une extrême décence* ». Mais la moralité publique, dont la décence est synonyme selon M. Bon lui-même, ne porte pas forcément sur une exposition au public de la nudité, comme nous l'avons exposé *supra*. Sur le plan sociologique, on peut débattre de l'évolution des mœurs et dire qu'il est tout de même paradoxal que des personnes choquées dans les années soixante par des films à caractère érotique (curieusement, beaucoup d'arrêts en la matière concernaient des communes méditerranéennes) le soient aujourd'hui par des femmes couvertes à l'extrême. Juridiquement, cela a assez peu d'impact : peu importe, en réalité, ce qui choque le public, car ce qui compte est qu'il soit choqué. En admettant cela, il semble que le Conseil d'Etat restreigne son utilisation du concept de morale publique à des cas où, à moyen terme, l'atteinte à celle-ci risque bien de créer des troubles matériels. Les circonstances locales particulières, que le juge ne fait parfois que mentionner sans leur donner ce nom, ou alors en les citant expressément mais sans les détailler semblent alors être le marqueur d'un risque de trouble matériel à l'ordre public.

Cette attitude du Conseil d'Etat conduit à s'interroger sur l'appartenance de la moralité publique à l'ordre public général.

## § 2. L'APPARTENANCE INCERTAINE DE LA MORALITE PUBLIQUE A L'ORDRE PUBLIC

La question est débattue par la doctrine de manière irrésolue depuis la parution du *Précis de droit administratif et de droit public* de Maurice Hauriou. Il faut cependant relever que la notion de moralité publique est souvent liée à la police administrative (A), et qu'il est à peu près certain qu'elle appartient au moins indirectement à celui-ci (B).

### **A. L'absence d'atteinte à la moralité publique, but manifeste de certaines mesures de police administrative**

La notion de moralité publique est parfois utilisée expressément pour justifier l'adoption de mesures de police (1). Sous couvert d'assurer la protection de l'enfance, certaines polices spéciales se révèlent également posséder une finalité morale (2).

### 1. *L'adoption de mesures de police justifiée par le souci de préserver la moralité publique*

La jurisprudence a souvent lié ordre public et moralité publique, tout comme le législateur. Ainsi le Conseil d'Etat a également été amené à admettre la réglementation des tenues de plage <sup>213</sup> par les maires, afin de respecter certaines exigences de décence. Cela paraît confirmer, de façon incidente, nos propos précédents concernant le burkini, la réglementation des tenues de plage s'apparentant bien à une exigence de bonne moralité publique. Le maire est également compétent pour contrôler la décence des inscriptions funéraires sur les pierres tombales, un maire pouvant par exemple supprimer l'inscription « victime innocente » apposée par une veuve sur la tombe de son mari fusillé à la Libération sur ordre de la cour martiale <sup>214</sup>. Evidemment, l'atteinte à la moralité publique a également pu fonder des arrêtés municipaux interdisant la projection de certains films en raison de circonstances locales particulières, préjudiciables à l'ordre public, dans la lignée de la jurisprudence *Société « Les Films Lutétia »*.

Sur le plan législatif, il est intéressant de constater que même dans le cadre de polices spéciales, les textes semblent suivre un raisonnement assez proche de celui du Conseil d'Etat. Ainsi le code de la santé publique prévoit à son article L. 3332-15 que le préfet peut ordonner la fermeture des débits de boissons pour une durée maximum de deux mois « *en cas d'atteinte à l'ordre public, à la santé, à la tranquillité ou à la moralité publiques* ». Il faut bien qu'il existe un fait particulier, un trouble à l'ordre public, pour qu'un établissement puisse être fermé d'office par le préfet pour des raisons de moralité publique.

Les mesures de police administrative ne visent pas toujours expressément la moralité : c'est parfois la protection de la jeunesse qui est visée, avec ou sans mention explicite de la moralité publique.

### 2. *Le but parfois implicite de préservation de la moralité des mesures visant la protection de la jeunesse*

La protection de la jeunesse, parfois nommée protection de l'enfance, protection des mineurs, ou encore protection de l'enfant est intéressante à plus d'un titre. Elle est normalement assurée par les dispositions des articles 375 et suivants du code civil, par les parents ou tuteurs des mineurs ou si ceux-ci sont dans l'impossibilité de l'assurer, par les services sociaux de protection de l'enfance, ou par la justice, et en particulier par le juge des enfants. L'article 375 du code civil, modifié par la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, définit les dangers contre lesquels l'enfant doit être protégé :

« Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public ».

---

<sup>213</sup> CE, sect. 30 mai 1905, n°89673, *Beaugé*, publié au recueil Lebon p. 582.

<sup>214</sup> CE Ass., n°91208, 4 février 1949, *Dame Veuve Moulis*, publié au recueil Lebon, p. 52

La protection de l'enfance a pour but la préservation, chez les mineurs, de notions qui trouvent largement écho en matière d'ordre public. L'article 375 du code civil répond assez bien à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, bien que ne soit pas mentionnée la tranquillité. Cependant, la protection des mineurs est particulière, parce qu'elle vise à former, éduquer, les enfants, à favoriser leur développement, à protéger, en un mot, leur intérêt. Cette protection est particulièrement large et mène à une politique sévère car cet intérêt est supérieur, selon la lettre de la convention internationale des droits de l'enfant du 2 septembre 1989 (ratifiée par la France le 7 août 1990), qui dispose à son article 3 :

« 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées ».

Avant même cette ratification, le droit français a toujours accordé une place particulière à la protection des enfants, et en particulier à la protection de leur morale, *via* de nombreuses polices administratives spéciales, confiées à des autorités de police au niveau national. Ce mode d'action se justifie précisément par la nécessité d'établir sur tout le territoire un même cadre de protection. Cela ne prive pas totalement les autorités locales de pouvoirs en la matière. Ainsi l'article 1 de l'ordonnance du 5 janvier 1959 réglementant l'accès des mineurs à certains établissements dispose :

« Sans préjudice de l'application des lois et règlements en vigueur, le préfet peut, par arrêté, interdire l'accès des mineurs de dix-huit ans à tout établissement offrant, quelles qu'en soient les conditions d'accès, des distractions ou spectacles, lorsque ces distractions ou spectacles ou la fréquentation de cet établissement se révèlent de nature à exercer une influence nocive sur la santé ou la moralité de la jeunesse ».

La moralité n'est parfois mentionnée qu'en filigrane ou de façon indirecte, par ces mesures de police administrative. Ainsi l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée prévoit que :

« La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture.

Ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine ».

Pourtant, c'est manifestement l'immoralité de certains films qui fonde l'interdiction de la représentation à certaines catégories de mineurs (interdiction aux moins de douze ans, seize ans, ou dix-huit ans selon l'article R. 211-12 du code du cinéma et de l'image animée), ce que ce même article confirme implicitement puisque l'appréciation des films est fondée sur la présence de « *scènes de sexe ou de grande violence* » propres à « *troubler gravement la sensibilité des mineurs, à présenter la violence sous un jour favorable ou à la banaliser* ». La moralité revient donc ici de manière plus insidieuse <sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> Il faut également constater que le juge administratif mentionne peu - voire pas du tout - la moralité, se contentant d'apprécier le caractère pornographique ou violent des œuvres considérées, sans doute pour éviter certaines critiques relatives au caractère subjectif de l'appréciation du caractère immoral des films qu'il pourrait faire.

Le législateur est cependant parfois plus explicite. Nous avons déjà mentionné l'article 1 de l'ordonnance du 5 juillet 1959, mais l'article 2 de la loi du 16 juillet 1949 est tout aussi clair. Les publications destinées à la jeunesse ne doivent pas être « *de nature à nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral de l'enfance ou la jeunesse. Elles ne doivent comporter aucune publicité ou annonce pour des publications de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse* ».

Si la moralité publique est liée, directement, ou indirectement via la notion de protection de l'enfance, à l'ordre public, se pose tout de même la question de savoir si elle appartient concrètement ou non. On peut répondre par cette question, nous le croyons, de façon positive, mais il faut immédiatement apporter une nuance à cette affirmation, car cette appartenance est indirecte.

## **B. L'appartenance indirecte de la moralité publique à l'ordre public**

Il est aujourd'hui évident et difficilement contestable que la moralité publique appartient à l'ordre public général (1). Cependant, on peut s'interroger : n'est-ce pas le cas uniquement du fait de ses conséquences matérielles (2) ?

### *1. Une notion appartenant manifestement à l'ordre public général*

La notion de moralité publique est indubitablement, on vient de le voir, liée à celle d'ordre public. Certains ont pu le réfuter en se référant aux positions du doyen Hauriou. C'est essentiellement la position de la doctrine avant que ne soit rendu l'arrêt *Société « Les films Lutétia »*, et celle des contemporains qui ont été amenés à critiquer la décision, comme Prosper Weil. La plupart de ces auteurs n'acceptent pas la moralité publique comme but possible de mesures de police administrative en elle-même, mais uniquement par ses conséquences, c'est-à-dire le risque de troubles matériels <sup>216</sup>. Si bien que le débat sur l'appartenance de la moralité publique à l'ordre public recoupe parfois les termes du débat sur la nécessité pour les autorités de police d'établir un risque de troubles matériels pour justifier une mesure de police visant à prévenir ou faire cesser des atteintes à la moralité publique.

D'autres auteurs, au contraire, ont pu admettre qu'il existait effectivement une dimension immatérielle de l'ordre public, indépendamment de tout risque à l'ordre public <sup>217</sup>, à l'instar de René Chapus pour qui « *l'ordre public inclut un certain bon ordre (matériel et extérieur), qui ne se confond pas purement et simplement avec la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques* » <sup>218</sup> et qui ajoute que « *la moralité publique*

---

<sup>216</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif, op. cit.* ; Truchet, Didier. *Droit administratif, op. cit.*

<sup>217</sup> En ce sens : Bon, Pierre. « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné : A propos de Conseil d'Etat, 9 novembre 2015, Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala, n° 376107 », *op.cit.* ; Frier, Pierre-Laurent, et Petit, Jacques. *Droit administratif, op.cit.* ; Picard, Etienne. *La notion de police administrative, op.cit.* ; Vincent-Legoux, Marie-Caroline. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne, op.cit.*

<sup>218</sup> Chapus, René. *Droit administratif général, op.cit.*

*est bien la quatrième composante de l'ordre public* »<sup>219</sup>. D'autres auteurs évoquent deux alternatives : soit le caractère immoral est source de troubles matériels concrets, et sera à ce moment-là considéré comme relevant de la tranquillité publique, soit c'est l'immoralité elle-même qui est considérée, auquel cas la mesure de police relèvera alors de la moralité publique *stricto sensu*, qui appartient bien à l'ordre public<sup>220</sup>.

En réalité, ces divisions doctrinales sont intrinsèquement liées au risque que l'ordre public, s'il possédait effectivement une dimension morale, pourrait amener les autorités de police et le juge à interdire ou réglementer des activités en se fondant sur une appréciation subjective, et ainsi faire régner une forme de censure préjudiciables aux libertés, sans véritables garanties pour l'exercice de ces dernières. Les circonstances locales invoquées par le juge ont d'ailleurs été sévèrement jugées par Prosper Weil comme de simples « *clauses de style* »<sup>221</sup>, impropres à encadrer l'action du juge.

Le Conseil d'Etat a lui-même longtemps gardé le silence sur la question de l'appartenance de la moralité publique à l'ordre public, alors même qu'il avait l'occasion de préciser les contours de la moralité publique. On pensera notamment ici au célèbre arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*<sup>222</sup>, où le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé alors même que le commissaire du gouvernement Frydman l'invitait explicitement à le faire. En effet, Patrick Frydman précisait :

« Il est clair que, bien qu'elle ne soit pas formellement comprise dans la trilogie traditionnelle définissant l'objet de la police municipale - à savoir sécurité, tranquillité et salubrité publiques - la *moralité publique* constitue bien également, selon votre jurisprudence, un des buts en vue desquels cette police peut trouver à s'exercer »<sup>223</sup>.

Cependant, l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* reste muet sur la question, l'assemblée du contentieux précisant simplement « *que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* », évitant soigneusement de dire s'il s'agit de la quatrième ou de la cinquième composante de ce dernier. De plus, le Conseil d'Etat ne semble pas non plus avoir voulu inscrire dans sa jurisprudence une définition positive de la moralité publique, qui se définit traditionnellement plutôt en creux, parce les atteintes qui lui sont portées, toujours contrairement au raisonnement de son commissaire du gouvernement. En effet, Patrick Frydman proposait de reconnaître que la dignité de la personne humaine faisait partie de la moralité publique en affirmant : « *il n'est pas douteux, à notre sens, [que] le respect de la dignité de la personne humaine constitue lui-même l'une des composantes essentielles de la moralité publique* »<sup>224</sup>. Le Conseil d'Etat semble distinguer les deux notions, dans une attitude prudente qui est assez compréhensible. La dignité de la personne humaine est

---

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> Lebreton, Gilles. *Droit administratif général, op.cit.* ; Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884, op.cit.*

<sup>221</sup> Weil, Prosper. « Note sous CE, Sect., 18 décembre 1959, Société "Les films Lutétia" ». Recueil Dalloz, 1960, p. 171.

<sup>222</sup> CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, op.cit.*

<sup>223</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des "lancers de nains" ». *Revue française de droit administratif*, n° 6, 1995, p. 1204.

<sup>224</sup> *Ibid.*

invariable et absolue : elle ne supporte aucune atteinte et doit être appréciée indépendamment des circonstances locales, de la même manière, par toutes les autorités de police. Alors que la moralité publique, au moins dans le cadre de la police administrative générale, est entièrement tributaire de circonstances locales particulières, et par conséquent est appréciée de façon variable par les autorités de police. Il n'est pas non plus impossible que le silence du Conseil d'Etat ait été lié aux potentialités importantes de critiques et de protestations que nous évoquions *supra*.

Ces craintes pouvaient sembler justifiées à l'orée des années soixante, lorsque le juge administratif a rendu sa décision *Société « Les Films Lutétia »*. Elles semblent aujourd'hui infondées. Le juge administratif mobilise en effet avec parcimonie, dans le cadre du contentieux de la police administrative générale, la notion de moralité publique. Il refuse de plus quasiment systématiquement de considérer que l'activité considérée est immorale et/ou que des circonstances locales particulières justifient que l'autorité de police intervienne – on compte, depuis les années soixante, un peu moins d'une dizaine d'arrêtés notables en la matière. Les maires eux-mêmes sont réticents à interdire ou réglementer des activités pour protéger la moralité publique <sup>225</sup>. D'autant qu'en cas d'interdiction illégale, la décision du maire pourra non seulement être annulée mais pourra également conduire à l'engagement de la responsabilité de la commune pour faute simple <sup>226</sup>.

Le Conseil d'Etat semble donc s'être résolu à trancher la question, et dans son *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, a précisé que :

« L'ordre public revêt également une dimension « non matérielle », qui regroupe pour l'essentiel :

La moralité publique – parfois qualifiée de « bon ordre » prise en compte non de façon générale, mais en fonction de circonstances locales particulières ;

Et le respect de la dignité de la personne humaine, cette dernière ayant été dégagée comme telle par la jurisprudence » <sup>227</sup>.

Donc, comme nous avons pu le faire remarquer *supra*, la moralité publique semble être intégrée à la trilogie municipale *via* la notion de bon ordre. Cependant, nous avons déjà vu également que le bon ordre pouvait parfois être entendu comme synonyme de tranquillité publique. On en revient donc à une problématique déjà évoquée : la moralité publique, intégrée dans l'ordre public

---

<sup>225</sup> Même si certains maires ont pu demander aux gestionnaires de salles de cinéma de ne pas projeter certains films, comme aux Herbiers, en 1995, concernant la projection du film « Basic Instinct », ou influencer les sociétés d'affichages publicitaires pour qu'elles retirent les affiches de certains films, comme ce fut le cas à Versailles ou à Aix-en-Provence pour le film « Harcèlement ». Plus récemment, le maire d'Angers a demandé à la société JC Decaux de retirer les affiches d'une campagne de prévention du VIH du Ministère de la Santé représentant des couples homosexuels. Voir à ce sujet l'article paru : « Polémique : le maire fait retirer des affiches avec des couples gays ». Courrier de l'Ouest, 21 novembre 2016, disponible à l'adresse suivante : <http://www.courrierdelouest.fr/actualite/angers-polemique-le-maire-fait-retirer-des-affiches-avec-des-couples-gays-21-11-2016-291958> (Consulté le 7 mars 2018).

<sup>226</sup> CE, sect. 25 mars 1966, n°59426, *Société « Les Films Marveau »*, publié au recueil Lebon p. 240.

<sup>227</sup> *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*. Conseil d'Etat, section du rapport et des études, 30 mai 2010. [Disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-relative-aux-possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral>].

général, possède-t-elle oui ou non une dimension matérielle ou est-elle défendue comme telle, sans risques de troubles concrets à l'ordre public ? A notre sens, c'est parce que la moralité publique présente une dimension matérielle, ou quasi-matérielle à tout le moins, qu'elle appartient à l'ordre public.

## 2. *La moralité publique, une composante de l'ordre public du fait de ses conséquences matérielles ?*

La position du Conseil d'Etat semblait claire : la moralité publique appartenait à l'ordre public général par la notion de bon ordre et faisait partie d'une dimension « *non matérielle* » de l'ordre public, et la position doctrinale majoritaire semblait avoir gagnée. Cependant, nous avons vu que les différentes décisions rendues concernant les arrêtés « anti-burkini » remettent en cause cette interprétation. Comme pour confirmer cette affirmation (et sans doute poser plus de questions qu'il n'en résout) Jean-Marc Sauvé, le vice-président du Conseil d'Etat, a déclaré le 4 décembre 2016, dans une interview au *Figaro* :

« La notion d'ordre public a deux composantes. L'une, très concrète : c'est la prévention des atteintes aux personnes et aux biens. L'autre, qui touche plus aux principes, recouvre la notion de dignité humaine »<sup>228</sup>.

Cela paraît, à tout le moins, confirmer qu'un changement s'est produit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et que ce dernier a décidé de recentrer sa jurisprudence sur la dimension matérielle de l'ordre public. Pour la moralité publique, deux hypothèses sont envisageables : soit elle n'existe plus du tout, soit elle a été fusionnée avec une des deux notions qui sont citées par Jean-Marc Sauvé.

Nous ne souscrivons pas, personnellement, à la première théorie. Les tribunaux administratifs ont continué à utiliser la notion de moralité publique<sup>229</sup>, et Jean-Marc Sauvé lui-même, a mentionné la moralité publique, dans ses propos introductifs au colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, intitulé « L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation »<sup>230</sup>,

La seconde hypothèse nous paraît plus pertinente. Il faut donc chercher à rattacher la moralité publique soit à la dignité de la personne humaine, soit à la dimension matérielle de l'ordre public. Admettre que la dignité de la personne humaine englobe la moralité publique est à notre avis difficile, pour les mêmes raisons qui conduisent à refuser que la moralité publique contienne la dignité de la personne humaine : la moralité publique est tributaire des circonstances locales particulières, la dignité de la personne humaine ne l'est pas et doit être respectée en toute circonstances.

---

<sup>228</sup> Lombard-Latune, Marie-Amélie, et Sauvé, Jean-Marc. « Jean-Marc Sauvé : Pourquoi le Conseil d'État a autorisé le burkini ». *Le Figaro*, 4 décembre 2016.

<sup>229</sup> En ce sens TA Montreuil, 9 Novembre 2017, *op.cit.*

<sup>230</sup> Sauvé, Jean-Marc. Introduction du colloque intitulé « *L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* », 24 février 2017. [Disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-ordre-public-Regards-croises-du-Conseil-d-Etat-et-de-la-Cour-de-cassation>].

C'est donc plutôt à la dimension matérielle de l'ordre public que la moralité publique se rattacherait. Un indice de la réalité de cette théorie est le rattachement de la moralité publique au bon ordre de l'article L.2212-2 du code général des collectivités territoriales par le Conseil d'Etat lui-même. Il nous semble que le bon ordre recouvre à la fois la tranquillité publique et la moralité publique. Parfois entendue comme synonyme de « paix publique »<sup>231</sup>, la tranquillité publique se rapproche d'un autre terme utilisé pour caractériser la moralité publique : la paix sociale<sup>232</sup>. L'objectif est ici le même : le bon ordre public.

Cela permet par ailleurs de réconcilier les positions diverses de la doctrine, qui s'avèrent en réalité compatibles et toutes vraies. La moralité publique appartient bien à l'ordre public général, précisément parce qu'elle possède une dimension *a minima quasi-matérielle et extérieure*. Il s'agit d'atteintes qui sont susceptibles de choquer les tiers, la police administrative ne sanctionne donc pas un pur trouble dans les consciences, qui n'impacterait pas la société et les droits subjectifs de ses membres. Ensuite, il faut que pour des circonstances locales particulières, constatables, concrètes, en un mot, *matérielles*, le public soit choqué. On voit bien, sans même considérer la nécessité potentielle de troubles à l'ordre public matériels, que nous sommes assez loin de l'ordre de valeurs morales protégé en lui-même. A cela, il faut ajouter que toutes les circonstances locales examinées par le juge administratif – hors de celles relevant de la protection de l'enfance, significatives car quasiment rattachées à une police administrative spéciales – peuvent finalement laisser augurer d'un risque de trouble matériel à l'ordre public<sup>233</sup>, que le juge administratif semble aujourd'hui exiger. La moralité publique, finalement, n'appartiendrait bien à l'ordre public général qu'en raison des conséquences qu'une atteinte qui lui serait portée pourrait avoir à moyen terme sur la tranquillité publique, notamment, et donc *de facto* sur le bon ordre.

La moralité publique et la tranquillité publique seraient donc les deux faces d'une même pièce, le bon ordre, encore nommé paix publique ou paix sociale. En ce sens, la position de Pierre-Henri Teitgen nous paraît résonner de façon extrêmement moderne, puisqu'il a pu considérer que le bon ordre recouvrirait à la fois la tranquillité publique dans un aspect passif (au sens strict de la loi municipale), la tranquillité publique, au sens actif du terme, qu'il décrit comme « *l'absence de bagarres, de discussions, de violences, de tumultes et d'agitations dans les rues, les foires, les marchés, les salles de spectacles, les cafés et tous autres lieux d'assemblée publique* »<sup>234</sup>, extrêmement proche de ce que l'on peut comprendre intuitivement de la notion de bon ordre à la lecture de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, et également la moralité publique.

---

<sup>231</sup> En anglais, le terme « tranquillité publique » est d'ailleurs traduit en *public peace*.

<sup>232</sup> Lebreton, Gilles. *Droit administratif général*, *op.cit.*

<sup>233</sup> Des pétitions signées, des protestations, peuvent rapidement dégénérer en manifestations et partant, en troubles matériels à l'ordre public.

<sup>234</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, *op. cit.*

Les mesures de police administratives ont pour seules fins le maintien et le rétablissement de l'ordre public. Le constat est clair et invariable, et malgré toutes les évolutions qu'a pu connaître le concept d'ordre public, cette affirmation est toujours d'actualité.

Traditionnellement, l'ordre public est matériel et extérieur et est résumé par la trilogie municipale. Donc, en principe, les mesures de police administratives poursuivent alternativement, ou de façon complémentaire un but de sécurité, de salubrité, et de tranquillité publique. La jurisprudence du Conseil d'Etat entend de façon large l'ordre public matériel et extérieur, et tend à admettre qu'il existe un aspect quasi-matériel de l'ordre public, qui en constituerait une quatrième composante : la moralité publique. Il existe également une dimension immatérielle de l'ordre public, sous la forme d'une cinquième (ou quatrième, si l'on n'admet pas que la moralité publique fasse partie de l'ordre public) composante : la dignité de la personne humaine, que nous étudierons en seconde partie.

Pour autant, le juge administratif n'entend pas se faire écho d'une conception très extensive de l'ordre public, et sa jurisprudence en a fixé les limites, claires et d'ailleurs assez sévères.

## CHAPITRE II.

### L'ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL STRICT DE L'EXTENSION DE L'ORDRE PUBLIC

En principe, la police administrative générale ne peut pas poursuivre d'autres buts que ceux que nous avons énumérés *supra*, qui constituent selon Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit le « *minimum de conditions qui apparaissent indispensables pour garantir l'exercice des droits et libertés fondamentaux* »<sup>235</sup>. Pour agir dans d'autres domaines, en principe, « *il faut qu'un texte habilite expressément l'administration afin qu'elle puisse assurer la protection d'un ordre public spécial* »<sup>236</sup>.

On a pu voir que les frontières de la notion d'ordre public sont parfois floues, et la seconde partie de cette étude montrera qu'elles ont été redéfinies. Cependant, l'étude du droit en vigueur montre que l'extension de la notion d'ordre public est sévèrement encadrée et limitée, en grande partie par le juge administratif. Certaines limites imposées par le juge sont anciennes et connues (Section 1), mais de nouvelles questions sont apparues. Les juridictions administratives ont dû déterminer si l'ordre public incluait une dimension esthétique, mais également s'il existait un ordre public de valeurs, qui finalement constituerait un aspect moral de l'ordre public. (Section 2).

#### SECTION I.

##### LES LIMITES CLASSIQUES A LA DEFINITION DE L'ORDRE PUBLIC

Ces limites sont bien connues. D'abord, l'ordre public est bien une partie de l'intérêt général, tout intérêt général n'est pas d'ordre public (§1). De plus, si l'ordre public peut parfois avoir pour but de prévenir la commission de certaines infractions pénales, cela ne constitue pas forcément une extension de ce dernier (§2).

##### § 1. DES FINALITES TOUJOURS ENTENDUES STRICTEMENT PAR RAPPORT A L'INTERET GENERAL

Dire que maintenir l'ordre public est une activité qui poursuit l'intérêt général n'est pas choquant en soi. Il y a même de nombreuses raisons de juger qu'il s'agit d'une évidence (A). Néanmoins, toute nécessité d'intérêt général ne peut autoriser les autorités de police administrative à agir, car l'intérêt général dépasse la notion d'ordre public (B).

---

<sup>235</sup> Frier, Pierre-Laurent, et Petit, Jacques. *Droit administratif, op.cit.*

<sup>236</sup> *Ibid.*

## A. Une notion relevant *a priori* de l'intérêt général

L'intérêt général est complexe à définir. On peut relever que l'article 12 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que la force publique, c'est-à-dire l'administration, vise « *l'avantage de tous* », que cet article oppose à « *l'utilité particulière de ceux auxquels [la force publique] est confiée* », ce qui semble amorcer une définition de cet intérêt général, aussi nommé intérêt public ou encore utilité publique. Didier Truchet relève « *il est impossible de le définir de façon plus précise que par les besoins de la population* »<sup>237</sup>.

Il existe plusieurs conceptions de l'intérêt général. En France, la vision volontariste, voire rousseauiste, domine largement. Opposée à la version utilitariste du concept, qui envisage l'intérêt général comme la somme des volontés particulières, elle « *transcende la somme des intérêts spécifiques des groupes et des personnes* »<sup>238</sup>. Pour le doyen Vedel, cité par Paul Bernard « *il est ce qui reste de commun entre les intérêts particuliers, lorsqu'on les compare entre eux* »<sup>239</sup>. C'est l'intérêt du public, entendu comme entité propre et particulière. Issu de la volonté générale, c'est-à-dire de la nation, ou de ses représentants, qui opère les choix et décide des grandes orientations en la matière, la poursuite de l'intérêt général fonde l'action administrative.

En bonne logique, les mesures de police administrative doivent donc poursuivre des fins d'intérêt général. S'il faut absolument en faire la démonstration, au-delà des textes et de la définition même de l'intérêt général, nous rappellerons, même si cela paraît très tautologique et répétitif, que l'ordre public est, par définition, public. Cela signifie qu'il intéresse la vie de la société et la vie du public qui en fait partie, donc l'intérêt général. Etienne Picard relève d'ailleurs que « *très fréquemment, le juge, à propos de mesures de police, évoque [l'intérêt général] ou telle autre [notion] équivalente comme celle d'intérêt public, là où l'ordre public conviendrait parfaitement* »<sup>240</sup>. Ainsi, l'édition d'une réglementation nationale mettant en place un certificat de capacité pour la conduite des automobiles ne prive pas les autorités locales de leur « *compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le Chef de l'Etat toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité* »<sup>241</sup>. Un maire pouvait bien réglementer l'installation d'étals commerciaux sur une place de sa commune car cette mesure avait pour objet « *d'améliorer la circulation et le stationnement des véhicules, ainsi que l'autorité préfectorale l'avait demandé au maire ; qu'ainsi cette mesure est intervenue pour des fins d'intérêt général* »<sup>242</sup>.

En conséquence, puisqu'il fait partie de l'intérêt général, il n'est pas étonnant que l'ordre public ne comprenne pas la protection des intérêts privés. Ni que les mesures de police administrative

---

<sup>237</sup> Truchet, Didier. *Droit administratif*, op. cit.

<sup>238</sup> Frier, Pierre-Laurent, et Petit, Jacques. *Droit administratif*, op.cit.

<sup>239</sup> Vedel, Georges, *Essai sur la cause en droit administratif*, tel que cité par Bernard, Paul, in *La notion d'ordre public en droit administratif*, op.cit.

<sup>240</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative*. LGDJ, 1984.

<sup>241</sup> CE, 8 août 1919, *Labonne*, op.cit.

<sup>242</sup> CE, 25 juillet 1978, *Commune de Beynac*, publié au recueil Lebon p. 737.

adoptées dans un tel but par l'administration constituent un cas de détournement de pouvoir, et permette l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir, pouvant conduire à l'annulation par le juge de l'acte considéré, selon la vénérable jurisprudence *Lesbats* <sup>243</sup>.

Ce dernier est établi par le juge dans le cadre du contrôle de la légalité des mesures de police. Dès la décision *Benjamin* <sup>244</sup>, le juge a veillé « à ce que l'administration réglemente par ses mesures de police les activités privées en assurant une conciliation appropriée entre l'ordre public et les libertés » <sup>245</sup>. Ce contrôle a par la suite été théorisé par l'arrêt *Association pour la promotion de l'image (API)* <sup>246</sup>, qui consacre officiellement l'existence d'un contrôle renforcé applicable à certaines matières du droit administratif. A cet égard, il n'y a pas de revirement de jurisprudence. L'arrêt *Benjamin* semble simplement « consolidé dans sa portée contemporaine dès lors que l'impératif ancien contraignant l'administration à n'apporter que des restrictions indispensables à la jouissance des droits et libertés se trouve exprimé via le standard réputé le plus rigoureux » <sup>247</sup>. Le Conseil d'Etat a ainsi adopté un considérant standardisé, affirmant que : « les atteintes portées pour des exigences d'ordre public, à l'exercice [des libertés] doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées » <sup>248</sup>. Il faut cependant nuancer la portée de ce contrôle : il est applicable par défaut aux mesures de police administrative générale <sup>249</sup>, tel n'est pas forcément le cas pour les mesures de police administrative spéciale. Est ainsi concernée la police des données personnelles <sup>250</sup>, mais pas la police des étrangers <sup>251</sup>.

En ce qui concerne les mesures de police générale, le juge contrôle donc le caractère nécessaire, adapté et proportionné de la mesure de police en litige. Le détournement de pouvoir apparaît au moment du contrôle des faits par le juge. Les juridictions administratives examinent l'existence des faits allégués, selon les principes issus du célèbre arrêt *Camino* <sup>252</sup>. Le juge examine ensuite si les autorités de police ont juridiquement qualifié ceux-ci, selon la non moins célèbre jurisprudence *Gomel* <sup>253</sup>. Il s'agit de déterminer si, selon les circonstances de l'affaire, les faits constituaient bien, ou

---

<sup>243</sup> CE, 25 février 1864, n°34028, *Lesbats*, publié au recueil Lebon p. 210.

<sup>244</sup> CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *op.cit.*

<sup>245</sup> Roulhac, Cédric. « La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du "triple test de proportionnalité" par le juge administratif ». *Revue française de droit administratif*, n°2, 2018, p. 343.

<sup>246</sup> CE, Ass., 26 octobre 2011, n°317827, *Association pour la Promotion de l'Image*, publié au recueil Lebon p. 506.

<sup>247</sup> Roulhac, Cédric. « La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du "triple test de proportionnalité" par le juge administratif », *op.cit.*

<sup>248</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image*, *op.cit.*

<sup>251</sup> Ce qui s'explique par le fait qu'elle relève de ce qu'on l'appelait autrefois la « Haute Police », et qu'elle touche à la sûreté de l'Etat. Laisser une certaine marge de manœuvre aux autorités administratives en la matière n'est donc pas dépourvu de sens.

<sup>252</sup> CE, 14 janvier 1916, n°59619-59679, *Camino*, publié au recueil Lebon p. 15.

<sup>253</sup> CE, 4 avril 1914, n°55125, *Gomel*, publié au recueil Lebon p. 488.

non, un risque de trouble à l'ordre public. Evidemment, tel n'est pas le cas si au final, la mesure de police ne vise qu'à servir des intérêts privés.

Est ainsi constitutive d'un détournement de pouvoir une décision qui a pour but avoué la satisfaction de l'intérêt privé du titulaire de l'autorité de police <sup>254</sup>. Il en va de même si le motif d'ordre public avancé n'est qu'un prétexte pour satisfaire l'intérêt privé de ce dernier <sup>255</sup>.

Ne sont pas plus admises les mesures de police administrative ayant pour objet la protection d'intérêt privés des tiers. Est ainsi illégale l'interdiction, par un maire, de la circulation des véhicules devant un immeuble privé pour satisfaire les seuls intérêts du propriétaire de cet immeuble <sup>256</sup>. De même, est interdite la réglementation et l'interdiction de certaines activités marchandes en vue d'en favoriser d'autres. Il s'agit notamment, pour certains élus, de protéger les intérêts des commerçants locaux face à ceux d'artisans itinérants ou de forains <sup>257</sup>.

Même si l'ordre public fait partie de l'intérêt général, les deux notions ne sont pas absolument synonymes. L'ordre public est apprécié plus strictement que l'intérêt général, et en réalité, en constitue plutôt un secteur particulier.

## **B. Une notion plus restreinte que l'intérêt général**

L'affirmation est classique, là encore, et ne surprendra guère. Toute mesure visant au maintien ou au rétablissement de l'ordre public est d'intérêt général, toute mesure d'intérêt général n'est pas forcément d'ordre public.

L'ordre public est en réalité une branche particulière de l'intérêt général, qui vise à éradiquer certains troubles. Plus précisément, la notion d'ordre public concerne les besoins du public ou à procurer à celui-ci certains avantages, dans le domaine particulier de la sécurité, de la salubrité, de la tranquillité, voire de la moralité publique, et à éviter que soit portée atteinte à la dignité de la personne humaine, sur lequel nous reviendrons dans la seconde partie de cette étude. Par conséquent, tout ce qui ne concerne pas ces composantes est *a priori* exclu au moins de l'ordre public général. Le législateur peut cependant, bien évidemment, en décider autrement en ce qui concerne la police administrative spéciale, mais les autorités de police générales ne pourront, elles, pas poursuivre de tels buts au nom de leurs pouvoirs généraux de police. Si tel était le cas, il s'agirait d'un cas de détournement de pouvoir, moins grave que celui que nous évoquions *supra*, puisqu'un intérêt public est tout de même en cause.

---

<sup>254</sup> CE, sect. 14 mars 1934, n°22256, *Demoiselle Rault*, publié au recueil Lebon p. 337.

<sup>255</sup> CE, 20 octobre 1971, *Sieur Estaynou*, publié au recueil Lebon p. 614.

<sup>256</sup> CE, 11 mai 1984, *Maire de Calacuccia*.

<sup>257</sup> CE, 22 janvier 1975, n°91135, *Commune de Vallon-Pont-d'Arc*, publié au recueil Lebon p. 43, confirmé par CE, sect., 25 janvier 1991, n°80969, *Sieur Brasseur*, publié au recueil Lebon.

Cette forme de détournement de pouvoir peut parfois se rapprocher du détournement de procédure, par lequel, selon les auteurs des *Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative*, « l'administration, dissimulant le contenu réel d'un acte sous une fausse apparence, recourt à une procédure réservée par la loi à des fins autres que celle qu'elle poursuit, afin d'éviter certaines formalités ou de supprimer certaines garanties »<sup>258</sup>. En effet, le juge emploie ici, selon les cas, les deux formules<sup>259</sup>.

L'arrêt *Commune de Viry-Châtillon* donne une bonne illustration du raisonnement suivi par le juge. Dans cette affaire, le maire de Viry-Châtillon avait utilisé ses pouvoirs de police pour obliger une association gérant une maison des jeunes à évacuer les locaux qu'elle occupait. Le juge relève tout d'abord qu'il n'y avait pas de risque pour la sécurité publique. Puis il recherche quels ont été les véritables motifs de la décision prise par le maire, et relève qu'en réalité, « le maire de Viry-Châtillon a usé de ses pouvoirs de police pour mettre fin au différend qui opposait la commune au directeur de la maison de la jeunesse et de la culture de Viry-Châtillon »<sup>260</sup>. La conclusion logique de ce raisonnement est le détournement de procédure.

De même, un maire ne peut pas utiliser ses pouvoirs de police pour assurer l'exécution d'un contrat. La solution est ancienne, et a été dégagée par le juge concomitamment au concept de recours pour excès de pouvoir, dans l'arrêt *Lesbats*<sup>261</sup>.

De façon similaire, s'il n'existe pas de menace particulière et certaine pour l'ordre public, l'interdiction d'une manifestation au seul motif qu'elle risque de « porter atteinte aux relations internationales de la République »<sup>262</sup> est illégale<sup>263</sup>.

En principe, depuis l'arrêt *Pariset*<sup>264</sup>, les mesures de police ne peuvent avoir un but économique, car il s'agit d'une finalité étrangère à l'ordre public<sup>265</sup>. Cependant, si la finalité n'est pas exclusivement économique et que les mesures ont également pour effet de prévenir un risque de trouble à l'ordre public, le juge a admis la validité de telles mesures<sup>266</sup>.

---

<sup>258</sup> Long, Marceau, et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op.cit.*

<sup>259</sup> Pour un cas de détournement de pouvoir, voir CE, 24 juin 1987, n°47260, *Bes*, publié au recueil Lebon p. 568. ; pour un cas de détournement de procédure, voir CE, 19 janvier 1979, n°08118, *Commune de Viry-Châtillon*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> CE, 25 février 1864, *Lesbats*, *op.cit.*

<sup>262</sup> Arrêté du 6 septembre 1994 du préfet de police de Paris interdisant les manifestations prévues lors de la visite du Président de la République populaire de Chine.

<sup>263</sup> CE, 12 novembre 1997, *Ministre de l'Intérieur c. Association Communauté tibétaine de France*, *op.cit.*

<sup>264</sup> CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, *op.cit.*

<sup>265</sup> Pour une confirmation plus récente, voir CE, 24 juin 1987, *Bes*, *op.cit.*

<sup>266</sup> CE, sect. 25 juillet 1975, *Chaigneau*, *op.cit.*

## § 2. LA FAUSSE EXTENSION DE L'ORDRE PUBLIC : LA PREVENTION DES INFRACTIONS PENALES

Le principal reproche fait aux ordonnances *Diendonné*, et en particulier à celle rendue le 09 janvier 2014, vient du fait que la rédaction de celles-ci pouvait porter à croire que les mesures de police administrative pouvaient avoir pour but la prévention d'infractions pénales. La formulation de l'ordonnance du juge des référés du 09 janvier 2014 précisait ainsi : « *il appartient [...] à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises* »<sup>267</sup>. Son appartenance à l'ordre public, en tant que composante autonome de celui-ci, ainsi que semblait le consacrer le juge, a été source de débats doctrinaux importants (A), si bien que le juge a dû préciser sa jurisprudence et rappeler qu'il ne s'agissait pas d'une composante à part entière de l'ordre public (B).

### A. La consécration de la prévention des infractions pénales comme composante potentielle de l'ordre public, source de controverses

De prime abord, la décision du Conseil d'Etat est effectivement problématique, si bien qu'elle a été critiquée de façon très dure par une partie de la doctrine (1). Certains auteurs ont cependant fait une lecture plus nuancée de cette décision si bien que le débat n'a pas réellement pu être tranché par la doctrine (2).

#### 1. Les vives critiques adressées à la jurisprudence du Conseil d'Etat

Classiquement, deux critères sont envisagés pour distinguer les aspects administratifs et judiciaire de la police. Comme nous le rappelions en introduction, la police administrative poursuit « *la protection des personnes et des biens contre les risques de la vie en société* »<sup>268</sup>. La police judiciaire, elle, a pour but « *la constatation d'une infraction et la recherche de ses auteurs* »<sup>269</sup>. La police administrative est par essence préventive, tandis que la police judiciaire est, elle, répressive. A ce critère finaliste est donc lié un critère temporel : la police administrative intervient avant qu'un comportement contraire à l'ordre public ne puisse voir le jour, la police judiciaire intervient pour sanctionner une infraction qui a déjà eu lieu.

L'ordonnance du Conseil d'Etat pouvait conduire à nier le caractère spécifique de l'ordre public, distinct de la loi pénale, puisque la formulation de l'ordonnance du 9 janvier 2014 semblait admettre que la prévention de *toutes* les infractions pénales pouvait constituer un motif légitime d'adoption d'une mesure de police administrative.

---

<sup>267</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>268</sup> Truchet, Didier. *Droit Administratif*, *op.cit.*

<sup>269</sup> *Ibid.*

Or, évidemment, le prisme n'est pas le même : même si parfois les qualifications se recoupent, elles existent de façon indépendante. Ce sont les faits en eux-mêmes qui fondent la qualification d'infraction pénale ; un trouble à l'ordre public n'existe en principe que par les conséquences que ces mêmes faits produisent <sup>270</sup>.

Une seconde série de critiques, liée à la première, est issue du fait que l'ordonnance du 9 janvier 2014 semblait admettre que la simple probabilité de la commission ou de la réitération d'une infraction pénale pouvait justifier l'adoption d'une mesure de police. C'est ici le caractère préventif même de la police administrative qui est remis en cause : la logique régissant ces mesures devient ici prédictive. Ce n'est plus la possibilité, certaine, indiscutable, inéluctable, même, qu'un trouble à l'ordre public advienne, qui est ici mise en cause, c'est la potentialité, sans certitude, de la reproduction d'un acte pénalement répréhensible qui est en cause.

Cela vient également remettre en question la logique pénale classique. Comme le précisait Dominique Rousseau, « *la sanction ne touche pas un acte commis mais la possibilité qu'un acte déjà pénalement condamné soit commis à nouveau* » <sup>271</sup>, or, normalement, le régime pénal est « *traditionnellement présenté comme répressif : en France, jusqu'à présent, la liberté était reconnue a priori et ses abus éventuels sanctionnés a posteriori* » <sup>272</sup>. Certains auteurs ont pu parler de procès d'intention, contraire à toutes les règles du droit pénal, voire même à la Déclaration de 1789, qui établit la présomption d'innocence : « *l'infraction pénale, en droit commun, ne saurait être constituée que par un commencement d'exécution. Elle ne saurait donc être ni présumée ni anticipée par un procès d'intention* » <sup>273</sup>.

Bien qu'elle ne soit pas nouvelle <sup>274</sup>, la possibilité semblant ouverte par le Conseil d'Etat peut en effet interroger. Certains ont cru y voir une jurisprudence « *Minority Report* ». Cette inquiétude était amplement fondée, car comme le rappelle Dominique Rousseau, au-delà de l'affaire Dieudonné lui-même, il s'agit de « *savoir si une sanction peut atteindre la probabilité même forte d'un acte ou seulement la matérialité d'un acte* » <sup>275</sup>.

## 2. Une décision méritant sans doute une appréciation plus nuancée

Certains auteurs se sont montrés moins critiques, plus nuancés, dans leur analyse. Ils ont pu ainsi avancer que l'ajout par le juge de la nécessité, pour les autorités de police, de prévenir les infractions

---

<sup>270</sup> Trib. Confl., 19 mai 1998, n°03088, *Bolle veuve Laroche*, publié au recueil Lebon.

<sup>271</sup> Rousseau, Dominique. « Les tourments juridiques des ordonnances Dieudonné ». *Gazette du Palais*, n°51, février 2014, p. 09.

<sup>272</sup> Seiller, Bertrand. « La censure a toujours tort ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 3, 2014, p. 129.

<sup>273</sup> Sur, Serge. « Jour de deuil pour la liberté ». Note de blog parue sur le blog *Liberté, libertés chéries*, 10 janvier 2014 [Disponible à l'adresse suivante : <http://libertescheries.blogspot.fr/2014/01/les-invites-de-llc-serge-sur-jour-de.html>.]

<sup>274</sup> Nous avons pu mentionner les mesures de rétention de sûreté comme se basant sur la même logique, lorsque nous évoquions la sécurité. En ce sens, voir également Rousseau, Dominique. « Les tourments juridiques des ordonnances Dieudonné », *op.cit.*

<sup>275</sup> *Ibid.*

était certes malheureux, ce qui expliquait sans doute sa disparition des décisions suivantes <sup>276</sup>, mais que les critiques portant sur la distinction temporelle et/ou finaliste entre la police administrative et la police judiciaire n'avaient pas forcément lieu d'être. Ils ont en effet fait long feu depuis longtemps : ainsi il est tout à fait possible qu'une mesure de police judiciaire intervienne à titre préventif pour empêcher qu'une infraction ne soit commise <sup>277</sup>.

Certains ont rappelé que le juge avait déjà admis que les mesures de police administrative pouvaient avoir pour but la prévention des infractions pénales, à la condition que celles-ci constituent un trouble à l'ordre public. Pour ces auteurs, l'absence de mention de cette condition (le risque d'un trouble à l'ordre public) est dommageable, mais pouvait s'analyser comme étant sous-entendu par le juge. C'est par exemple la position de Pierre Bon, qui expose que :

« Ce qui est regrettable, c'est que l'ordonnance du 9 janvier 2014 n'ait pas précisé que, s'il appartenait à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises, ce n'était que pour autant que ces dernières étaient susceptibles de porter atteinte à l'ordre public (même si cela était peut-être implicite dans le raisonnement de son auteur) » <sup>278</sup>.

Il est vrai qu'une telle logique à peu ou prou déjà été consacrée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *SARL Editions du Pharaon* <sup>279</sup>, celui-ci ayant admis, comme le précise Jacques Petit, que « *la seule circonstance qu'un acte tombe sous le coup de la loi pénale n'interdit pas à la police de l'interdire préventivement* » <sup>280</sup>. Cela paraît logique, dans la mesure où on voit mal pourquoi tout trouble à l'ordre public, dès lors qu'il serait constitutif d'une infraction pénale, ne pourrait être prévenu par les autorités de police administrative, d'autant que les faits considérés peuvent souvent mériter les deux qualificatifs, comme le rappelait Gweltaz Eveillard :

« S'il est loin d'être systématique qu'un trouble à l'ordre public constitue une infraction - légalité des délits oblige - on conçoit mal qu'une infraction ne constitue pas un trouble à l'ordre public, sans besoin d'ailleurs d'ajouter à ce dernier une composante supplémentaire car elle porte atteinte de manière quasi-nécessaire, soit à la sécurité publique, soit à la tranquillité publique, soit à la salubrité publique, soit au bon ordre moral » <sup>281</sup>.

Le juge administratif a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence. Sa position semble aujourd'hui avoir pris en compte les reproches qui ont pu être adressés à ses décisions, et prête aujourd'hui moins le flanc à la critique.

---

<sup>276</sup> Petit, Jacques. « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie ». *Actualité juridique du droit administratif*, n°15, 2014, p. 866.

<sup>277</sup> Trib. Confl., 15 juillet 1968, n°01909, *Consorts Tayeb*, publié au recueil Lebon.

<sup>278</sup> Bon, Pierre. « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné : A propos de Conseil d'Etat, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, n° 376107 », *op.cit.*

<sup>279</sup> CE 20 déc. 1985, n° 68467, *SARL Editions du Pharaon*, publié au recueil Lebon.

<sup>280</sup> Petit, Jacques. « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 15, 2014, p. 866.

<sup>281</sup> Eveillard, Gweltaz. « Le Conseil d'État et l'affaire Dieudonné ». *Droit administratif*, n° 05, mai 2014, comm. 33.

## B. L'absence d'autonomie du but de prévention des infractions pénales au sein de l'ordre public

Avant toute chose, il faut rappeler que l'ordonnance du 9 janvier 2014 a été rendue dans des conditions difficiles et que le temps a joué contre le juge des référés – même si bien sûr, on ne saurait reprocher à la procédure du référé-liberté d'être rapide, puisque cela est son objectif. L'emballement médiatique a de plus contribué à polariser le débat, même sur le terrain strictement juridique.

Dans un arrêt rendu le 9 novembre 2015 <sup>282</sup>, toujours dans le cadre de l'affaire Dieudonné, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser son raisonnement. A cet égard, les conclusions de Aurélie Bretonneau <sup>283</sup> sont particulièrement édifiantes, car elles témoignent d'une véritable volonté de répondre aux critiques, les auteurs ayant pris des positions particulièrement virulentes étant d'ailleurs expressément mentionnés dans ces mêmes conclusions <sup>284</sup>.

Le Conseil d'Etat a tout d'abord confirmé que les autorités de police administrative peuvent poursuivre un but de prévention des infractions pénales (1). Cependant, il rappelle également que ce n'est que dans le cas où les faits constitutifs d'infractions pénales peuvent entraîner un trouble à l'ordre public que les autorités de police peuvent se saisir de cette question (2).

### 1. *La prévention des infractions pénales, but légitime des mesures de police administrative*

Le Conseil d'Etat commence en effet par confirmer les prises de positions que nous mentionnions *supra* en affirmant de façon expresse :

« Il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public sans porter d'atteinte excessive à l'exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales » <sup>285</sup>.

Plusieurs raisons ont pu conduire au maintien de ce principe. Tout d'abord, il faut rappeler que la distinction entre police judiciaire et police administrative est depuis longtemps malmenée, puisqu'il existe une véritable « porosité thématique » <sup>286</sup>, selon l'expression de Aurélie Bretonneau, entre les deux notions. De même, une mesure de police administrative peut intervenir même si le trouble a déjà eu lieu, sans pour autant poursuivre, d'ailleurs, une finalité répressive : il s'agit d'éviter sa répétition ou de le faire cesser pour retourner à l'état d'ordre normal. Aurélie Bretonneau rappelle ainsi que :

---

<sup>282</sup> CE, 9 novembre 2015, *Ministre de l'Intérieur c. Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>283</sup> Bretonneau, Aurélie. « Légalité de la circulaire Valls dans l'affaire Dieudonné ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 44, 2015, p. 2805.

<sup>284</sup> Aurélie Bretonneau citant par exemple la tribune intitulée « La censure a toujours tort », du professeur Bertrand Seiller.

<sup>285</sup> CE, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>286</sup> Bretonneau, Aurélie. « Légalité de la circulaire Valls dans l'affaire Dieudonné », *op.cit.*

« Le résultat, qui est que mesures de police et mesures répressives, souvent, se ressemblent à s'y méprendre, parce qu'elles portent sur les mêmes types de faits, ont une portée similaire et ne se distinguent finalement que par leur objet, préventif ou punitif, est assumé depuis l'origine. »<sup>287</sup>

C'est le sens de la formule « *maintenir ou rétablir l'ordre public* », que le juge administratif emploie assez usuellement, qui est rappelé ici. Expliqué ainsi, la jurisprudence du Conseil d'Etat perd quelque peu son côté révolutionnaire, et la fougue qu'a pu mettre la doctrine pour la combattre peut sembler quelque peu déraisonnable, quoique compréhensible dans l'emballement médiatique du moment.

D'autre part, empêcher les autorités de police administrative d'agir au prétexte que les troubles considérés constitueraient des infractions serait quelque peu absurde : outre que comme le précisait le professeur Eveillard, les mêmes faits puissent bénéficier des deux qualifications, au motif de préserver la compétence du juge judiciaire, on interdirait la prévention des troubles les plus graves, ce qui n'a pas beaucoup de sens.

Le Conseil d'Etat confirme donc l'aspect « novateur » de sa jurisprudence de 2014, mais en l'atténuant, ce qui a pour effet de réintégrer cet aspect au sein de la théorie générale de la police générale de la police administrative<sup>288</sup>.

## 2. *La nécessité réaffirmée de l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public*

Si le Conseil d'Etat maintient sa jurisprudence, il y apporte néanmoins une précision et une nuance importante en considérant que seules les infractions « *susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public* » peuvent justifier l'adoption de mesures de police administrative. En réalité, ce que le juge rappelle, c'est que le motif qu'un acte constitue ou non une infraction pénale, est assez indifférent en matière de police administrative : ce qui est réellement important, c'est le risque que l'acte engendre un trouble. Dès lors, on peut résumer la jurisprudence du Conseil en la matière en deux principes :

- La police administrative ne peut avoir pour objet la prévention des infractions pénales que si les faits constitutifs de celles-ci présentent un risque de trouble à l'ordre public ;
- La seule circonstance qu'un comportement soit constitutif d'une infraction pénale n'est pas suffisante pour priver les autorités de police administrative de compétence si le comportement considéré constitue un trouble à l'ordre public.

En conséquence, l'impact de l'objectif de prévention des infractions pénales dégagé par le juge dans sa jurisprudence récente sur la définition de l'ordre public est à peu près nul. Il n'en modifie pas plus la théorie générale qu'il n'en constitue une nouvelle composante.

D'autant que de manière très classique, les mesures de police administrative visant la prévention des infractions pénales ne sont légales que si elles sont soumises au classique contrôle du triple-

---

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> Bon, Pierre. « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné : A propos de Conseil d'Etat, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala, n° 376107* », *op.cit.*

test de la jurisprudence *Benjamin*. Elles doivent être nécessaires, adaptées, et proportionnées. Cela devrait rassurer ceux qui jugeaient que le Conseil d'Etat consacrait une dimension prédictive de la police administrative. En effet, selon les juges du Palais-Royal, « *la nécessité de prendre des mesures de police administrative et la teneur de ces mesures s'apprécient en tenant compte du caractère suffisamment certain et de l'imminence de la commission de ces infractions ainsi que de la nature et de la gravité des troubles à l'ordre public qui pourraient en résulter* »<sup>289</sup>.

En d'autres termes, la dimension prédictive est rejetée. Pour le rapporteur public, Aurélie Bretonneau, elle semble même n'avoir jamais été consacrée, ni par le juge, ni par la circulaire du Ministre de l'Intérieur rappelant le droit applicable aux maires et aux préfets. Ainsi, dans la décision *Cournon d'Auvergne*<sup>290</sup>, le juge administratif n'a pas « *en estimant qu'un doute sérieux existait sur l'interdiction d'un spectacle ultérieur de Dieudonné, infléchi [les critères dégagés par la circulaire Valls], mais les a au contraire maniés en arrivant à un résultat différent en raison du contenu différent du spectacle* »<sup>291</sup>. Même s'il existe toujours une part de probabilité et d'incertitudes dans cette appréciation, qui la rendent plus ou moins acceptable, plus ou moins source de questionnements<sup>292</sup>, on ne peut nier que le juge a resserré son contrôle et examine avec une attention particulière la possibilité qu'il y ait, oui ou non, un risque pour l'ordre public lorsqu'une mesure de police vise à prévenir une infraction pénale.

La consécration de la prévention des infractions pénales comme but autonome des mesures de polices administrative n'a donc pas eu lieu, et l'on ne peut que se féliciter des précisions apportées par le juge en la matière. Le Conseil d'Etat reste particulièrement attentif au maintien de la définition de l'ordre public, et entend ce dernier de façon stricte. Ainsi, il refuse de multiplier les composantes immatérielles de l'ordre public.

## SECTION II.

### LE REFUS DE CONSACRER UNE DIMENSION ESTHETIQUE OU MORALE AU SEIN DE L'ORDRE PUBLIC GENERAL

Aujourd'hui, il serait incongru de nier l'existence d'un ordre public immatériel<sup>293</sup>. Celui-ci dépasse le droit de la police administrative, du fait de sa définition même.

---

<sup>289</sup> CE, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et S.A.R.L. Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>290</sup> CE, ord., 06 février 2015, n°387786, *Commune de Cournon d'Auvergne*, publié au recueil Lebon.

<sup>291</sup> Bretonneau, Aurélie. « Légalité de la circulaire Valls dans l'affaire Dieudonné », *op.cit.*

<sup>292</sup> Etait-il certain que Dieudonné tiendrait des propos antisémites lors de son spectacle à Nantes ? Ou y avait-il un réel risque que de tels propos soient réitérés ?

<sup>293</sup> Voir à ce sujet Peyroux-Sissoko, Marie-Odile. *L'ordre public immatériel en droit public français*, *op.cit.*

« Relève de l'ordre public immatériel *tout ce qui, dans notre droit, tend à prévenir, à réprimer ou à priver d'effets certains actes pourtant dépourvus de conséquences matérielles*. Aussi l'ordre public immatériel intéresse-t-il le droit pénal, le droit civil, les nullités d'ordre public et l'ordre public procédural »<sup>294</sup>.

En ce qui concerne la police administrative, l'existence d'un tel ordre immatériel se manifeste par l'inclusion au sein de l'ordre public général de la dignité de la personne humaine. C'est un fait établi depuis l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*<sup>295</sup>. Cependant, le juge administratif refuse d'étendre cette dimension immatérielle en y ajoutant d'autres composantes, et refuse tout autant d'y inclure une dimension morale. Un temps acceptée comme composante de l'ordre public général, l'esthétique n'est aujourd'hui plus une considération que les autorités de police peuvent prendre en compte dans l'exercice de leurs pouvoirs de police spécial (§1). De même, le Conseil d'Etat se montre très réfractaire à l'idée de la consécration d'un ordre public de valeurs pouvant servir de fondement à des mesures de police générale (§2).

## § 1. LA REMISE EN CAUSE DE L'ORDRE PUBLIC ESTHETIQUE

Initialement, l'esthétique a pu être admise par la jurisprudence comme une composante de l'ordre public général (A). Cependant, aujourd'hui, l'objectif d'esthétique relève exclusivement des polices administratives spéciales (B).

### **A. L'admission initiale de l'esthétique comme composante de l'ordre public général**

La notion d'esthétique renvoie, selon le dictionnaire Larousse, à la beauté, à l'harmonie, d'une œuvre d'art ou d'une construction. C'est une notion qui est par essence subjective, c'est-à-dire qu'ici elle varie selon l'appréciation propres des individus.

Il peut paraître surprenant, à première vue, que l'ordre public puisse comprendre une finalité esthétique. Si toutes les parties concernées (autorités de police, administrés, juge) peuvent *grosso modo* arriver à se mettre d'accord sur ce que peut être une atteinte à la sécurité, à la tranquillité, ou à la salubrité publique, voire même à la moralité publique si les réactions des administrés sont unanimes, l'esthétique ne manquera pas de faire débat, et sera tributaire du bon goût ou de l'absence de bon goût de chacun. De plus, borner la compétence et le champ d'application d'une telle finalité risquerait d'être éminemment complexe. Le souci d'esthétique doit-il concerner les bâtiments ? Comprendre les activités ? Un administré, si l'on pousse le raisonnement jusqu'à la caricature<sup>296</sup>, peut-il porter atteinte, par sa simple existence, à l'esthétique ? De plus, à l'évidence, ici, il n'existerait aucun trouble matériel, seul le sens visuel de certains serait touché.

---

<sup>294</sup> Schoettl, Jean-Eric. « Réflexions sur l'ordre public immatériel ». *Revue française de droit administratif*, n°2, 2018, p. 327.

<sup>295</sup> CE, Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *op.cit.*

<sup>296</sup> Quoique la considération ne soit pas, semble-t-il, totalement étrangère à certains arrêtés anti-mendicité pris par plusieurs maires.

Pourtant, le Conseil d'Etat a reconnu qu'au titre de leurs pouvoirs de police général, les autorités de police pouvaient viser un but esthétique. Ainsi, le maire d'Epinal a pu prendre, au titre et dans la limite des pouvoirs qu'il tenait de la loi du 5 avril 1884, des mesures visant à « *l'embellissement de la rue ou de la promenade* »<sup>297</sup>. De même, il a admis qu'en vertu de ses pouvoirs généraux, le préfet de police de Paris pouvait prendre des mesures visant « *le maintien de l'ordre et de la tranquillité et la sauvegarde de l'hygiène publique et de l'esthétique* »<sup>298</sup>. Un arrêt d'assemblée de 1938 a pu confirmer cette position, en admettant que les autorités de police municipale, devaient concilier « *l'intérêt de l'esthétique et la liberté de commerce et d'industrie* »<sup>299</sup>. Paul Duez relevait qu'il existait « *un mouvement de jurisprudence, encore récent et timide, [tendant] à faire pénétrer dans les pouvoirs généraux de police, à côté de la sécurité, de la salubrité, la protection de l'esthétique.* »<sup>300</sup>.

Certains auteurs admettent que la police administrative générale puisse avoir pour but l'esthétique et défendent avec enthousiasme cette idée. C'est le cas de Paul Duez, qui jugeait que « *le sens du beau fait partie et doit faire partie de notre patrimoine national* »<sup>301</sup>, et que les administrés avaient le droit de ne pas être choqués dans leur sens artistique, quelle que puisse être la définition de ce dernier. Robert-Edouard Charlier a pu adopter une position proche en admettant que l'esthétique était « *créatrice d'ordre et d'harmonie et un facteur de paix sociale* »<sup>302</sup>.

D'autres auteurs, s'ils ont pu admettre l'appartenance à l'ordre public général de l'esthétique, se sont montrés plutôt critiques envers cette potentielle nouvelle composante. Leurs arguments sont proches de ceux qui nous avons pu développer *supra*. A une échelle toute différente, l'appartenance de l'esthétique à l'ordre public faisant finalement assez peu débat, ils rappellent les critiques adressés par certains auteurs à la moralité publique. « *Si l'on admettait que l'esthétique puisse justifier toute mesure de police au même titre, par exemple, que les nécessités de la circulation, la porte aux abus se trouverait ouverte* »<sup>303</sup>, mettait ainsi en garde Paul Bernard.

Dans tous les cas, la plupart des auteurs ont qualifié – même pour ceux qui étaient partisans d'inclure l'esthétique au sein de l'ordre public général – cette jurisprudence de « *timide* »<sup>304</sup>, voire dépassée. Etienne Picard relevait que les arrêts admettant que la police administrative générale

---

<sup>297</sup> CE, 2 août 1924, n°75773, *Sieur Leroux*, publié au recueil Lebon p. 780.

<sup>298</sup> CE, 23 octobre 1936, n°41995, *Union parisienne des syndicats de l'imprimerie*, publié au recueil Lebon p. 906.

<sup>299</sup> CE, Ass. 3 juin 1938, n°39833, *Société des usines Renault*, publié au recueil Lebon p. 531.

<sup>300</sup> Duez, Paul. « Police et esthétique de la ville ». *Recueil Dalloz*, 1927, p. 17.

<sup>301</sup> *Ibid.*

<sup>302</sup> Charlier, Robert-Edouard. « Les fins du droit public moderne », *Revue de Droit Publique*, 1947, p. 127.

<sup>303</sup> Bernard, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op.cit.*

<sup>304</sup> Duez, Paul. « Police et esthétique de la ville », *op.cit.*

étaient « rares et assez anciens »<sup>305</sup>. Pierre Delvolvé juge lui que : « au titre de la police générale, la présence de l'esthétique a pu paraître douteuse »<sup>306</sup>.

Aujourd'hui, le juge ne considère plus l'esthétique comme une des composantes de l'ordre public général, et sanctionne même les mesures de polices visant à préserver cet objectif. Ce n'est que par le prisme des polices administratives spéciales que la recherche du beau fait partie de l'ordre public.

## B. L'esthétique cantonnée à une finalité spéciale de l'ordre public

Le Conseil d'Etat a exclu à plusieurs reprises l'esthétique des buts légitimes pouvant être poursuivis par la police administrative. Ainsi, des mesures ayant pour objectifs de « contrôler notamment “ la conception esthétique de l'ensemble [d'un monument funéraire] ” n'ont pas pour objet direct le maintien du bon ordre et de la décence »<sup>307</sup> qui s'inscrivent normalement dans le cadre des pouvoirs de police du maire en matière de réglementation des cimetières, ce qu'il a par ailleurs confirmé dans son arrêt *Commune de Bures-sur-Yvette*<sup>308</sup>. De même, le maire ne peut faire enlever un dépôt de vieilles automobiles pour un motif d'esthétique, cette finalité ne se rattachant « ni à la sécurité, ni à la tranquillité, ni à la salubrité publique »<sup>309</sup>.

Si au titre des pouvoirs généraux de police, la finalité esthétique peut parfois être prise en compte, ce n'est que de façon détournée, indirecte, et très marginale : la défense de l'esthétique se greffe alors à d'autres intérêts, telle la protection de la sécurité publique. Ainsi, on sait que le maire, peut, au titre de l'article L. 2212-2, prendre des mesures visant « l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou autres parties des édifices qui puisse nuire par sa chute ou celle de rien jeter qui puisse endommager les passants ». On peut donc admettre légitimement qu'une mesure de police ait pour but le retrait d'une enseigne pouvant s'écrouler sur la voie publique, qu'elle soit d'ailleurs esthétique ou non, mais pas celui d'une simple affiche.

De façon parallèle, il faut noter la multiplication des polices spéciales qui traitent spécialement d'esthétique. Le schéma suivi rappelle l'analyse plutôt visionnaire que faisait Maurice Hauriou des polices spéciales, admettant celles-ci « comme des matières ayant appartenu à la police administrative générale, qui s'en sont détachées à raison de dispositions spéciales de la loi »<sup>310</sup>.

C'est précisément ce qu'il semble s'être passé dans le cas de l'esthétique. A l'évidence, au début du vingtième siècle, la protection de celle-ci est devenue une exigence et une nécessité, si bien que le Conseil d'Etat a décidé de se saisir de la question et d'inclure l'esthétique dans l'ordre public général. Cela prouve, de façon incidente, que la trilogie municipale ne résume pas à elle seule l'ordre public et ne l'a sans doute jamais résumé, même s'il n'est pas possible de déterminer clairement si le

---

<sup>305</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative*, op.cit.

<sup>306</sup> Delvolvé, Pierre. « L'ordre public immatériel ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2015, p. 890.

<sup>307</sup> CE, sect., 18 février 1972, n°77277, *Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne*, publié au recueil Lebon p. 153.

<sup>308</sup> CE, 11 mars 1983, n°20837, *Commune de Bures-sur-Yvette*, publié au recueil Lebon.

<sup>309</sup> CE, 21 juillet 1970, *Commune de Loubat*, publié au recueil Lebon p. 507.

<sup>310</sup> Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public.*, op.cit.

juge a rattaché l'esthétique au bon ordre (notion qui engloberait alors tout l'ordre public, au moins général) dans ce cadre. Mais le législateur s'est saisi, de façon concurrente, de ce même objectif.

Ce n'est sans doute pas un mal : étant élu, le législateur est peut-être plus légitime pour définir quels standards esthétiques font consensus dans la société. De plus, la question de l'esthétique touche à des notions parfois très techniques qui méritent un examen approfondi et des règles particulières : le processus législatif a également le mérite de permettre l'étude détaillée de ces questions.

Dès lors, les polices administratives spéciales ayant des finalités esthétiques se sont multipliées. Le code de l'environnement consacre un chapitre aux règles concernant les sites inscrits et classés « dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général »<sup>311</sup>. De même le code du patrimoine prévoit-il le classement des « immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public »<sup>312</sup>. Il faut aussi relever que la police de l'affichage, des enseignes et pré-enseignes se préoccupe, elle aussi, de l'esthétique, puisque :

« Le maire ou, à défaut, le préfet, sur demande ou après avis du conseil municipal et après avis de la commission départementale compétente en matière de sites, peut en outre interdire par arrêté toute publicité sur des immeubles présentant un caractère esthétique, historique ou pittoresque »<sup>313</sup>

Bien entendu, les règles d'urbanisme se préoccupent elles aussi d'esthétique : ainsi les différents documents locaux d'urbanisme (schémas de cohérence territoriales, cartes communales, plans locaux d'urbanisme) ont entre autres pour but la préservation des « sites et paysages naturels ou urbains, [...] des ensembles urbains remarquables et du patrimoine bâti »<sup>314</sup>.

Face à cette multiplication des règles spéciales et techniques, il eut été dommageable de maintenir une jurisprudence générale, puisque cela revenait en définitive à « consacrer l'inutilité de ces lois spéciales et créer par ailleurs des concours de police »<sup>315</sup>, ce qui aurait finalement été préjudiciable à la police de l'esthétique.

En définitive, l'évolution de la notion en matière de police administrative est intéressante. Elle montre que si l'ordre public a une tendance à l'extension, le contraire, c'est-à-dire la réduction de ses composantes, peut aussi se produire, notamment advenir lorsque des polices spéciales sont mises en place, pour répondre de façon plus adaptée à l'objectif en cause.

Dans le même temps, le juge administratif a dû se prononcer sur la possibilité d'inclure ou non une dimension morale au sein de l'ordre public.

---

<sup>311</sup> Article L. 341-1 du code de l'environnement. Auparavant, les lois du 21 avril 1906 et 1910 protégeaient ces monuments et ces sites.

<sup>312</sup> Article L. 621-1 du code du patrimoine.

<sup>313</sup> Article L. 581-4 du code de l'Environnement.

<sup>314</sup> Article L. 121-1 du code de l'urbanisme.

<sup>315</sup> Picard, Etienne, *La notion de police administrative, op.cit.*

## § 2. LA CONTENTION DE LA MUTATION VERS UN ORDRE PUBLIC MORAL

Il est aujourd'hui indubitable que l'ordre public possède une dimension immatérielle *via* la dignité de la personne humaine. Cependant, le juge administratif reste assez réticent et refuse d'étendre la dimension immatérielle de l'ordre public, fondement des mesures de police administrative générale, vers un ordre moral, qui procéderait d'une logique prescriptive. La question se pose pour plusieurs sujets : les exigences minimales de la vie en société et la cohésion nationale, d'une part, qui semblent relever de la même inspiration législative (A) et d'autre part les principes et valeurs tels que la dignité de la personne humaine (B).

### A. La question des exigences minimales de la vie en société

La question de l'intégration à l'ordre public des exigences minimales de la vie en société se pose depuis l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 sur la dissimulation du visage public dans l'espace public, puisque c'est sur la base d'un ordre public élargi incluant de telles notions qu'a été adopté ce texte. De façon proche, le législateur emploie parfois la notion de « vivre-ensemble », et le Conseil d'Etat a pu parler de « *cohésion nationale* »<sup>316</sup> de façon paraissant sinon synonyme, du moins liée à ces notions.

Il faut relever, tout d'abord, l'extrême difficulté que l'on a à définir ce que recouvrent ces termes. On peut relever à titre préliminaire que le vivre-ensemble, les exigences de la vie minimale en société, sont considérés par le législateur comme relevant d'un ordre public sociétal, qu'il assimile à l'ordre public immatériel – le Conseil d'Etat, lui, ayant préféré faire une distinction entre l'ordre public immatériel et une conception « renouvelée » de l'ordre public, qui s'apparenterait à cet ordre public sociétal<sup>317</sup>.

Quant à la cohésion nationale, elle n'est pas – ou peu, aujourd'hui – définie juridiquement, le concept relevant plutôt du domaine politique. Marie-Odile Peyroux-Sissoko en donne cependant une définition intéressante :

« L'ensemble des principes et valeurs qui, parce qu'ils en sont constitutifs, assurent le maintien de la Nation. La Nation pourrait ainsi être comparée au résultat d'une réaction chimique entre plusieurs réactifs ; un équilibre entre les différentes composantes de la société, entre les différentes cultures que la France intègre, serait donc assuré par l'existence et le respect de principes et valeurs fédérateurs. L'atteinte portée à ces principes et valeurs romprait alors l'équilibre, ce qui ébranlerait la Nation, voir même la remettrait en cause »<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>317</sup> *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral. Conseil d'Etat, section du rapport et des études*, *op.cit.*

<sup>318</sup> Peyroux-Sissoko, Marie-Odile. *L'ordre public immatériel en droit public français*, *op.cit.*

On voit donc que les termes, s'ils ne sont pas synonymes, sont au moins voisins et visent le même objectif, ou à défaut, que les exigences minimales de la vie en société sont en quelque sorte un moyen de parvenir à la cohésion nationale.

Ces exigences sont intéressantes, car elles conduisent à donner pour la première fois une définition positive de l'ordre public, dans le sens où elles imposent que pour certaines valeurs, qui constituent la base du contrat social républicain, « d'écartier, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par la volonté individuelle »<sup>319</sup>. L'affirmation de l'existence d'un tel ordre public n'est pas tout à fait nouvelle. Ainsi Marie-Caroline Vincent-Legoux définissait l'ordre public comme un ordre de limitation des libertés, de protection des libertés, mais également un ordre de fondation de valeurs, mais pour le Conseil d'Etat, une telle conception de l'ordre public est assez précaire, car elle n'a jamais été consacrée ni par le Conseil Constitutionnel, ni par aucun texte<sup>320</sup>.

Cette position paraît aujourd'hui un peu isolée dans la mesure où le Conseil Constitutionnel a validé la loi du 11 octobre 2010, par une motivation certes très succincte, mais liant clairement l'ordre public aux exigences minimales de la vie en société :

« Le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; [...] il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque-là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public »<sup>321</sup>

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a elle aussi admis la conventionnalité de cette loi, la recherche du vivre-ensemble pouvant légitimement justifier une limitation au droit à la vie privée et à la liberté de conscience défendus aux articles 8 et 9 de la Convention<sup>322</sup>.

Pour comprendre la position des juges du Palais-Royal, il faut sans doute étudier ce que le législateur entend précisément par vivre-ensemble. Dans son rapport concernant le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le député Jean-Claude Garraud précisait ainsi « on a pu appeler ce socle d'exigences fondamentales le vivre-ensemble, qui s'incarne, au plan juridique, dans des notions telles que l'intérêt général ou l'intérêt public »<sup>323</sup>. Au vu donc de la distinction que nous avons exposé *supra* entre les concepts d'ordre public et d'intérêt général, la position prudente adoptée par le Conseil dans son *Etude relative aux possibilités d'interdiction du voile intégrale* n'est donc pas très étonnante.

---

<sup>319</sup> *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral. Conseil d'Etat, section du rapport et des études, op.cit.*

<sup>320</sup> *Ibid.*

<sup>321</sup> Cons. Const., 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, op.cit.*

<sup>322</sup> CEDH, Grande chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11, *SAS c. France*.

<sup>323</sup> Garraud, Jean-Paul. *Rapport sur le projet de loi (n° 2520), interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée Nationale, 23 juin 2010. [Disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2648.asp>].

Evidemment, la recherche du vivre ensemble, de la cohésion nationale, n'est pas forcément un objectif illégitime en lui-même, même si on peut débattre de la portée des mesures qu'il permet d'édicter et de l'impact de ces dernières sur les libertés. Le législateur peut choisir les valeurs et les orientations politiques qu'il veut défendre. Tel est d'ailleurs son rôle en tant que représentant de la nation. Le débat sort ici de la sphère juridique, pour relever de décisions et d'orientations politiques. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui peuvent pousser à la création d'une police administrative spéciale ; Didier Truchet rappelait d'ailleurs qu'il s'agissait toujours de « *choix politiques* »<sup>324</sup>.

Mais l'ordre public *général*, lui, est conçu comme étant un « *ordre minimal nécessaire au jeu paisible de la liberté* »<sup>325</sup>, ou encore comme « *l'état dans lequel les libertés s'exercent au mieux* »<sup>326</sup> : standard minimum, il ne peut donc pas trop s'étendre et recevoir une conception trop restrictive, sans quoi il dépasse cet objectif. Il n'est donc pas illogique que le juge des référés ait rappelé, dans son ordonnance du 9 janvier 2014 concernant l'annulation du spectacle de Dieudonné par le préfet de Loire-Atlantique « *qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion* »<sup>327</sup>. La position du Conseil est assez cohérente, malgré son caractère ramassé. Elle permet de mettre l'accent sur la finalité de la police (l'exercice des libertés) plutôt que sur le moyen employé par celle-ci pour parvenir à cette fin (le maintien de l'ordre).

Cependant, le juge mentionne également que les propos risquant d'être tenu par Dieudonné sont « *de nature à mettre en cause la cohésion nationale* »<sup>328</sup>, en sus de constituer une atteinte à la dignité de la personne humaine. La mention de telles atteintes à la cohésion nationale n'est plus reproduite par la suite, si bien que l'on peut légitimement s'interroger sur le sens de cette mention qui ne cadre pas avec les prises de positions du Conseil. En réalité, elle a peut-être été dictée par les nécessités du moment, par la nécessité de réaffirmer de façon solennelle certains principes qui fondent la République, le droit français, et sans doute la vie politique de la nation. Comme le rappelait Denys de Béchillon :

« Il est donc très judicieux de rappeler que notre existence contemporaine, comme nation, s'est définie aussi dans la lutte contre la barbarie nazie, dans la conscience du génocide des juifs d'Europe, et donc dans le principe de la lutte contre l'antisémitisme (et *a fortiori* le négationnisme). [...] Nous avons, depuis la fin de la guerre, construit notre identité, le fond de notre vouloir vivre collectif sur la détestation de la barbarie nazie. Il y a beaucoup de justesse et d'intelligence à avoir fait de la lutte contre l'antisémitisme une part de notre cohésion souhaitée. »<sup>329</sup>

---

<sup>324</sup> Truchet, Didier, *Droit administratif général*, *op.cit.*

<sup>325</sup> Petit, Jacques. « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 15, 2014, p. 866.

<sup>326</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2015, p. 876.

<sup>327</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>328</sup> *Ibid.*

<sup>329</sup> Béguin, François, et Béchillon, Denys (de). « Affaire Dieudonné : Une réponse adaptée à une situation extraordinaire ». *Le Monde*, 10 janvier 2014. [Disponible à l'adresse suivante : [http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/10/dieudonne-le-conseil-d-etat-apporte-une-reponse-adaptee-a-une-situation-extraordinaire\\_4346331\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/10/dieudonne-le-conseil-d-etat-apporte-une-reponse-adaptee-a-une-situation-extraordinaire_4346331_3224.html)]

L'intention est louable, à n'en pas douter. Nous pouvons même admettre que face aux critiques et aux prises de positions des uns et des autres, rappeler les fondements du pacte républicain étant peut-être nécessaire dans le contexte particulier d'emballage inhérent à cette affaire. Cependant, la forme adoptée pour réaffirmer ces principes n'est peut-être pas la meilleure, car elle peut conduire, à terme, à la remise en cause de la finalité de l'ordre public, qui est d'organiser et de protéger l'exercice des libertés. Et même si le législateur a pu s'en défendre lorsqu'il a tenté de définir ce qu'il entendait par les exigences minimales de la vie en société, le caractère prescriptif de cette définition élargie de l'ordre public, appliquée à l'ordre public général, le conduirait inexorablement à reconnaître l'exigence d'un ordre moral, tout républicain qu'il soit, puisqu'elle conduirait à imposer une ligne de conduite aux individus en fonction de certains principes auxquels ces derniers n'auraient pas forcément choisi d'adhérer, sans que cette opinion ne se concrétise obligatoirement par un risque de trouble à l'ordre public matériel. Partant, l'oppression des consciences que redoutait Maurice Hauriou n'est pas très loin.

De là, on comprend mieux la distinction faite par le Conseil d'Etat entre l'ordre public immatériel et la conception renouvelée de l'ordre public. En effet, l'ordre public immatériel que la jurisprudence a consacré, tout prétorien qu'il soit, est encore un ordre de limitation et de protection des libertés <sup>330</sup>. La conception de l'ordre public que retient le législateur dépasse ce cadre ; il n'y a donc pas d'assimilation possible.

Il en va de même pour les valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine, notion très large qui doit être maniée avec prudence en matière de police.

## **B. La question des valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine**

L'ordonnance du 9 janvier 2014 admettait que les mesures de police administrative pouvaient avoir pour but de lutter contre des risques que soit porté atteinte « *au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine* » <sup>331</sup>. Issue de l'avis contentieux *Madame Hoffman-Glémane* <sup>332</sup>, qui concernait la responsabilité de la SNCF dans les déportations de la Seconde Guerre Mondiale, d'ailleurs expressément visé dans l'ordonnance du 9 janvier 2014, cette formulation a pu être critiquée. Les problématiques qu'elle pose sont proches de celles que nous avons abordé *supra*. Les valeurs et principes mentionnés semblent en fait traduire de façon plus concrète ce que sont les exigences minimales de la vie en société, ou plus exactement, quels principes républicains peuvent obliger les administrés à modifier leurs comportements individuels.

---

<sup>330</sup> En ce qui concerne la « dignité-ordre », la question a pu se poser : mais on verra infra que l'appartenance à l'ordre public général de la dignité humaine elle-même est contestable.

<sup>331</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>332</sup> CE, 16 février 2009, Avis Contentieux n°315499, *Madame Hoffman-Glémane*.

Jacques Petit insistait, concernant cette question, sur le renforcement de la définition prétorienne de l'ordre public, compétence qui normalement devrait ressortir uniquement au législateur. En effet, l'ordre public est en principe défini par une norme législative, et actuellement, c'est l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales qui constitue la référence en la matière. Jacques Petit relève « *qu'il appartient sans doute au juge d'interpréter [ce texte] mais [il ne s'aurait s'en affranchir] absolument, sans précisément heurter le principe qui fait de la loi la source légitime des limites de la liberté* »<sup>333</sup>, principe consacré à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen.

Concrètement, le juge administratif pouvait plus ou moins légitimement inclure la moralité publique dans la définition de l'ordre public ; on trouve des références textuelles à cette composante de l'ordre public, y compris dans l'article L. 2212-2 précité. La dignité de la personne humaine est, elle, une création jurisprudentielle difficilement rattachable à l'ordre public traditionnel : on verra plus loin que le juge administratif poursuivait des motivations précises lorsqu'il a intégré cette composante au sein de l'ordre public général. Mais en tout cas, *a fortiori*, consacrer la nécessité de protéger des valeurs et principes qui lui sont similaires, même issus de la tradition républicaine et de la Déclaration des Droits de l'Homme, reste assez contraire à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme elle-même, comble du paradoxe !

Ajoutons à cela qu'en principe, peu importe qu'on lui donne un contenu positif ou non, l'ordre public général reste conçu comme un standard minimum et nécessaire, qui doit être le moins attentatoire possible aux libertés. Ici, le juge fait prévaloir une conception extensive de l'ordre public, qui présente le défaut de s'opposer de façon frontale à la logique libérale qui prévaut en droit public français.

Certes, la défense des valeurs et de la tradition républicaine est sans doute louable. On a pu même dire que cette conception permettait d'éviter la consécration d'un ordre moral ; qu'il s'agirait en réalité d'un ordre de valeurs<sup>334</sup>. La distinction nous laisse sceptique. Les valeurs se rapportent selon le dictionnaire Larousse à « *ce qui est posé comme vrai, beau, bien, d'un point de vue personnel ou selon les critères d'une société et qui est donné comme un idéal à atteindre, comme quelque chose à défendre* », la morale étant elle « *la science du bien et du mal* ». Il n'y a donc guère de différence.

On pourrait simplement préciser qu'il s'agit d'une « *morale républicaine* »<sup>335</sup>, ce qui ne nous semble pas réellement rassurant, car toute morale évolue, et avec elle le potentiel liberticide d'une police administrative qui aurait une fonction morale. L'appréciation de Maurice Hauriou résonne encore

---

<sup>333</sup> Petit, Jacques. « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 15, 2014, p. 866.

<sup>334</sup> Glénard, Guillaume. « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? ». *Revue française de droit administratif*, n° 06, 2015, p. 866.

<sup>335</sup> Ach, Nelly, « Police administrative et morale », in Vautrot-Schwarz, Charles (sous la dir.). *La police administrative, op.cit.*

de façon visionnaire : « *Ce n'est pas que la société n'ait pas besoin de morale ; c'est qu'elle est invitée à y pourvoir par d'autres moyens que la police administrative* »<sup>336</sup>.

On ne peut que donc se féliciter que la formule ait peu à peu disparu des décisions du Conseil d'Etat en la matière, ce dernier ayant sans doute perçu le danger de cette conception un peu trop extensive de l'ordre public général. S'il est encore possible de la retrouver, partiellement, dans les ordonnances du 10 et 11 janvier 2014, le juge des référés évoquant des « *atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine et à provoquer à la haine et la discrimination raciales* »<sup>337</sup>, cette motivation disparaît par la suite dans l'ordonnance concernant le spectacle du même humoriste au zénith de Cournon d'Auvergne rendue en 2015<sup>338</sup>.

De même, d'autres requêtes, qui se basaient sur d'autres fondements que les composantes reconnues de l'ordre public, ont été rejetées. Ainsi, de façon très classique, le juge administratif a refusé d'admettre que le respect de la laïcité pouvait fonder une mesure de police administrative. En effet :

« Les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public »<sup>339</sup>.

La laïcité, pourtant inscrite dans la Constitution, relevant pourtant d'une assez longue tradition républicaine, ne permet pas aux maires d'interdire le port de vêtements religieux, car elle est étrangère à des considérations d'ordre public, donc. Cette position du Conseil d'Etat est assez classique, puisqu'elle n'est ni plus ni moins que la réaffirmation de la célèbre jurisprudence *Abbé Olivier*<sup>340</sup>, mais elle a le mérite de clarifier quelque peu la position du Conseil.

L'ordre public reste aujourd'hui essentiellement matériel et extérieur. La trilogie municipale joue encore un grand rôle dans sa définition, et le concept de moralité publique est trompeur, puisque son appartenance à la dimension immatérielle de l'ordre public est très discutable. De même, le juge administratif maintient de façon ferme que l'ordre public général ne peut être un ordre moral, et distingue cette dimension morale d'une dimension immatérielle que pourrait posséder l'ordre public. Cette dernière existe cependant bel et bien : elle passe par la reconnaissance de la dignité de la

---

<sup>336</sup> Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, *op.cit.*.

<sup>337</sup> CE, ord., 10 janvier 2014, n°374528, *SARL Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, et CE, ord., 11 janvier 2014, n°374552, *SARL Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*.

<sup>338</sup> CE, ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, *op.cit.*

<sup>339</sup> CE, ord. 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, *op.cit.*

<sup>340</sup> CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, publié au recueil Lebon p. 181.

personne humaine comme composante de ce dernier, ce qui ne manque pas de créer certaines interrogations quant à la nature de celui-ci.

## **PARTIE II.**

### **LA MUTATION DE L'ORDRE PUBLIC VERS UNE DIMENSION IMMATERIELLE**

Avec l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, l'ordre public a été transformé. En effet, avec cette décision, qui a consacré la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public, l'existence d'une dimension immatérielle de l'ordre public a été officialisée. C'est une véritable nouveauté en matière de police administrative (Chapitre 1). Outre la confirmation de l'opposition entre ordre public matériel et ordre public immatériel, la consécration de cette nouvelle composante a exercé une influence sur les autres distinctions classiques, ou non, au sein de l'ordre public (Chapitre 2).

## CHAPITRE I.

### LA CONSECRATION INNOVANTE DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE COMME FONDEMENT DES MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVE

La dignité de la personne humaine est source de difficultés qui touchent à sa définition et à son impact en droit positif. Ces questions transcendent le simple champ de l'ordre public, de la police administrative, et du droit administratif en général, et mènent à s'interroger sur la signification et sur le rôle même de cette notion dans l'ordre juridique au sens large.

En matière d'ordre public, la décision *Commune de Morsang-sur-Orge* et l'inclusion de la dignité de la personne humaine comme but envisageable des mesures de police administrative ont pu interroger et susciter des critiques et des réserves importantes, qui ne sont pas taries aujourd'hui.

Une part de ces débats porte évidemment sur l'ajout, purement prétorien, d'une composante au sein de l'ordre public et sur le rôle du juge dans la définition de celui-ci. L'autre grande question soulevée par cette décision concerne la redéfinition de la fonction de l'ordre public. En effet, dans l'affaire dite du « lancer de nain », une mesure de police a pu intervenir alors même qu'il n'existait pas d'atteinte aux droits subjectifs des tiers, et que le comportement considéré ne créait pas de trouble matériel ou extérieur à l'ordre public. Pour de nombreux auteurs, cet arrêt est le signe de l'émergence d'un ordre public moral, qui serait apprécié de façon subjective par le juge et les autorités de police, et risquerait d'opprimer les consciences.

Mais la jurisprudence *Commune de Morsang-sur-Orge* marque aussi une évolution de la notion même de dignité de la personne humaine, et de sa fonction dans l'ordre juridique. Historiquement, la dignité de la personne humaine est distincte de celle qui se rattache à une fonction (en latin *dignitas*). La dignité de la personne humaine est habituellement reconnue comme opposable aux tiers par les individus en bénéficiant. C'est ce qu'on nomme la *dignité-droit*<sup>341</sup>. Telle qu'utilisée par le juge administratif dans sa décision de 1995, elle est envisagée comme une notion pouvant être opposée

---

<sup>341</sup> Glénard, Guillaume. « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », *op.cit.* Dans le même sens, même si l'expression n'est pas directement employée, voir Bioy, Xavier. « Rapport introductif : le concept de dignité », in Burgorgue-Larsen, Laurence (sous la dir.). *La dignité saisie par les juges en Europe : Actes de la journée d'études du 23 mai 2008 organisée par le Centre de Recherche sur l'Union Européenne de l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon Sorbonne)*, Bruylant, 2011. Hennette-Vauchez, Stéphanie, et Girard, Charlotte. *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. Presses Universitaires de France, 2005.

aux individus par des tiers, au nom d'une certaine représentation de ce que serait l'Humanité digne. C'est alors une *dignité-ordre* qui est envisagée <sup>342</sup>.

Pour bien comprendre l'impact de la décision du Conseil d'Etat, il faut tout d'abord présenter les origines et l'histoire juridiques du concept de la dignité de la personne humaine (Section 1). C'est par rapport à cette histoire, et à celle de la notion d'ordre public, qu'il convient par la suite d'exposer et éventuellement, de relativiser, les innovations de la jurisprudence *Morsang-sur-Orge* consacrant la dignité de la personne humaine comme une composante de l'ordre public (Section 2).

## SECTION I.

### LA DIGNITE-DROIT, UN CONCEPT DEJA CONNU AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE

Celle-ci est d'abord apparue en droit comme une donnée métajuridique, et semblait pouvoir être catégorisée comme une *inspiration prise en compte par certains textes internationaux*. Elle est ensuite un *droit reconnu à la personne humaine*, qui doit être protégé. La dignité est donc opposable par celle-ci à des tiers qui voudraient y porter atteinte, dont les autorités publiques.

Le concept de dignité de la personne humaine s'est d'abord développé en droit international (§1.) avant de trouver écho au sein de l'ordre juridique français, où ses effets sont nombreux et réels (§2.).

#### § 1. UN CONCEPT TROUVANT SON ORIGINE EN DROIT INTERNATIONAL

La dignité a impacté relativement tôt le droit international, apparaissant dans de grands textes fondateurs du droit international général (A). En droit européen, elle apparaît parfois de façon plus diffuse, mais possède un impact réel en matière de droits et libertés fondamentaux (B).

#### A. En droit international général

La notion de dignité de la personne humaine est apparue d'abord en droit international, après la découverte, et en réaction à celle-ci, des horreurs commises pendant la Seconde Guerre Mondiale par le IIIe Reich <sup>343</sup>. Il s'agit ici de réaffirmer « *l'indisponible qui rattache l'individu au collectif qu'est l'Humanité* » <sup>344</sup>. C'est alors la réaffirmation d'un modèle de société face aux événements de l'Histoire, comme le traduit parfaitement le préambule de la charte des Nations-Unies du 26 juin 1945 :

---

<sup>342</sup> *Ibid.*

<sup>343</sup> Bioy, Xavier. « Rapport Introductif : Le concept de dignité » in Burgorgue-Larsen, Laurence (sous la dir). *La dignité saisie par les juges en Europe . Actes de la journée d'études du 23 mai 2008 organisée par le Centre de Recherche sur l'Union Européenne de l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon Sorbonne), op.cit.* ; Fraisseix, Patrick. « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la "judiciarisation" ». *Revue de la Recherche Juridique*, n° IV, 1999, p. 1133 ; Pavia, Marie-Luce. « La découverte de la dignité de la personne humaine » in Pavia, Marie-Luce, et Revet, Thierry. *La dignité de la personne humaine*. Economica, 1999.

<sup>344</sup> Bioy, Xavier. « Rapport Introductif : Le concept de dignité », *op.cit.*

« Nous, peuples des Nations-Unies, résolu

à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances,

à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites [...] »<sup>345</sup>.

C'est un choix politique : la mise en avant de l'appartenance à l'espèce humaine. Partant, elle n'est pas totalement étrangère à la *dignitas* initialement reconnue en droit. La qualité préétablie appelant un certain respect est modifiée, mais la démarche reste sensiblement la même<sup>346</sup>.

Néanmoins, il est difficile de définir de façon substantielle ce qu'est la dignité de la personne humaine. A cet égard, le formalisme n'est pas très important. L'on se referrera tantôt à la simple dignité, tantôt à la dignité de la personne humaine, tantôt à la dignité humaine ou encore à la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine. Toutes ces notions sont en réalité les mêmes, avec le même objectif : la préservation de la qualité de la personne humaine. Par essence, la dignité est donc une notion fonctionnelle, mais on a dans un premier temps les plus grandes difficultés à définir les moyens au service de cet objectif.

A peine sait-on, grâce à l'article 22 de la déclaration universelle des droits de l'homme, que toute personne a droit au respect « *des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité* » et que par conséquent, la dignité de la personne humaine donne des droits. Lesquels ? En 1948, cela reste à définir. L'accent est plutôt mis sur la valeur de l'homme *per se* que sur ses conséquences juridiques.

Ces dernières deviennent plus marquées au fil des conventions. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 inscrivent la dignité humaine dans deux articles consacrant des obligations juridiques pour des Etats, concernant respectivement les personnes privées de liberté, devant être « *traitées avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* »<sup>347</sup> et l'éducation fournie par les Etats, qui a pour but le « *plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité* [...] »<sup>348</sup>.

C'est le progrès de la recherche scientifique qui va marquer un réel tournant en droit international avec l'émergence de la bioéthique et la déclaration universelle sur le génome humain de l'UNESCO du 11 novembre 1997. A l'échelle internationale, émergent des obligations concrètes pour les Etats parties. Ainsi, sont interdites les discriminations fondées sur la génétique<sup>349</sup>, mais aussi l'interdiction

---

<sup>345</sup> Le Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adopte une rédaction similaire.

<sup>346</sup> En ce sens, voir Weil, Laurence. « La dignité de la personne en droit administratif » in Pavia, Marie-Luce, et Revet, Thierry. *La dignité de la personne humaine, op.cit.*

<sup>347</sup> Article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>348</sup> Article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>349</sup> La déclaration précise à son article 2 que « *chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques* » et à son article 6 que : « *nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur ses caractéristiques génétiques, qui auraient pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits individuels et à ses libertés fondamentales et à la reconnaissance de sa dignité* ».

de faire prévaloir des recherches portant sur la génétique sur « *le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la dignité humaine des individus ou, le cas échéant, de groupes d'individus* »<sup>350</sup>, l'interdiction de pratiques scientifiques contraires à la dignité de la personne humaine comme « *le clonage à des fins de reproduction humaine* »<sup>351</sup>. Est également inscrite dans la convention la nécessité de réglementer le libre exercice de la recherche pour respecter le principe de dignité humaine, mais aussi le droit au libre accès aux progrès scientifiques dans le respect de la dignité de la personne humaine.

Même si cette consécration est pour le moins hésitante et quelque peu opaque, elle dépasse l'affirmation d'une valeur métajuridique pour devenir une dignité-droit.

Ainsi reconnue, la dignité-droit semble comporter deux aspects. Elle est d'abord le *droit de voir sa valeur reconnue en tant qu'être humain*. Elle est ensuite le *droit à une existence digne*, comme tendrait à le prouver la reconnaissance des droits inscrits au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui implique également une action positive de l'Etat. Cela suppose donc que les Etats ne portent pas atteinte à la dignité : c'est là une obligation d'abstention pour les Etats. Mais la dignité implique également qu'ils interdisent, ou encadrent, les pratiques des tiers portant atteinte à cette dignité-droit : il y a donc une obligation positive des Etats. Il s'agirait donc d'un droit-créance, c'est-à-dire d'un « *droit personnel en vertu duquel la personne peut exiger l'accomplissement d'une prestation* »<sup>352</sup>, distincts des droits-libertés que l'on peut définir comme « *l'exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité* »<sup>353</sup>, qui n'imposent à l'Etat qu'une obligation d'abstention.

Le développement du concept de dignité de la personne humaine s'est prolongé en droit international régional.

## **B. En droit européen**

Le droit européen des droits de l'homme (1), aussi bien que le droit de l'Union Européenne (2) se sont saisis de la question de la dignité.

### *1. En droit européen des droits de l'Homme*

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne mentionne pas expressément le terme de dignité de la personne humaine, ni même le concept de dignité seul.

On retiendra tout d'abord que la notion de dignité n'est tout de même pas totalement absente du droit européen des droits de l'homme, puisqu'il existe un pendant régional de la déclaration universelle sur le génome humain à travers la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997, adoptée dans le

---

<sup>350</sup> Article 10 de la Déclaration du 11 novembre 1997.

<sup>351</sup> Article 11 de la Déclaration du 11 novembre 1997.

<sup>352</sup> Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique, op.cit.*

<sup>353</sup> *Ibid.*

cadre du Conseil de l'Europe, portant également sur la recherche scientifique et adoptant une formulation similaire

Hors de ce cadre spécifique, la notion était bien présente à l'esprit des rédacteurs de la convention, comme le relève Béatrice Maurer<sup>354</sup>. D'autre part, à son article 3, la Convention dispose : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Cette formulation laconique peut, pour sa seconde partie, être rapprochée du concept de dignité de la personne humaine, au sens que nous avons précédemment défini. Il est évident qu'un traitement inhumain ou dégradant peut conduire à nier la qualité d'Homme reconnu à chacun, et partant, compromettre sa dignité. En principe, les dispositions de l'article 3 sont indérogeables. Il y a donc apparemment une proximité avec la conception de la dignité de la personne humaine intégrée par le juge administratif à l'ordre public, but des mesures de police administrative.

La Cour Européenne a confirmé que la dignité est bien une inspiration du texte de de 1950 puisque « *les droits de l'homme constituent un système intégré visant à protéger la dignité de l'être humain* »<sup>355</sup>. Il faut cependant relever que ce n'est pas le seul objectif de cet accord, la liberté étant aussi de ceux-ci, comme le rappelle la formulation de l'arrêt *Pretty* de 2002 : « *La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention* »<sup>356</sup>.

Cette précision faite, on comprend mieux pourquoi la Cour emploie plutôt la notion de dignité comme un « *paramètre matériel d'interprétation* »<sup>357</sup> des dispositions de la Convention. En effet, comme le relève Marguerite Canedo, « *en pratique, lorsqu'il utilise le principe de la dignité humaine, le juge européen le combine systématiquement avec d'autres droits consacrés par la Convention* »<sup>358</sup>, droits qui ne se limitent pas à ceux de l'article 3 de la convention. Cela n'est pas illogique si celle-ci constitue *per se* un outil de protection de la dignité de la personne humaine, car tous les droits peuvent concourir à cet objectif.

Certes, il faut prendre en compte le fait que certains de ces droits visent à réaliser la liberté. Mais la distinction en elle-même n'est pas forcément nette, et parfois difficile à faire, la Cour ne précisant pas quels droits procèdent de la dignité et quels droits procèdent de la liberté. Cela permet en tout cas de montrer que les obligations induites par la nécessité de respecter la dignité de la personne humaine sont à l'évidence très larges. Bien entendu, c'est avant tout l'article 3 qui est concerné, mais cela touche également le droit à la vie privée<sup>359</sup>, ou encore le droit à la liberté d'expression.

---

<sup>354</sup> Maurer, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. La Documentation française, 1999.

<sup>355</sup> CEDH, 31 juillet 2001, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, *op.cit.* Voir également : CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, *op.cit.*

<sup>356</sup> CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume Uni*, *op.cit.*

<sup>357</sup> Maurer, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*

<sup>358</sup> Canedo, Marguerite. « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2008, p. 979.

<sup>359</sup> CEDH 26 septembre 2006, n°12350/04, *Wainwright c. Royaume-Uni*.

Comme en droit international, et de façon encore plus précise, le respect du droit à la dignité emporte une obligation d'abstention pour les Etats, qui ne doivent pas infliger de traitement inhumains et dégradants aux citoyens, comme le confirme l'arrêt *Ribitsch* :

« A l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 »<sup>360</sup>.

De même, le respect de la convention emporte également une obligation positive. Ce n'est pas une simple obligation d'abstention ou de non-ingérence. Dans son arrêt *Kudla contre Pologne*, la Cour a ainsi défini certaines obligations concrètes issues de l'article 3 et qui ont pour fondement la réalisation effective de conditions dignes de détention :

« L'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis »<sup>361</sup>.

De même, un Etat ne prévoyant pas une législation permettant de sanctionner ou de prévenir un viol pouvait être condamné, cette omission portant atteinte à la dignité de la personne humaine<sup>362</sup>. Cela montre également, et cela est confirmé par l'arrêt *S.W. c. R.U*<sup>363</sup>, que ce n'est pas seulement de l'action de l'Etat qui est concernée. Des relations entre personnes privées peuvent porter atteinte à la dignité de la personne humaine et imposer une action de l'Etat.

En droit de l'Union Européenne, on pouvait observer jusqu'à il y a peu la même absence d'approche conceptuelle. Cependant, la notion de dignité se développe et trouve de plus en plus écho au sein du droit de l'Union.

## 2. En droit de l'Union Européenne

Jusqu'au début du XXI<sup>e</sup> siècle, le droit primaire ignorait assez largement la notion de dignité. Pierre Fraiseix relevait à juste titre : « le traité de Maastricht s'attache seulement aux droits fondamentaux proclamés dans la Convention de 1950, et l'article 6 du traité d'Amsterdam les mentionne sans viser la dignité »<sup>364</sup>. Pour autant, cela n'en fait pas une notion inconnue en droit de l'Union. Déjà, la Cour de Justice des Communautés Européennes avait pu utiliser ce concept pour interdire une discrimination à l'égard d'une personne transsexuelle au motif suivant :

---

<sup>360</sup> CEDH, 4 décembre 1995, n°18896/91, *Ribitsch c. Autriche*.

<sup>361</sup> CEDH, 26 octobre 2000, n°30210/96, *Kudla c. Pologne*.

<sup>362</sup> CEDH, 26 mars 1985, n°8978/80, *X.Y. c. Pays-Bas*.

<sup>363</sup> CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*.

<sup>364</sup> Fraiseix, Patrick. « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la "judiciarisation" », *op.cit.*

« Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération.

Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger » <sup>365</sup>.

La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, signée lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000, et entrée en vigueur avec le Traité de Lisbonne, consacre un chapitre 1 aux droits issus de la dignité après avoir rappelé dans son Préambule : « *l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit* ». Pour la Cour de Justice, cela ne fait guère de doute : « *l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit* » <sup>366</sup>. On ne peut que relever avec Marguerite Canedo qu'en conséquence, le respect de la dignité de la personne humaine le respect est « *une condition de légalité des actes communautaires* » <sup>367</sup>.

Ni la Charte ni la Cour de Justice n'envisagent véritablement la dignité comme un ensemble conceptuel. Il s'agirait plutôt d'une traduction, ou d'une adaptation, formalisée, de la démarche de la Cour de Strasbourg, qui rattache un certain nombre de droits à la dignité de la personne humaine.

Cependant, la liste des droits concernés est plus limitée. Le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (articles 2 à 5 de la Charte) se rattachent à la dignité de la personne humaine en droit de l'Union. Tel n'est pas le cas du droit à la vie privée et familiale, de la protection des données personnelles ou encore de la liberté d'expression, qui se rattachent au chapitre 2 de la Charte, c'est-à-dire à la liberté. Il en va de même pour les discriminations, prévues à l'article 21 de la Charte et qui elles sont couvertes par le chapitre 3 relatif à l'égalité <sup>368</sup>, ce qui s'oppose très clairement à la conception française de la dignité de la personne humaine. Le Code Pénal prévoit en effet au premier rang de son chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne une section intitulée « *des discriminations* ».

Néanmoins la plupart des caractéristiques déjà présentes en droit international et en droit européen des droits de l'homme le sont également en droit de l'Union. D'abord, la dignité suppose encore le droit de voir sa valeur reconnue en tant qu'être humain et constitue encore un droit-créance, qui emporte des obligations négatives (interdiction fait à l'article 2 de la Charte de condamner un individu à la peine de mort ou de l'exécuter, par exemple), mais également des obligations positives, comme celles prévues par l'article 3 de la Charte, qui dispose :

---

<sup>365</sup> CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County*, *op.cit.*

<sup>366</sup> CJCE, 14 octobre 2004, n° C-36/02, *Omega Spielballen und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

<sup>367</sup> Canedo, Marguerite. « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *op.cit.*

<sup>368</sup> Ce qui s'oppose à la jurisprudence précédemment citée.

« 1. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés :

2. Le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi ».

Comme en droit européen des droits de l'homme, peuvent être encadrées les activités inter-individuelles, comme le montre l'arrêt *Omega* :

« Le respect [de la dignité humaine] s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services »<sup>369</sup>.

Comme en droit international, le droit de l'Union admet également que la dignité commande le *droit à mener une existence digne*, qui induit la reconnaissance du « *droit à une aide sociale et à une aide au logement* », prévue à l'article 34 de la Charte, ce qui montre bien, au passage, les liens qui existent entre solidarité et dignité de la personne.

Cette conception de la dignité-droit transparait également dans le droit national français, qui reste plutôt classique en la matière. Seule la dignité-ordre est véritablement étonnante, du fait de son isolement conceptuel. Il est en tout cas certain qu'elle ne trouve pas sa source en droit européen des droits de l'Homme ; le droit de l'Union, lui, est silencieux sur la question de l'autonomie de la volonté.

## § 2. UN CONCEPT APPROFONDI EN DROIT NATIONAL

La dignité de la personne humaine, avant d'être intégrée par le juge administratif à l'ordre public, a trouvé écho dans d'autres pans du droit national. Les ordres juridiques constitutionnel (A) et législatif (B) en ont fait mention, tout comme le juge administratif lui-même (C).

### A. Dans la Constitution

L'ordre constitutionnel français s'est saisi tardivement de la question de la dignité de la personne humaine. Il n'existe pas de références expresses dans les textes : l'esprit de la constitution et du bloc de constitutionnalité procède d'autres valeurs, plus anciennes (1). Donner une valeur constitutionnelle à la dignité de la personne humaine a donc nécessité une construction audacieuse de la part du Conseil Constitutionnel (2).

#### 1. *La reconnaissance implicite de la dignité de la personne humaine par le préambule de la constitution de 1946*

Le législateur, et certains auteurs, ont pu vouloir rechercher une filiation constitutionnelle pour la dignité de la personne humaine. Le rapport du député Garraud concernant l'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public précisait ainsi :

---

<sup>369</sup> CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, *op.cit.*

« Cette pratique [la dissimulation du visage dans l'espace public] est également contraire à l'ordre public immatériel et sociétal et au pacte social qui se traduit, notamment, par **la notion française de fraternité**, impliquant que chacun accepte de montrer son visage, et aux principes de dignité et d'égalité des sexes lorsque cette tenue est portée sous la contrainte de l'entourage, en raison du sexe de la victime » <sup>370</sup>.

Il faut sans doute déconstruire ce que Stéphanie Hennette-Vauchez et Charlotte Girard ont appelé avec raison « *une filiation mythique* » <sup>371</sup>. Dire que l'ensemble des droits, et notamment de ceux issus de la période révolutionnaire, qui fondent la tradition constitutionnelle française, découle de la dignité, est anachronique. On a vu *supra* que le concept de dignité s'était développé après la fin du second conflit mondial. Ainsi il n'est pas très étonnant que les premières constitutions françaises et les différentes déclarations des droits ne fassent pas mention de la dignité de la personne humaine.

La question doit cependant se poser à propos de la Constitution de 1946 et de celle de 1958. Etant postérieures à la Seconde Guerre Mondiale, elles auraient pu intégrer des références à la dignité de la personne humaine, suivant le modèle de certaines constitutions européennes. C'est par exemple le cas de la Loi Fondamentale Allemande du 8 mai 1949, qui dispose à son article 1 :

« (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

(2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. » <sup>372</sup>

Tel qu'interprété par le Tribunal Constitutionnel Fédéral, l'article 1 constitue à la fois « *un programme constitutionnel, un principe de base de l'Etat de droit allemand et un droit fondamental indérogeable de la personne* » <sup>373</sup>. Il faut néanmoins nuancer cette position dans le sens où l'article 1 ne fait de la dignité un droit indérogeable que vis-à-vis des obligations qu'il crée pour l'Etat et n'indique rien quant au consentement des personnes. Cette référence précise à la dignité de la personne humaine peut bien entendu être expliquée par la date d'adoption de la constitution de la République Fédérale, qui suit la chute du IIIe Reich, et il est intéressant de constater qu'elle a influencé la rédaction d'autres constitutions européennes au sortir de régimes autoritaires, comme la constitution espagnole du 27 septembre 1978, qui mentionne à son article 10 la dignité de la personne comme étant « *le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale* » <sup>374</sup>.

En France, ni la constitution de 1946, ni celle de 1958 ne mentionnent la dignité. Le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 la rattache clairement à une conception des droits inscrite dans la tradition révolutionnaire. En revanche, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

---

<sup>370</sup> Garraud, Jean-Paul. *Rapport sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, *op.cit.*

<sup>371</sup> Hennette-Vauchez, Stéphanie, et Girard, Charlotte. *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, *op.cit.*

<sup>372</sup> Nous citons la traduction réalisée par Christian Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe, et Olivier Jouanjan, disponible sur le site du Bundestag à l'adresse suivante : <https://www.bundestag.de/fr/documents/cadre>.

<sup>373</sup> Pavia, Marie-Luce. « La découverte de la dignité de la personne humaine » in Pavia, Marie-Luce, et Revet, Thierry. *La dignité de la personne humaine*, *op.cit.*

<sup>374</sup> Telle que citée *supra* par Marie-Luce Pavia.

apparaît, fondé en partie sur des valeurs différentes du schéma républicain classique. En effet, son alinéa 1 débute ainsi :

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Le raisonnement de ce premier alinéa appelle deux observations. Premièrement, il est indubitable qu'il existe une parenté entre la formulation de la première phrase et la dignité qui est mentionnée dans les Préambules de la Charte des Nations-Unies, même si le constituant ne va pas jusqu'à reconnaître celle-ci explicitement. La seconde partie de l'alinéa 1, elle, relève clairement de la conception républicaine classique, hérité de la Révolution. Deuxièmement, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 paraît juxtaposer deux notions : l'être humain, et l'Homme. Pour Bernard Edelman, la distinction est importante car « *l'homme des droits de l'Homme représente, juridiquement, l'individu universel dans sa liberté universelle* »<sup>375</sup>, alors que :

« [L'Humanité] se présente comme la réunion symbolique de tous les hommes dans ce qu'ils ont de commun, à savoir leur qualité d'être humains. Elle [...] permet la reconnaissance d'une appartenance à un même genre : le genre humain. Quant à la dignité, elle [...] est [...] la qualité de cette appartenance. Si tous les êtres humains composent l'Humanité, c'est qu'ils ont tous cette qualité de dignité »<sup>376</sup>.

Si la dignité de la personne est consacrée de façon sans doute implicite par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui a une valeur constitutionnelle depuis la décision *Liberté d'Association*<sup>377</sup> de 1971, il est donc faux, à notre sens, de dire qu'il s'agit du fondement de tous les droits et libertés garantis par l'ordre juridique constitutionnel. Elle ne fonde en effet que ceux qui se rattachent à la qualité d'être humain, ceux qui conduisent à reconnaître ce dernier comme membre de la famille humaine, et qui emportent des obligations positives : la dignité fonderait alors l'ensemble des droits-créances. Si on touche à la situation personnelle de l'individu, il bénéficie d'autres droits sur le fondement de la liberté<sup>378</sup>, des droits-autonomie, qui sont « *l'expression du statut privé de la personne – liberté de mariage, droit de mener une vie familiale normale, droits familiaux par exemple* »<sup>379</sup>, et qui n'emportent qu'une obligation d'abstention pour l'Etat.

---

<sup>375</sup> Edelman, Bernard. « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in Pavia, Marie-Luce, et Revet, Thierry. *La dignité de la personne humaine, op.cit.*

<sup>376</sup> *Ibid.*

<sup>377</sup> Const. const., 16 juillet 1971, décis. n°71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, dite Liberté d'association.*

<sup>378</sup> Edelman, Bernard. « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in Pavia, Marie-Luce, et Revet, Thierry. *La dignité de la personne humaine, op.cit.*

<sup>379</sup> Pavia, Marie-Luce. « La découverte de la dignité de la personne humaine » in Pavia, Marie-Luce, et Revet, Thierry. *La dignité de la personne humaine, op.cit.*

La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la dignité de la personne humaine s'est en réalité faite majoritairement grâce à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

## 2. *La reconnaissance jurisprudentielle explicite de la valeur constitutionnelle de la dignité de la personne humaine*

Il est indubitable que les progrès scientifiques ont, comme en droit européen et en droit international, ont inspiré un renouveau et une multiplication des utilisations juridiques de la notion de dignité de la personne humaine. Une modification de la Constitution aurait donc pu être pertinente. Le Comité Vedel proposait déjà, en 1993, d'ajouter à l'article 66 de la Constitution la disposition suivante : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne* »<sup>380</sup> mais il n'avait pas été suivi. Le comité Balladur n'a pas retenu la même approche, puisqu'il a jugé dans son rapport remis au président de la République le 29 octobre 2007 :

« Ces principes [tels que la dignité de la personne humaine] sont soit trop récents pour que leur contenu juridique soit figé dans un texte aussi solennel que le Préambule, soit déjà consacrés par une jurisprudence constante et désormais bien admise qu'il serait inutile sinon fâcheux de perturber »<sup>381</sup>.

C'est donc bien du côté de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qu'il faut rechercher une consécration explicite, si elle existe, de la dignité de la personne humaine. La première mention jurisprudentielle de ce concept s'est faite lors de l'examen de constitutionnalité des lois Bioéthiques. Le Conseil Constitutionnel a ainsi adapté l'alinéa 1 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et affirme :

« Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »<sup>382</sup>.

Comme le relève Marguerite Canedo, cette décision ne définit pas la notion de dignité de la personne humaine. A l'instar de ce qu'a pu faire la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, « *le Conseil constitutionnel français s'est borné à dégager les principes qui tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »<sup>383</sup>.

Le Conseil Constitutionnel a continué par la suite à employer la notion de dignité. Elle fonde ainsi également l'objectif de valeur constitutionnelle du droit au logement, corrélativement avec les

---

<sup>380</sup> Comité Vedel. *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République*. La documentation française, 2003.

<sup>381</sup> Comité Balladur. *Une Ve République plus démocratique*. La documentation française, 2007.

<sup>382</sup> Cons. const., 27 juillet 1994, *Loi Bioéthique I*.

<sup>383</sup> Canedo, Marguerite. « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *op.cit.*

10<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> principes particulièrement nécessaires à notre temps du Préambule de la Constitution de 1946 :

« Considérant qu’aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, “ La nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ” ; qu’aux termes du onzième alinéa de ce Préambule, la nation “garantit à tous, notamment à l’enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l’incapacité de travailler a le droit d’obtenir de la collectivité des moyens convenables d’existence” ;

Considérant qu’il ressort également du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ;

Considérant qu’il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d’un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle »<sup>384</sup>.

Les deux aspects de la dignité-droit ne sont pas inconciliables. Au contraire, c’est bien parce qu’il appartient à la communauté des hommes que l’être humain a le droit à une existence digne. Il en est, en quelque sorte, une conséquence, ou une partie. La dignité de la personne humaine impose que celle-ci soit protégée de toute forme de dégradations, y compris les dégradations économiques.

A la suite de cette jurisprudence constitutionnelle, le législateur a multiplié les utilisations de la dignité-droit.

## B. Dans la loi

Le législateur a tout d’abord mis en œuvre les grands principes dégagés dans la décision *Loi Bioéthique I* du Conseil Constitutionnel. La loi du 29 juillet 1994 a ainsi créé un chapitre consacré au respect du corps humain au sein du code civil, qui comprend les articles 16 à 16-9 et qui s’ouvre par cette disposition : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie* »<sup>385</sup>. Les règles juridiques posées par ces articles reprennent les principes nécessaires à la mise en œuvre de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine qu’évoquait le Conseil Constitutionnel. Sont ainsi consacrés la primauté de la personne humaine, le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie, qui se poursuit après la mort, les restes des personnes décédées devant être traités « *avec respect, dignité et décence* »<sup>386</sup>, l’inviolabilité, l’intégrité et l’absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l’intégrité de l’espèce humaine. En conséquence, « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* »<sup>387</sup>, en particulier celles portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui. C’est donc ici un aspect de dégradation du corps humain qui est prohibé, sous un prisme lié aux problèmes médicaux. De telles interdictions trouvent également un

---

<sup>384</sup> Cons. const. 19 janv. 1995, n° 94-359 DC, *Diversité de l’habitat*.

<sup>385</sup> Article 16 du Code Civil.

<sup>386</sup> Article 16-1-1 du Code Civil.

<sup>387</sup> Article 16-5 du Code Civil.

écho dans la réglementation concernant le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain prévue au titre 1<sup>er</sup> du livre VI du code de la santé publique.

Le code pénal dépasse cette approche tournée vers la biologie et la médecine. En effet, depuis 1994, au sein de son titre consacré aux atteintes à la personne humaine, il prévoit un chapitre V qui concerne les « *atteintes à la dignité de la personne* ». Les dispositions de ce chapitre donnent une bonne définition « *en creux* »<sup>388</sup>, de ce que peut être la dignité de la personne humaine. Sont ici concernées l'interdiction des discriminations, de la traite des êtres humains, du proxénétisme, de l'exploitation de la mendicité, mais aussi du bizutage. Ces interdictions paraissent assez largement croiser et correspondre aux interdictions et aux droits que la Cour Européenne semble rattacher à la dignité de la personne humaine, ce que paraît confirmer la mention d'actes « *humiliants ou dégradants* » dans la définition du bizutage.

De façon révélatrice, le législateur a également fait entrer la dignité de la personne humaine dans le champ de la police administrative spéciale. Ainsi, la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite loi Léotard, dispose à son article 1 :

« La communication au public par voie électronique est libre.

L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ».

De même, l'article L. 221-1 du code du cinéma et de l'image animée prévoit que le visa d'exploitation d'un film peut être refusé pour des « *motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine* ».

Le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion, sur le fondement législatif de la loi Léotard, de se prononcer sur des mesures de police qui avaient pour but de protéger la dignité de la personne humaine. Ainsi, un animateur radio s'étant réjoui à quatre reprises du décès d'un policier dans une fusillade, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel avait pu légalement suspendre la diffusion des programmes de la station de radio Skyrock, ces propos constituant « *une atteinte à la dignité de la personne humaine et à la sauvegarde de l'ordre public* »<sup>389</sup>.

De façon similaire, concernant l'attribution du visa d'exploitation du film « Antichrist » par le ministre de la culture, le juge administratif a décidé que sans devoir inscrire cette œuvre sur la liste des films classés X, l'interdiction de représentation aux mineurs de seize ans prononcée par le ministre n'était pas suffisante. Le juge se réfère ici explicitement à la dignité de la personne humaine, puisqu'il relève que « *la protection de la jeunesse et le respect de la dignité humaine* »<sup>390</sup> ont fondé

---

<sup>388</sup> Nous empruntons l'expression à Marguerite Canedo-Paris.

<sup>389</sup> CE, 20 mai 1996, n°167694, *Société Vortex I*, publié au recueil Lebon.

<sup>390</sup> CE, 13 janvier 2017, n°397819, *Ministre de la culture et de la communication*.

l'appréciation du ministre, en application des dispositions du code du cinéma et de l'image animée. Puis le juge effectue ici une analyse poussée des scènes du film, et justifie sa décision en précisant :

« Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le film « Antichrist » comporte plusieurs scènes de très grande violence, filmées de manière réaliste, à l'occasion de pratiques sexuelles filmées sans aucune dissimulation dont, notamment, une scène d'automutilation sexuelle féminine filmée en gros plan. Ces scènes, qui revêtent un caractère cru et explicite et présentent une image dégradante de la sexualité, sont d'une très grande violence physique et psychologique »<sup>391</sup>.

L'application par le juge des différentes dispositions législatives concernant la communication ou le cinéma montre clairement qu'il s'agit bien de prévenir et de limiter les représentations dégradantes ou humiliantes de la personne humaine. Ce vocabulaire est d'ailleurs bien présent dans la décision du Conseil d'Etat concernant le film « Antichrist ».

Ces dispositions sont complétées par des dispositions législatives qui concernent l'aspect économique de la dignité humaine : le droit de mener une existence digne. De ce droit découle principalement toute la législation concernant le droit au logement. Tour à tour proclamé « droit fondamental »<sup>392</sup>, ou « *devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation* »<sup>393</sup>, il est *a minima* un objectif de valeur constitutionnel<sup>394</sup>. Il préside à diverses mesures, qui vont des mesures de prévention des expulsions locatives au droit au logement opposable prévu par le code de la construction et de l'habitation, en passant par les règles d'attribution des logements sociaux ou de mobilisation des logements vacants.

Le juge administratif a également eu l'occasion de mobiliser la dignité de la personne humaine au sein de sa jurisprudence, que ce soit en droit administratif général ou en droit de la police administrative.

### C. Dans la jurisprudence administrative

Si l'on essaye de déterminer si la dignité de la personne humaine, telle qu'elle a été utilisée par le juge administratif comme composante de l'ordre public, peut trouver ses racines dans la jurisprudence administrative antérieure à l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, on se heurte à plusieurs difficultés.

Tout d'abord, il est indubitable que le juge administratif a utilisé le concept de dignité de la personne humaine avant 1995, mais il ne s'agit que rarement de sa propre conception de la dignité de la personne humaine. En effet, le juge se base bien plus souvent sur des fondements constitutionnels – il mobilise alors le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine<sup>395</sup>

---

<sup>391</sup> *Ibid.*

<sup>392</sup> Loi 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs ; loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs dite loi Mermaz.

<sup>393</sup> Article 1 de la loi du 31 mai 1990 visant la mise en œuvre du droit au logement, dite loi Besson.

<sup>394</sup> Cons. const. 19 janv. 1995, Diversité de l'habitat, *op.cit.*

<sup>395</sup> CE, sect., 14 févr. 1997, n°133238, *CHR de Nice c. Epoux Quarez*, publié au recueil Lebon p. 44.

– ou encore législatifs <sup>396</sup>, ou même européens <sup>397</sup>. Cela pose une difficulté, car ces conceptions ne correspondent pas forcément aux contours de la conception de la dignité de la personne humaine qu'il a inclus dans sa définition de l'ordre public. A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger que le visa d'exploitation accordé par le ministre de la culture devait être assorti, au regard de la présence de plusieurs ou d'une « scène de sexe non simulée [...] qui revêt un caractère particulièrement cru et explicite, et [d'autres] scènes du film qui représentent [...] des adolescents en mêlant sexe et violence » <sup>398</sup>, d'une interdiction de représentation aux mineurs de dix-huit ans <sup>399</sup>, dans le but de respecter le principe de dignité de la personne humaine, prévu au code du cinéma et de l'image animée <sup>400</sup>. Or, dans ses conclusions à l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, Patrick Frydman soulignait :

« Si l'hypothèse de la présente espèce - à savoir celle de traitements dégradants infligés à une personne handicapée - nous paraît pouvoir [se] rattacher sans difficulté [à la dignité de la personne humaine], tel ne serait ainsi sans doute notamment pas le cas de spectacles d'inspiration érotique ou pornographique qui, aussi peu délicats qu'ils soient, ne sauraient pour autant être considérés, selon nous, comme à proprement parler attentatoires à la dignité de la personne humaine » <sup>401</sup>.

Le juge administratif a semble-t-il fait sienne cette appréciation. Il considère que l'interdiction des messageries roses, sans éléments prouvant une telle atteinte, ne peut être motivée par « la nécessité de prévenir une atteinte à la dignité de la personne humaine » <sup>402</sup>.

Ensuite, le juge semble quelque peu réticent à utiliser la dignité de la personne humaine, sans aucun doute à cause des difficultés et des obscurités qui persistent autour de cette notion. Ainsi, il le fait souvent de façon implicite, ou préfère se référer à d'autres concepts, comme la protection de l'enfance, dont la base juridique lui paraît peut-être plus certaine. Il est vrai que le manque de définition structurelle de la dignité conduit inévitablement à s'interroger sur le lien qu'entretient ce concept avec la morale. Nelly Ach juge ainsi qu'il témoigne d'un « retour insidieux de la morale au sein de l'ordre public » <sup>403</sup>. Cela présente un risque de contestation ou d'incompréhension des décisions non négligeables, aussi bien par les autorités de police que les administrés, sans même évoquer les critiques doctrinales que l'utilisation du concept de dignité ne manque jamais d'engendrer. Mais cela rend difficile l'identification des cas où le juge entend se fonder sur la dignité de la personne

---

<sup>396</sup> C'est le cas notamment en matière de police du cinéma. Voir CE, 14 juin 2002, n°237910, *Association Promouvoir*, publié au recueil Lebon, à propos du film « Baise moi » ; CE, 4 février 2004, *Association Promouvoir*, *op.cit.*, à propos du film « Ken Park » ; CE, 13 janvier 2017, n°397819, *Ministre de la culture et de la communication*, *op.cit.*

<sup>397</sup> CE 19 mars 2003, n°250889 M. X.

<sup>398</sup> CE, 4 février 2004, *Association Promouvoir*, *op.cit.*

<sup>399</sup> Dans le même sens, CE, 14 juin 2002, *Association Promouvoir*, *op.cit.*

<sup>400</sup> Et antérieurement au code de l'industrie cinématographique.

<sup>401</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lanciers de nains » », *op.cit.*

<sup>402</sup> CE, 8 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, *op.cit.*

<sup>403</sup> Ach, Nelly, « Police administrative et morale », in Vautrot-Schwarz, Charles (sous la dir.). *La police administrative*, *op.cit.*

humaine, comme lorsqu'il utilise, notamment en matière de cinéma, le concept de protection de la jeunesse ou de protection des mineurs.

Cependant, il existe des cas précis où le juge semble se référer à une conception de la dignité qui lui est propre. Il a ainsi pu compléter utilement les règles du code de déontologie, qui imposaient le respect de la vie et de la personne aux médecins dans le respect de leur mission et des sanctions en cas de comportement contraires à ces prescriptions. Se posait la question de savoir si de tels principes pouvaient s'appliquer à une personne décédée. Le Conseil d'Etat juge que les dispositions du code ne peuvent s'appliquer qu'à des personnes vivantes, mais ajoute immédiatement : « *les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci* »<sup>404</sup>. Si l'expression « *principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine* » est un peu imprécise, au vu du contexte, il n'est pas douteux que le Conseil d'Etat avait à l'esprit la dignité de la personne humaine.

De façon plus explicite, il a également jugé que les dispositions du règlement intérieur d'une entreprise pouvaient autoriser des contrôles et des fouilles des employés à la condition que le contrôle ait lieu dans des « *conditions préservant la dignité et l'intimité de la personne* »<sup>405</sup>. Le code du travail se contentait d'évoquer la nécessité, à son article L.122-35 alors en vigueur, pour les règlements intérieurs des entreprises de ne pas apporter « *aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Il est loin d'être illogique de consacrer la dignité-droit comme étant une composante de l'ordre public. On peut sans doute contester le fait que ce soit le juge administratif qui prenne cette décision, mais le raisonnement en lui-même présente une certaine cohérence. Etant un droit, la dignité de la personne peut être menacé par l'exercice abusif d'autres droits, et pas seulement par l'action des pouvoirs publics : c'est en ce sens que le droit international, le droit européen des droits de l'homme, mais aussi le droit de l'Union Européenne, ont pu admettre ou commander la réglementation des relations interindividuelles.

Cependant, l'inclusion de la dignité-ordre comme composante de l'ordre public est tout à fait inédite, et mérite un examen approfondi. Il ne faut pas, cependant, surestimer l'impact de cette jurisprudence.

---

<sup>404</sup> CE, Ass., 2 juillet 1993, n°124960, *Milhand*, publié au recueil Lebon p. 194.

<sup>405</sup> CE, 11 juillet 1990, n°86022, *Ministre des Affaires sociales c/ Syndicat CGT de la société Griffine-Maréchal*, publié au recueil Lebon p. 215.

## SECTION II.

### L'ADMISSION DE LA DIGNITÉ-ORDRE COMME FONDEMENT DE MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVE

L'inclusion de la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public est généralement admise comme venant de l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995 *Commune de Morsang-sur-Orge*, une solution similaire ayant été retenue dans l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence* du même jour. Le juge administratif affirme dans ces décisions :

« Il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; [...] le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; [...] l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ;

Considérant que l'attraction de "lancer de nain" [...] porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération »<sup>406</sup>.

Il n'y a ici guère de doute possible sur l'appartenance de la dignité de la personne humaine à l'ordre public. Dans les deux espèces concernées, qui portaient sur des activités de lancers de nains, le juge considère que ces dernières constituent bien une atteinte à la dignité de la personne humaine, et que par conséquent, l'autorité de police municipale pouvait bien intervenir. Cette affirmation appelle plusieurs commentaires. Tout d'abord, c'est une construction entièrement jurisprudentielle, qui ne peut manquer d'interroger si l'on se souvient que l'ordre public est en vertu de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, défini par la loi. Ensuite, la dignité qui est ici protégée ne se limite pas à la dignité-droit. Alors même que la personne effectuant l'activité mise en cause serait consentante et y trouverait un profit, sans que cela n'impacte la Société, une mesure de police pourrait tout de même intervenir. C'est à l'évidence une dignité-ordre qui est consacrée ici.

La dignité est alors envisagée comme un concept absolu, qui ne supporte aucune atteinte, aucune dérogation et qui doit être envisagée de façon uniforme, indépendamment des circonstances de temps et de lieu. Ce concept dépasse la logique classique de l'ordre public et du droit de la police administrative : il est d'inspiration objective, dans le sens où c'est l'acte lui-même, contraire au droit objectif<sup>407</sup>, qui justifie la mesure, et pas les conséquences négatives pour les droits subjectifs des tiers. En conséquence, on pourrait donc dire qu'il s'agit là d'une manifestation d'un « *ordre public de valeurs* »<sup>408</sup>, aussi appelé « *ordre public éthique* »<sup>409</sup>. Nous avons déjà vu *supra* que la différence entre un tel ordre et l'ordre moral est relativement ténue, ce qui a conduit à de nombreuses critiques,

---

<sup>406</sup> CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *op.cit.*

<sup>407</sup> C'est-à-dire « *l'ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société* » (Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Presses universitaires de France, 2016).

<sup>408</sup> Glénard, Guillaume. « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », *op.cit.*

<sup>409</sup> Morand-Deville, Jacqueline. *Droit administratif*. LGDJ, 2015.

parfois justifiées, de la jurisprudence *Commune de Morsang-sur-Orge*. En effet, l'appréciation de l'existence d'une atteinte à la dignité de la personne humaine, qui de plus ne se fonde pas sur des éléments objectifs tels que les circonstances locales, dépend entièrement de la conception que se feront de la dignité les autorités de police, le juge, et les administrés...

Il ne faut pas, cependant, surestimer la portée et le rôle de la dignité-ordre au sein de l'ordre public (§.1) ; la dignité-droit, en réalité, si elle pose parfois tout autant problème, est bien plus souvent invoquée (§.2).

## § 1. LA RECONNAISSANCE LIMITEE DE LA DIGNITE-ORDRE COMME COMPOSANTE DE L'ORDRE PUBLIC

Il ne s'agit pas de nier l'impact de l'inclusion de la dignité-ordre – et de la dignité tout court – au sein de l'ordre public. Mais avant de présenter la décision *Commune de Morsang-sur-Orge* et d'étudier la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public proprement dite, nous voulons essayer de nuancer l'aura quasi-mythique de cette décision <sup>410</sup> (A). Nous voulons également nuancer les critiques qui ont été adressées à celle-ci (B).

### A. La déconstruction nécessaire de la portée de la décision *Commune de Morsang-sur-Orge*

Le caractère fondateur des décisions rendues dans le cadre de l'affaire du « lancer de nain », est assez discutable en ce qui concerne l'inclusion de la dignité-ordre (et plus généralement de la dignité) au sein de l'ordre public (1). C'est également une décision qui procède beaucoup des circonstances de l'espèce, si bien qu'il peut paraître douteux d'y voir une véritable décision de principe (2).

#### 1. Une décision fondatrice ?

Il est vrai que l'inclusion de la dignité de la personne humaine dans la définition de l'ordre public constitue une nouveauté radicale. Le juge administratif l'utilise comme limitation de la volonté des personnes visées par les mesures de police administrative considérées, sans qu'il n'existe un trouble matériel qui impacterait les droits subjectifs des tiers. Le but ici, est bien de protéger une valeur, c'est-à-dire la valeur qui est accordée à la personne humaine, valeur à ce point cardinale qu'elle peut limiter l'autonomie de la volonté. C'est bien une dignité-ordre qui est employée. Elle est bien problématique puisque chacun fera une appréciation subjective de ce qui y constitue une atteinte. Elle tend bien, en ce sens, à la consécration d'un ordre moral. Cependant, il faut corriger une erreur : ce n'est pas la jurisprudence *Commune de Morsang-sur-Orge* qui a consacré pour la première fois la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public, et encore moins la dignité-ordre.

---

<sup>410</sup> Les faits de l'affaire, marquants, y sont également pour beaucoup : pour beaucoup d'étudiants, elle constitue l'un des premiers souvenirs des cours d'introduction au droit ou encore de droit administratif.

En effet, ce concept avait déjà pu servir de fondement pour des mesures de police administrative. Cela constitue un aspect peu commenté, à notre connaissance, des décisions rendues par le Conseil d'Etat en ce qui concerne les différentes affaires dites du « foulard islamique », qui concernaient plusieurs étudiantes ayant souhaité porter ce vêtement au sein d'établissements scolaires. La question a finalement été réglée par le législateur en 2004, avec l'adoption de la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Avant l'adoption de cette loi, le Conseil d'Etat avait développé une série de règles purement jurisprudentielles encadrant le port de signes religieux au sein des établissements scolaires publics. L'avis du 27 novembre 1989 <sup>411</sup> précise ces règles, et a été confirmé dans plusieurs décisions contentieuses et notamment dans l'arrêt *Kberouaa* :

« Le principe de la laïcité de l'enseignement public qui résulte notamment des dispositions précitées et qui est l'un des éléments de la laïcité de l'Etat et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves ; qu'il interdit [...] toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves [...] ; que, dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public » <sup>412</sup>.

Lue sous l'angle du droit de la police administrative, cette solution paraît en premier lieu plutôt classique. Le juge propose un raisonnement en trois temps. Tout d'abord, il rappelle que l'enseignement public, comme tout service public, est neutre et laïc, afin d'assurer la liberté de conscience des usagers, à savoir des élèves. Dans un deuxième temps, il rappelle que ladite liberté de conscience comprend le droit d'exprimer ses convictions religieuses, et interdit les discriminations sur ce fondement. Dans un troisième temps, il expose les motifs qui peuvent conduire à limiter cette liberté et à interdire ou encadrer le port de signes religieux, et qui se trouvent résumés par l'expression finale du considérant de principe : il s'agit des signes qui seraient de nature à troubler « *l'ordre dans l'établissement* ».

Finalement, les composantes de cet ordre sont assez classiques. Sécurité et santé des élèves et du personnel, bon déroulement des activités d'enseignement : voilà qui coïncide de façon quasi-parfaite avec la trilogie municipale classique, ce qui nous indique que nous sommes bien, ici, dans le champ de l'ordre public. L'innovation est pourtant bien présente. La liberté des élèves peut être limitée pour

---

<sup>411</sup> CE, Avis de la section de l'intérieur, 27 novembre 1989, n° 346893, *Port du foulard islamique*.

<sup>412</sup> CE, 2 novembre 1992, n°130394, *Kberouaa*, publié au recueil Lebon p. 389.

protéger la dignité de la communauté éducative et dans celle-ci, on inclut la dignité de l'élève lui-même. C'est donc déjà une utilisation de la dignité-ordre.

Cependant, comme le remarquait le commissaire du gouvernement Frydman, « *il est vrai que les conséquences jurisprudentielles de cette affirmation de principe sont [...] restées assez timides* »<sup>413</sup>. Ajoutons à cela que c'est désormais la loi Ferry qui encadre ce phénomène : si la dignité de la personne humaine est évoquée, c'est une conception législative de cette dernière qui sera retenue. Acceptons donc la décision *Commune de Morsang-sur-Orge* comme ayant admis, au moins en théorie, la dignité de la personne au sein de l'ordre public.

Même si on l'accepte comme fondatrice, l'impact de cette jurisprudence doit être nuancé, car les principes qu'elle édicte semblent particulièrement liés aux circonstances de l'espèce.

## 2. Une décision de principe ?

La situation des affaires résultant de la pratique dite du lancer de nain était exceptionnelle. Il faut bien rappeler qu'en réalité, si le Conseil d'Etat n'avait pas consacré la dignité de la personne humaine comme étant une composante de l'ordre public, les spectacles de lancer de nains n'auraient sans doute pas pu être interdits.

Dans ce contexte précis, il était difficile de faire appel à la conception traditionnelle de l'ordre public. Aucun risque pour la salubrité publique n'était à déplorer. La sécurité de M. Wackenheim, le nain qui était lancé, n'était pas mise en cause, puisqu'il bénéficiait « *des protections appropriées* ». Le risque pour la sécurité du public était minimal et ne pouvait sans doute pas justifier une interdiction. Un risque éventuel d'atteinte à la tranquillité publique pouvait être admis, mais il ne résultait pas du spectacle de lancer de nains lui-même, mais plutôt du bruit de la discothèque où se produisait le spectacle. De façon indirecte, des risques de manifestations et de protestations étaient évoqués, mais de façon trop marginale pour justifier une interdiction de cette attraction.

Pourtant, il est indubitable que le spectacle de nain était problématique. La personne lancée était « *rabaisée au rang d'objet* ». Une catégorie de personne était spécifiquement visée. Les spectateurs se voyaient offerts « *la possibilité de se défouler* ». Ajoutons de plus, que « *les réactions des responsables politiques, face au développement des spectacles de lancer de nains, se sont avérées unanimement hostiles* », tout comme celles des associations des personnes atteintes de nanismes. Au vu de ces circonstances, de la cruauté caractérisant l'attraction, il était évident, sinon que celle-ci constituait bien une atteinte à la dignité, au moins que son déroulé restait problématique. Au demeurant, son interdiction devait être fondée juridiquement, sans quoi elle témoignait simplement d'un « *jugement moral* ».

Plusieurs fondements étaient envisageables. D'une part, une circulaire du ministre de l'intérieur de l'époque, Philippe Marchand, recommandait l'interdiction systématique sur le fondement double de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'Homme et sur la jurisprudence du Conseil

---

<sup>413</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des "lancers de nains" », *op.cit.*

d'Etat en matière de moralité publique. D'autre part, l'ordonnance du 13 octobre 1945 relatives aux spectacles pouvait éventuellement être applicable.

L'article 3 de la convention européenne pouvait constituer un fondement juridique plus sérieux. Nous avons déjà relevé que les traitements inhumains et dégradants étaient à rapprocher de la dignité de la personne humaine et que la Cour de Strasbourg prend en compte cette dernière. Il est également vrai que les dispositions de la convention sont d'applicabilité directe en France <sup>414</sup>. Mais cependant, il n'est « guère possible d'admettre qu'une autorité soit habilitée à prendre une décision dans un domaine étranger à ses pouvoirs au seul motif que cet acte viserait à mieux assurer le respect [...] de ladite Convention » <sup>415</sup>. Quant à l'ordonnance du 13 octobre 1945, si elle pouvait être applicable, force était de constater qu'elle était très largement tombée en désuétude, principalement du fait qu'elle ne prévoyait aucune sanction concrète.

C'est bien du côté des pouvoirs de police administrative générale du maire qu'il fallait chercher un fondement juridique. Il fallait donc déterminer si la dignité de la personne pouvait faire partie de l'ordre public. A cet égard, les conclusions du commissaire du gouvernement Frydman semblent encore une fois plus explicites que l'arrêt lui-même, et la méthode retenue particulièrement intéressante. Pour Virginie Saint-James, « le raisonnement ne peut manquer d'évoquer celui qui guide le juge administratif lorsqu'il constate l'existence d'un principe général du droit » <sup>416</sup>, Olivier Bonnefoy partageant ce constat <sup>417</sup>. En effet, Patrick Frydman cite un ensemble de textes et de jurisprudences qu'il estime concordants, ce qui correspond au raisonnement classique du juge administratif lorsqu'il « découvre » un tel principe.

Ce raisonnement semble dicté par l'espèce elle-même, encore une fois, puisque la première étape de ce dernier consiste à affirmer la nécessité de la consécration...du fait de l'impossibilité de trouver d'autres fondements juridiques. Puis c'est sur le fondement de la moralité publique que la dignité de la personne humaine est rattachée à l'ordre public. Est d'abord apportée la démonstration que la moralité publique doit comprendre la dignité de la personne humaine :

« La conception doctrinale de la police administrative n'excluait pas, en réalité, certaines incursions dans le domaine des acquis fondamentaux de la morale sociale. Dans la célèbre thèse qu'il a consacrée en 1934 à La police municipale, M. Pierre-Henri Teitgen admettait ainsi l'existence d'une « police de la moralité publique » ayant pour objet de prévenir « les scandales publics, (c'est-à-dire) les atteintes publiques au minimum d'idées morales naturellement admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus ». Or, même en nous plaçant dans ce cadre relativement restrictif, il nous apparaît que le respect de la dignité de la personne humaine constitue bien, précisément, l'une de ces « idées morales naturellement admises » dans la société française contemporaine, ainsi que

---

<sup>414</sup> CE, Ass., 11 juillet 1984, n°41744, *Subrini*, publié au recueil Lebon p. 411.

<sup>415</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lanciers de nains » », *op.cit.*

<sup>416</sup> Saint-James, Virginie. « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français ». *Recueil Dalloz*, n° 10, 1997, p. 61.

<sup>417</sup> Bonnefoy, Olivier. « Dignité de la personne humaine et police administrative ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 08, 2016, p. 418.

suffisent à en témoigner les différents textes et décisions de jurisprudence que nous avons précédemment mentionnés »<sup>418</sup>

Le commissaire du gouvernement démontre ensuite que la moralité publique appartient bien à l'ordre public, et partant qu'il en va de même pour la dignité de la personne, rappelant :

« Il est clair que, bien qu'elle ne soit pas formellement comprise dans la trilogie traditionnelle définissant l'objet de la police municipale - à savoir sécurité, tranquillité et salubrité publiques -, la moralité publique constitue bien également, selon votre jurisprudence, un des buts en vue desquels cette police peut trouver à s'exercer. »<sup>419</sup>

Nous ne sommes pas, et le Conseil d'Etat ne l'a sans doute pas été non plus, d'avis que la dignité de la personne puisse se rattacher directement à la moralité publique. Lorsque nous avons étudié cette notion en première partie, nous avons eu l'occasion de préciser qu'elle était fonction des circonstances publiques locales. Or, la dignité de la personne humaine suppose une dimension absolue. Ou un comportement y porte atteinte, ou il n'y porte pas. L'on ne voit pas de raisons précises pour que des circonstances géographiques particulières changent le caractère indigne ou non d'une activité. Le Conseil d'Etat a donc ignoré le raisonnement de son commissaire du gouvernement, et se contente d'affirmer, de façon lapidaire : « *le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* », se gardant bien de préciser si la moralité publique fait partie de l'ordre public et si la dignité de la personne humaine s'y rattache.

On voit bien, ici, tout le caractère problématique de l'espèce. Cependant, l'état du droit de l'époque ne permettait pas d'apporter une réponse juridique satisfaisante. Il fallait donc construire juridiquement une solution, et cette construction juridique aboutit au mariage de l'ordre public général et de la dignité de la personne humaine, au prix, sans doute, d'un raisonnement juridique quelque peu précaire. C'est donc à première vue un mariage de circonstances uniquement. Il n'en reste pas moins qu'il est éminemment critiquable, surtout si l'on prend en compte le fait qu'il a donné lieu, on le verra *infra*, à une certaine postérité.

## B. Une décision critiquable

La décision *Commune de Morsang-sur-Orge* a été âprement commentée et critiquée. Nous reviendrons *infra* sur l'absence de compétence du juge pour définir l'ordre public et la question de l'ajout d'une composante purement prétorienne au sein de l'ordre public, puisque nous verrons que tel n'était pas exactement la volonté du juge.

Au-delà de cette question, des critiques de deux ordres sont apparues. Elles doivent être nuancées, mais ne peuvent être ignorées. La première critique tient au caractère apparemment très paternaliste de la solution jurisprudentielle retenue (1). La seconde critique tient à l'appréciation potentiellement très subjective des atteintes à la dignité de la personne humaine qui pourrait être faite aussi bien par les autorités de police que par le juge (2).

---

<sup>418</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des “lancers de nains” », *op.cit.*

<sup>419</sup> *Ibid.*

## 1. L'apparente atteinte injustifiée à l'autonomie de la volonté

L'argumentation de M. Wackenheim, le nain qui pratiquait ladite activité de lancer à Morsang-sur-Orge, devait être entendue. Elle trouvait un solide fondement juridique dans la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat en matière de police. En effet, la décision *Benjamin* du Conseil d'Etat, affirme classiquement : « [...] s'il incombe au maire, [...] de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté »<sup>420</sup>. Le principe est de permettre à la liberté de s'exercer. Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs expressément rappelé dans l'ordonnance Dieudonné du 9 janvier 2014 : « il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté »<sup>421</sup>. Ce n'est que dans le cas où existe un trouble que les mesures de police peuvent intervenir (la mesure doit être nécessaire) et toujours en portant le moins atteinte à la liberté considérée (elle doit être adaptée et proportionnée). En principe, la liberté de commerce et d'industrie, revendiquée par M. Wackenheim, est au nombre des libertés qui doivent être protégées par les mesures de police<sup>422</sup>. L'interdiction générale et absolue, « toujours suspecte d'illegalité »<sup>423</sup> selon René Chapus, du spectacle ne pouvait manquer d'y porter atteinte. De façon paradoxale, cette conception de la dignité conduit en effet à nier le second aspect de la dignité de la personne qui concerne le droit à une existence digne...

Certes, le droit de l'Union Européenne pouvait appuyer le raisonnement du Conseil d'Etat. La Cour de Justice a en effet expressément admis que la dignité de la personne humaine pouvait être incluse comme composante de l'ordre public par les Etats membres dans son arrêt *Omega* :

« Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine »<sup>424</sup>.

Rappelons tout de même que dans l'arrêt *Omega*, qui concernait l'interdiction d'une activité de laser-game sur des cibles humaines, c'était la dignité des personnes objet des tirs, et non pas des personnes qui dirigeaient l'entreprise concernée, qui était en cause. Il s'agissait donc plutôt d'une manifestation de la dignité-droit.

Dans tous les cas, cette conception du juge administratif de la dignité de la personne est même contraire au droit européen des droits de l'Homme. Pour la Cour de Strasbourg, la limite est le consentement de la personne. Il y a atteinte à la dignité de la personne humaine à partir du moment où celle-ci n'est pas consentante au traitement qui lui est infligé. La Cour affirme ainsi :

« L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un

---

<sup>420</sup> CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *op.cit.*

<sup>421</sup> CE, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>422</sup> CE, Ass. 19 janvier 1951, *Daudignac*, *op.cit.*

<sup>423</sup> Chapus, René. *Droit administratif général*, *op.cit.*

<sup>424</sup> CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, *op.cit.*

principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [...]. Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...], en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition [...]. Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »<sup>425</sup>.

Dès lors, le droit pénal ne peut pas se saisir des questions des pratiques sexuelles librement consenties, sauf pour des « *raisons particulièrement graves* »<sup>426</sup>. L'absence de consentement des personnes est logiquement une de ces raisons, la Cour concluant :

« Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti »<sup>427</sup>.

En droit européen des droits de l'Homme, l'opinion de la personne sur le comportement considéré doit être prise en compte<sup>428</sup>. La définition donnée par la Commission des Droits de l'Homme des traitements dégradants illustre bien cette position, un tel traitement ne prenant cette qualification que s'il « *provoque un abaissement de rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui (aussi bien qu'à ses propres yeux* »<sup>429</sup>.

La conception du Conseil d'Etat est donc plutôt isolée sur le plan juridique européen. En droit français, Patrick Frydman relevait cependant que le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de limiter la volonté des administrés alors même qu'aucune atteinte n'était à déplorer pour les droits des tiers, et que l'activité considérée n'était bénéfique, ou nuisible qu'aux seuls intéressés, pour des raisons tenant à leur sécurité. Nous avons eu l'occasion d'étudier ces arrêts : ce sont les décisions *Bouvet de la Maisonneuve*<sup>430</sup>, ou encore *Commune d'Ardres*<sup>431</sup>, et plus récemment *Association Droit au Logement Paris et environs*<sup>432</sup>.

Relues en lien avec la dignité de la personne humaine, ces décisions interrogent : n'y a-t-il pas un lien, au moins implicite, entre la sécurité de la personne, partie de la sûreté, et sa dignité ? Ou finalement, le juge administratif n'a-t-il toujours fait qu'appliquer sa conception de la dignité de la personne, de façon implicite ? Ces décisions témoignent-elles d'un souci de préserver la valeur de

---

<sup>425</sup> CEDH, 17 février 2005, n°45558/98, *K.A. et A.D. c. Belgique*.

<sup>426</sup> *Ibid.*

<sup>427</sup> *Ibid.*

<sup>428</sup> Il est cependant intéressant de relever que la Cour de Strasbourg et le Conseil d'Etat n'avaient pas à connaître d'affaires totalement similaires. Dans le cas de l'arrêt *K.A. et A.D.*, les pratiques sexuelles en litiges étaient pratiquées en privées. Le lancer de nain, lui, était exposé au public. On peut légitimement se demander si le Conseil d'Etat jugerait de la même manière si le comportement n'était pas public, et si la Cour maintiendrait son appréciation si elle avait à juger d'activités réalisées à la vue de tous...

<sup>429</sup> Rapport de la Commission des droits de l'Homme, 5 mars 1974, *Asiatiques de l'Afrique Orientale c. Royaume-Uni*.

<sup>430</sup> CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, *op.cit.*

<sup>431</sup> CE, sect., 28 novembre 1980, *Commune d'Ardres*, *op.cit.*

<sup>432</sup> CAA Paris, 21 décembre 2004, *Association Droit au Logement Paris et environs*, *op.cit.*

l'Homme, ou bien du souci de préserver les menaces physiques qui le guettent ? Sont-elles annonciatrices <sup>433</sup> de la décision *Commune de Morsang-sur-Orge* ? Nous croyons qu'il existe une similitude de raisonnement ; le nier serait nier l'évidence. En revanche, nous ne souscrivons pas à l'hypothèse de la confusion. On peut trouver des décisions sans doute mal justifiées, qui créent une confusion. La dignité de la personne n'est pas totalement absente, ce nous semble, de la décision de la cour administrative d'appel de Paris. Ou du moins, elle est présente à part égale avec la sécurité, puisqu'elle paraît poser la question suivante en filigrane : est-il digne de laisser une personne dormir dans la rue, même si elle en a fait le choix ? Cependant, pour les décisions *Commune d'Ardre*, et avant elle *Bouvet de Maisonneuve*, il y a une atteinte physique, concrète et observable, *matérielle* en somme, qui peut être évaluée de façon objective par le juge, ce qui n'est pas forcément le cas en ce qui concerne la dignité de la personne humaine, comme nous le verrons *infra*.

M. Frydman relève également qu'en droit pénal, le consentement de la victime n'est pas pris en compte comme fait justificatif de l'infraction <sup>434</sup>. Le principe est ancien <sup>435</sup>, et constamment réaffirmé par les juridictions : « *les prévenus ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale* » <sup>436</sup>. Par conséquent, cela n'aurait guère d'influence en droit français.

Ce raisonnement est autant inquiétant qu'il est critiquable, même vingt-trois ans plus tard. Comparer la logique de la police judiciaire, qui relève du droit pénal, et de la police administrative, est ennuyeux sur le plan conceptuel. Rappelons qu'au mieux, la fonction de la police administrative est curative, et qu'en règle générale elle est préventive. Surtout, elle a pour but d'empêcher les abus de droits qui auraient pour conséquence de porter atteinte aux droits subjectifs des tiers. La police judiciaire, elle, a pour but de sanctionner les infractions, c'est-à-dire de préserver le Droit Objectif. En d'autres termes, la police administrative ne s'intéresse qu'aux *conséquences des actes*, alors que la police judiciaire concerne les *actes en eux-mêmes*, leurs conséquences, positives comme négatives, étant indifférentes.

S'il y a un risque de pénalisation de l'ordre public, et un risque pour les libertés, c'est ici qu'il intervient, et non pas avec l'ordonnance du 9 janvier 2014 <sup>437</sup>. Comme nous l'avons démontré *supra*, la prévention des infractions pénales ne constitue un but légitime de la police qui si celles-ci créent un trouble à l'ordre public <sup>438</sup>. Cela est d'autant plus inquiétant qu'en droit pénal, la répression des infractions est assortie de garanties qui concernent les droits de la défense et l'exigence du procès équitable, qui ne sont pas présentes en droit de la police administrative, et que les éléments

---

<sup>433</sup> Sauf CAA Paris, 21 décembre 2004, *Association Droit au Logement Paris et environs*, *op.cit.*

<sup>434</sup> En revanche, il est pris en compte dans certains cas concernant la constitution de l'infraction elle-même : il ne saurait y avoir eu vol si la « victime » a remis elle-même un bien au prévenu, et il ne saurait y avoir eu viol si la « victime » était consentante, par exemple.

<sup>435</sup> Cass. ch. réunies, 15 déc. 1837 : le fait qu'une personne décédée lors d'un duel et son meurtrier ait conclu un accord concernant ce duel avant le décès de cette personne n'emporte pas abandon des charges.

<sup>436</sup> Cass.crim. 1er juillet 1937, concernant l'affaire des « stérilisés de Bordeaux ».

<sup>437</sup> CE, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>438</sup> CE, 9 Novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les productions de la Plume et M. Dieudonné M'bala M'bala*, *op.cit.*

constitutifs des infractions sont définis par la loi pénale et peuvent être appréciés de façon objective par le juge : c'est le principe de légalité des délits et des peines.

Cette première critique doit être lue en lien avec une deuxième difficulté : l'appréciation subjective de l'atteinte à la dignité de la personne humaine.

## 2. *L'appréciation subjective de l'atteinte à la dignité de la personne humaine*

Concrètement, si on admet que la dignité-ordre est une composante de l'ordre public, il y a une véritable modification de l'esprit même du droit de la police administrative. Comme le relève Jacqueline Morand-Deville : « *Dans une nouvelle approche, [l'ordre public] n'est pas seulement destiné à protéger les libertés individuelles mais à protéger aussi la société et ses valeurs* »<sup>439</sup>. L'ordre public devient alors « *directif* »<sup>440</sup>

Or, cette conception de la société et de ce qui est admissible ou non est imposée par le juge et par les autorités de police qui se serviront de ce concept. Cet ordre de valeurs<sup>441</sup>, ou ordre public éthique<sup>442</sup>, est à rapprocher de l'ordre moral tant redouté en matière de police, en ce sens qu'il procède d'une logique verticale ascendante : ce sont les pouvoirs publics qui imposent apparemment leur conception subjective de ce qui est bien ou mal, contraire ou non à la dignité de la personne, sans que l'opinion de la société soit prise en compte.

A la décharge du juge administratif, il est vrai qu'un tel risque d'appréciation subjective existait auparavant : C'était déjà l'une des critiques, nous l'avons vu, qu'adressaient au juge les détracteurs de l'arrêt *Société « Les Films Lutétia »*<sup>443</sup>. Prosper Weil, notamment, expliquait ainsi :

« On peut [...] craindre que dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle de la moralité [...], les autorités locales soient supplantées par des groupements officieux ou privés [...] le maire se rangera le plus souvent à l'avis de d'organismes privés intéressés à la sauvegarde de la moralité, et qui profiteront ainsi de leur influence, électorale ou autre, pour imposer leurs vues à l'ensemble de la population »<sup>444</sup>.

Cette critique nous emmène à constater l'existence d'un autre risque : la récupération partisane, qui pourrait influencer les autorités de police et le juge, de la notion de dignité de la personne humaine. Il est d'ailleurs vrai que les associations se sont bien saisies de la notion dans les requêtes qu'elles adressent aux autorités de police, ou au juge. Ainsi le Conseil Représentatif des Associations Noires était-il partie dans l'affaire des pâtisseries de Grasse<sup>445</sup>. Il est inutile de rappeler l'activité de l'association Promouvoir, en matière de police du cinéma, qui ne se lasse pas de demander l'interdiction de film pour des raisons d'atteinte à la dignité de la personne ou de morale publique.

---

<sup>439</sup> Morand-Deville, Jacqueline. *Droit administratif, op.cit.*

<sup>440</sup> *Ibid.*

<sup>441</sup> Glénard, Guillaume. « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », *op.cit.*

<sup>442</sup> Morand-Deville, Jacqueline. *Droit administratif, op.cit.*

<sup>443</sup> CE, sect. 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutétia »*, *op.cit.*

<sup>444</sup> Weil, Prosper. « Note sous CE, Sect., 18 décembre 1959, *Société «Les films Lutétia»* », *op.cit.*

<sup>445</sup> CE, ord. 16 avril 2015, n° 389372, *Société Grasse Boulange*.

Au demeurant, le juge administratif semble résolu à utiliser la notion de dignité de la personne avec parcimonie, et sous un angle très libéral. Il faut préciser, pour être tout à fait juste, que les critères pour déterminer si un comportement pouvait porter atteinte à la personne humaine permettent finalement une appréciation plutôt objective de la notion. Dégagés par le commissaire du gouvernement Frydman, ils semblent appréciés de façon plutôt stricte. Il faut tout d'abord que soit désigné un type spécifique de personnes : en ce sens, la dignité de la personne recoupe la notion de discrimination et l'article 225-1 du Code Pénal, qui définit la discrimination comme :

« Toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

A cette catégorie de personne, doit être infligée une réification, comme dans l'affaire du lancer de nain, ou encore un traitement humiliant : toujours dans le cas de l'affaire du lancer de nain, il en allait ainsi de l'usage de M. Wackenheim comme défouloir. « *Des propos de caractère antisémite, qui incitent à la haine raciale, et font [...] l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la Seconde Guerre mondiale* »<sup>446</sup>, comme dans les différentes affaires Dieudonné, pouvaient eux-aussi être pris en compte, comme, de même qu'une action de solidarité volontairement conçue pour priver certaines personnes du secours proposé, comme dans l'ordonnance de référé-liberté *Association Solidarité des Français*. Peuvent également être un indice d'une atteinte à la dignité de la personne humaine une indignation nationale unanime, ou simplement de la communauté concernée, bien que ce critère ne semble pas décisif. Dans l'affaire de la « soupe au cochon », la mesure de police qui prenait simplement en compte « *les risques de réactions* »<sup>447</sup> était légale sur ce fondement. Il est évidemment difficile pour une autorité de police d'apprécier une potentielle réaction négative à une activité, et un danger survient de nouveau ici, puisque ces administrations risquent alors de substituer arbitrairement leur propre perception – ou de la voir fausser par des personnes extérieures – à celle des administrés.

Le risque d'une appréciation subjective de l'atteinte à la dignité des personnes existe finalement surtout au travers de la prise en compte de l'intention des personnes qui réalisent l'activité. Pour Oliver Bonnefoy, il s'agit d'une interprétation finaliste<sup>448</sup>.

Le problème de cette interprétation finaliste est qu'elle renforce encore la subjectivité de l'appréciation de l'atteinte portée à la dignité de la personne. Le Conseil d'Etat a jugé que « *le spectacle « Exhibit B » avait pour objet de dénoncer les pratiques et traitements inhumains ayant eu cours lors de la période*

---

<sup>446</sup> CE, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>447</sup> CE, ord., 5 janvier 2007, n°300311, *Association Solidarité des Français*.

<sup>448</sup> Bonnefoy, Olivier. « Dignité de la personne humaine et police administrative », *op.cit.*

coloniale ainsi qu'en Afrique du Sud »<sup>449</sup> et qu'en conséquence, il ne portait pas atteinte à la dignité de la personne humaine. De même, le tribunal administratif de Montreuil a jugé que des affiches représentant des couples homosexuels dans le cadre d'une « campagne d'information par affichage urbain organisée par l'Agence nationale de santé publique du 16 au 29 novembre 2016 en vue de lutter contre l'infection au VIH et les IST [...] »<sup>450</sup> n'étaient pas susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne humaine, cette campagne d'affichage ayant été « lancée pour veiller à la protection de la santé publique »<sup>451</sup>. On ne manquera pas de d'interroger : comment juger qu'une intention est légitime, et que telle autre ne l'est pas ? Sur quels critères ?

Il ne faut pas trop surestimer la dignité-ordre. La dignité-droit est au cœur de bien plus de décisions jurisprudentielles – en réalité, de presque toutes les décisions en la matière. Elle comporte toujours certains aspects critiquables, mais il est sans doute faux de dire qu'il existe réellement un ordre public moral consacré par le juge.

## § 2. L'UTILISATION CONSTANTE DE LA DIGNITE-DROIT COMME FONDEMENT DE MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVE

En réalité, la consécration de la dignité-ordre comme composante de l'ordre public n'a pas prospéré. Seule la dignité-droit a rencontré un véritable écho en la matière. Si on les relit attentivement, même les décisions rendues dans le cadre des lancers de nains peuvent se rattacher à la dignité-droit (A). Cependant, cela n'emporte pas extinction de toutes les critiques que nous avons pu évoquer (B).

### A. L'absence de cas d'espèce utilisant la dimension objective du concept de dignité de la personne humaine

La dignité de la personne, peu importe comment on l'envisage, a semble-t-il été assez peu utilisée depuis sa consécration en 1995. Le nombre de cas où l'atteinte à la dignité de la personne humaine justifiant l'adoption d'une mesure de police, telle que l'a définie l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, a été admise par le Conseil d'Etat se compte sur les doigts d'une main. Il y a bien entendu l'arrêt *Association Solidarité des Français* la mesure de police étant justifiée par « l'atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé »<sup>452</sup>. Puis il y a bien entendu les trois ordonnances de janvier 2014 dans l'affaire Dieudonné, et enfin la décision du 9 novembre 2015 qui ne concerne pas directement une mesure de police en particulier, mais la possibilité d'interdire la représentation de certains spectacles dans le cas où ceux-ci porteraient atteinte à la dignité de la personne. Cela est, à notre connaissance, à peu près tout, sauf si on inclut les arrêts du Conseil d'Etat qui concerne le refus de concours de la

---

<sup>449</sup> CE, ord., 11 décembre 2014, n°386328, *Centre Dumas-Pouchkine des Diasporas et Cultures Africaines*.

<sup>450</sup> TA Montreuil, 9 Novembre 2017, *op.cit.*

<sup>451</sup> *Ibid.*

<sup>452</sup> CE, ord., 5 janvier 2007, *Association Solidarité des Français*, *op.cit.*

force publique concernant l'exécution des décisions de justice. Classiquement, les autorités de police peuvent refuser de prêter le concours de la force publique pour exécuter une décision de justice, pour des raisons tenant « *au maintien de l'ordre et à la sécurité* »<sup>453</sup>, comme le précise l'arrêt *Couitéas*. Fort logiquement, si ces raisons tiennent au maintien de l'ordre public, il fallait y inclure la dignité de la personne humaine, ce que le Conseil d'Etat a admis et confirmé dans plusieurs décisions récentes :

« Des considérations impérieuses tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou à la survenance de circonstances postérieures à la décision judiciaire d'expulsion telles que l'exécution de celle-ci serait susceptible d'atteindre à la dignité de la personne humaine peuvent légalement justifier, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, le refus de prêter le concours de la force publique »<sup>454</sup>

Un point est cependant commun à toutes ces décisions. La dignité de la personne est en effet toujours invoquée en tant que dignité-droit, pour préserver la dignité de personnes tierces. On en viendrait même à se demander, si finalement, ce n'est pas cette dimension-ci qui est le véritable fondement de la décision *Morsang-sur-Orge* elle-même, M. Frydman indiquant :

« Tout autre raisonnement [qui ne conduirait pas à retenir l'atteinte à la dignité de la personne humaine] conduirait d'ailleurs, en l'occurrence, à faire prévaloir de manière assez choquante un avantage procuré à un seul individu sur la nécessité de prévenir l'humiliation d'une communauté entière »<sup>455</sup>.

Finalement, seuls les avis et arrêts concernant la question du port de signes religieux à l'école semblent relever de la dignité-ordre. La consécration faite par l'avis d'assemblée de 1989 est explicite. Plusieurs arrêts, dont la décision *Kherouaa* que nous citons *supra*, rappellent que le port de ces signes peut être interdit parce qu'ils portent atteinte aux droits des autres membres de la communauté éducative ou à la dignité de l'élève en elle-même. A notre connaissance, cependant, aucun des arrêts rendus sous l'empire de ces principes n'a eu l'occasion de les mettre en œuvre. C'est à chaque fois le fait que le port du signe en question était potentiellement « *un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande* »<sup>456</sup> ou était incompatible « *avec le bon déroulement des cours* »<sup>457</sup>. Il est donc difficile de déterminer quel impact réel a eu la dignité-ordre, et même si elle en a réellement eu un, ce qui mériterait sans doute une clarification jurisprudentielle ou législative.

Dans l'hypothèse où seule subsisterait la dignité-droit au sein de l'ordre public, cette consécration serait, ce nous semble, moins révolutionnaire pour le droit de la police administrative. Certes, subsisterait le problème du caractère général et absolu de la mesure, en décalage avec le caractère normalement adapté et proportionné que doivent revêtir les mesures de police, et celui de l'appréciation subjective de l'existence d'une atteinte à la dignité, fonction des conceptions que peuvent en avoir les juges et les autorités de police, voire les citoyens. Et évidemment, revient de

---

<sup>453</sup> CE, Sect., 30 novembre 1923, n°38284, *Couitéas*, publié au recueil Lebon p. 789.

<sup>454</sup> CE, 30 juin 2010, n°332259, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. Ben Amour*, publié au recueil Lebon.

<sup>455</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des "lancers de nains" », *op.cit.*

<sup>456</sup> CE, 27 novembre 1996, n°172787, *Ministre de l'éducation nationale c. Khalid*, publié au recueil Lebon, p. 460.

<sup>457</sup> CE, 27 novembre 1996, n°170209, *Époux Wissaadane*, publié au recueil Lebon p. 422.

manière lancinante la question suivante : si les atteintes à la dignité de la personne doivent être appréciées de façon indépendante des circonstances locales, les autorités locales de polices sont-elles les mieux placées pour le faire ?

## **B. Les critiques persistantes adressées à la dignité-droit comme composante de l'ordre public général**

Ces critiques ont été cristallisées par les ordonnances rendues par le Conseil d'Etat en janvier 2014 dans le cadre du contrôle de légalité des interdictions de représentations, par les maires et les préfets, des spectacles de Dieudonné M'bala M'bala. Ces décisions ont été très retentissantes médiatiquement parlant, et ont suscité de nombreux débats, interrogations et critiques, aussi bien dans la sphère politique que juridique. Nous tenterons de ne faire état que des critiques purement juridiques, et laisserons de côté les affirmations politiques présentant un degré divers de complotisme, de paranoïa, voire un caractère purement insultant.

Certaines de ces critiques tiennent au cas d'espèce, on serait presque tenté de dire au personnage, qui a déchainé les passions des commentateurs. Il convient d'y apporter certaines nuances et de les étudier avec recul (1). Une seconde série de critiques est propre à l'inclusion même de la dignité de la personne humaine en tant que composante de l'ordre public (2).

### *1. Les critiques adressées aux ordonnances Dieudonné*

Les plus virulentes critiques viennent sans aucun doute de la part de Bertrand Seiller. Dans une tribune qui a semblé à Aurélie Bretonneau « *inhabituellement excessive* »<sup>458</sup>, il relève plusieurs défauts, qui concernent principalement l'ordonnance du 9 janvier 2014, qualifiant ces décisions de « *consternantes pour le Conseil d'Etat et sa jurisprudence libérale* »<sup>459</sup>. Toutes ces critiques ne sont pas également pertinentes.

D'abord, il a été dit qu'il s'agissait d'interdire des propos, et pas des actes matériels, ce qui constituerait une entorse de plus à la définition matérielle et extérieure de l'ordre public. Même l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* n'allait pas aussi loin, puisqu'il s'agissait d'actes matériels. Il n'a cependant jamais été dit ni par le législateur ni par le juge que les actes visés par les mesures de police administrative devaient être obligatoirement matériels. L'article L. 227-1 du Code de la Sécurité Intérieure prévoit d'ailleurs que « *les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes* » peuvent conduire à la fermeture d'un lieu de culte à des fins de prévention du terrorisme, c'est-à-dire à des fins de sécurité. En réalité, c'est le fondement, la raison de l'interdiction qui est immatériel ou qui ne l'est pas. L'acte en lui-même, si on veut absolument lui donner une qualité issue de la définition classique de l'ordre public, doit être extérieur, c'est-à-dire,

---

<sup>458</sup> Bretonneau, Aurélie. « Légalité de la circulaire Valls dans l'affaire Dieudonné », *op.cit.*

<sup>459</sup> Seiller, Bertrand. « La censure a toujours tort », *op.cit.*

classiquement, avoir des conséquences pour les tiers – sauf à ce qu’il s’agisse de la dignité-ordre, mais nous savons que tel n’est pas le cas ici.

Dans un deuxième temps, il s’agirait d’une remise en cause du régime classique d’organisation des libertés, qui tient en grande partie au fait que le juge admet que des mesures de polices puissent intervenir pour prévenir la commission de certaines infractions. Bertrand Seiller rappelait donc que le régime pénal est « *traditionnellement présenté comme répressif : en France, jusqu’à présent, la liberté était reconnue a priori et ses abus éventuels sanctionnés a posteriori* »<sup>460</sup>. Il y aurait donc une confusion regrettable entre le régime de la police administrative et celui de la police judiciaire. Nous avons vu, cependant, que la jurisprudence du Conseil d’Etat devait être appréciée de façon plus nuancée. Le Conseil d’Etat a en effet précisé :

« Il appartient à l’autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l’ordre public sans porter d’atteinte excessive à l’exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales »<sup>461</sup>.

L’infraction pénale n’est au mieux qu’un biais. Le juge procède en plusieurs temps, mais de façon plutôt classique, dans la logique traditionnelle du droit de la police administrative, comme le montre son raisonnement dans sa décision du 9 novembre 2015 :

« La nécessité de prendre des mesures de police administrative et la teneur de ces mesures s’apprécient en tenant compte du caractère suffisamment certain et de l’imminence de la commission de ces infractions ainsi que de la nature et de la gravité des troubles à l’ordre public qui pourraient en résulter »<sup>462</sup>.

Le juge commence par observer s’il existe un risque de commission d’infraction, qui ne doit pas être une simple probabilité. Puis il examine la question suivante : si ce risque de commission d’infraction est réel, peut-il conduire à un trouble à l’ordre public ? En fonction de la gravité et de la nature de ces troubles, des mesures de polices pourront être nécessaire, mais leur contenu devra être adapté et proportionné.

En l’occurrence, Dieudonné M’bala M’bala proposait un spectacle qui contenait des propos qui présentaient un caractère « *antisémite, qui incitent à la haine raciale, et font, en méconnaissance de la dignité de la personne humaine, l’apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la Seconde Guerre mondiale* »<sup>463</sup>. Il avait de plus fait l’objet de « *neuf condamnations pénales, dont sept sont définitives, pour des propos de même nature* »<sup>464</sup>. Ce qui est remarquable, c’est qu’en réalité, le juge semble moins avoir pour but de prévenir l’infraction en elle-même que de s’en servir comme d’un argument pour démontrer la certitude que les propos contenus dans le spectacle constituent une atteinte à la dignité de la personne humaine. On peut en effet être sûr que les propos tenus constituent une atteinte à

---

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> CE, 9 Novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l’identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les productions de la Plume et M. Dieudonné M’bala M’bala, op.cit.*

<sup>462</sup> *Ibid.*

<sup>463</sup> CE, 9 janvier 2014, *Ministre de l’intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M’bala M’bala, op.cit.*

<sup>464</sup> *Ibid.*

l'ordre public et à la dignité de la personne humaine, puisque Dieudonné M'Bala M'Bala a précisément été condamné pour avoir porté atteinte à la dignité de la personne humaine. Si les autorités de police cherchent à prévenir une telle infraction, elles sont sûres de chercher à prévenir une atteinte à l'ordre public, dans la mesure où évidemment, le risque d'atteinte est assez certain.

Ici intervient une seconde critique : l'interdiction se baserait sur une simple probabilité, et non sur la certitude que des infractions vont être commises. Nous voulons bien admettre qu'il s'agit là d'un changement majeur, au moins en théorie. Comme le précise Jacques Petit : « *D'un cas où l'atteinte à la dignité était certaine, comme tenant à la nature même d'une attraction, on est passé au cas où un ensemble de circonstances relatives au contenu d'un spectacle et à son auteur la rendent très probable* »<sup>465</sup>.

En théorie, nous voulons bien l'admettre, ce changement de logique est très discutable. Nous ne croyons cependant pas qu'il ait véritablement eu lieu, ou en tout cas, pas dans les ordonnances Dieudonné. Le législateur retient parfois une telle conception prédictive : c'est le cas, nous l'avons mentionné, dans les législations anti-terroristes et en matière de rétention de sûreté. Dans le cas d'espèce, nous ne pouvons pas adhérer à cette théorie. Jacques Petit lui-même, qui pourtant est critique de la décision sur ce point, admet : « *il est peu douteux que les propos en cause seront de nouveau tenus (de même que sont peu crédibles les allégations selon lesquelles ils ne le seront pas)* »<sup>466</sup>.

Considéré du point de vue du droit des libertés publiques, on pouvait s'interroger sur l'impact de cette décision pour la liberté d'expression, et de là, pour l'Etat de Droit, comme a pu le déplorer Christophe Tukov, qui relevait un développement féroce d'une démocratie militante, basée sur le principe, qui ne manque jamais d'interroger : « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté » :

« Notre État de droit s'éloigne du libre marché des idées existant aux États Unis, ce qui s'explique, en partie, par le passé encore récent de notre pays et son rapport ambigu à l'antisémitisme. Elle s'éloigne aussi de sa tradition de tolérance envers le bouffon. **Le bouffon, quoi qu'il exprime et quoi qu'on en pense, est nécessaire dans une société démocratique.** Il en constitue la respiration, une partie de son éducation, de sa maturation. S'attaquer au bouffon (qualificatif, dans son acception certainement péjorative, attribué d'ailleurs à Dieudonné par C. Taubira), c'est s'attaquer indirectement à la démocratie »<sup>467</sup>.

Au-delà de cette considération philosophique, il y avait également un risque de censure devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, sur la base de l'arrêt *Handyside*, qui définit la position de la Cour de Strasbourg en la matière.

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [de la société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »<sup>468</sup>.

---

<sup>465</sup> Petit, Jacques. « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie », *op.cit.*

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> Tukov, Christophe. « La République a-t-elle gagné en ouvrant la Boite de Pandore ? À propos de "l'affaire Dieudonné" ». *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 3, 2014, p. 39.

<sup>468</sup> CEDH, Grde. Chbre., 7 décembre 1976 n°5493/72, *Handyside c. Royaume-Uni*.

Il faut cependant relever que les lois sanctionnant le négationnisme ont été jugées compatibles avec l'article 10 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour ayant jugé qu'elles constituent des « *ingérences nécessaires dans une société démocratique* »<sup>469</sup>. Au demeurant, il s'agissait d'une législation répressive, non préventive, et même si la Cour a également validé les condamnations pénales concernant certains spectacles de Dieudonné M'bala M'bala<sup>470</sup>, il n'est pas certains que cette même solution serait retenue à propos de spectacles qui n'ont pas encore eu lieu.

On peut tout de même admettre que le contexte de cette affaire n'était pas banal. Tous les commentateurs des ordonnances Dieudonné admettent (heureusement, serions-nous tentées de dire !) la nature condamnable des propos de Dieudonné M'bala M'bala. Pour Denys de Béchillon, c'est un système qui est mis en cause :

« Eu égard à l'environnement médiatique gigantesque dans lequel ils se déroulent, au poids d'Internet, etc., il n'y a pas grand mystère sur le contenu idéologique de ce que raconte Dieudonné. Tous ceux qui paient leur place savent très bien ce qu'il veut dire, et s'en accommodent parfaitement. C'est même sans doute ce que beaucoup vont chercher. Il y a donc, pour des raisons d'environnement et de conjoncture, un contenu problématique en soi dans ces spectacles »<sup>471</sup>.

Quiconque ayant étudié un peu les circonstances de cette affaire sait parfaitement que le fonds de commerce, si l'on peut dire, des spectacles de Dieudonné M'bala M'bala est précisément de tenir des propos provocateurs, racistes et antisémites. Le nombre de condamnations pénales de cet artiste suffit à s'en convaincre. La question qui se pose n'est donc pas celle d'apporter, ou non, une réponse à des propos qui sont, par eux-mêmes, indépendamment de toute question concernant le régime des libertés, constitutifs d'une atteinte à la dignité de la personne humaine. La question est de savoir quelle réponse il faut apporter à ces propos. Pour la majorité des auteurs, seul le régime pénal peut convenir, à la fois pour éviter ce qu'ils qualifient de censure préalable, et pour éviter une logique prédictive qui remettrait en cause les fondements traditionnels de la police :

« La réponse répressive, par le biais de l'incrimination pénale des propos racistes et incitant à la haine raciale, inscrite depuis 1972 dans la loi sur la presse, reste décidément la plus évidente et la plus sûre juridiquement. Cela suppose de laisser les spectacles se dérouler et le délit s'accomplir avant de pouvoir le poursuivre. Quel que soit le malaise qu'on en ressent, c'est le prix à payer dans une démocratie qui entend veiller à la défense des libertés et où l'on doit donc se méfier de toute interdiction préventive prononcée par une autorité administrative »<sup>472</sup>.

Cette affirmation fonde en partie une critique qui, ce nous semble, porte globalement sur la compétence du juge administratif. Nous voulons tout d'abord rappeler encore une fois que le juge judiciaire n'est pas le seul gardien des libertés, et qu'il ne l'est, en vertu de l'article 66 de la Constitution, que pour la liberté individuelle, soit l'interdiction de la détention arbitraire. Le juge

---

<sup>469</sup> CEDH, 24 juin 2003, n°65831/01, *Garaudy c. France*. Plus récemment : CEDH, Grde Chbre., 13 juillet 2012, n°6354/06, *Mouvement des raéliens c. Suisse*.

<sup>470</sup> CEDH, 10 novembre 2015, n° 25239/13, *M'bala M'bala c/ France*.

<sup>471</sup> Béguin, François, et Béchillon, Denys (de). « Affaire Dieudonné : Une réponse adaptée à une situation extraordinaire », *op.cit.*

<sup>472</sup> Béguin, François, et Lochak, Danièle. « On s'achemine vers une jurisprudence Dieudonné ». *Le Monde.fr*, 7 janvier 2014. *Le Monde*. [Disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/07/on-s-achemine-vers-une-jurisprudence-dieudonne\\_4343753\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/07/on-s-achemine-vers-une-jurisprudence-dieudonne_4343753_3224.html)]

administratif peut parfaitement être compétent pour la protection de la liberté d'expression, l'arrêt *Benjamin* suffit à s'en convaincre. Ensuite, il est un peu injuste d'accuser le juge administratif de se prononcer sur cette affaire et de ne pas laisser le juge pénal agir. C'est avant tout un choix politique qui est en cause. Les maires et les préfets pouvaient choisir de ne pas adopter de mesures de police, le ministre de l'Intérieur pouvait choisir de ne pas inciter ceux-ci à prendre de telles mesures *via* l'adoption d'une circulaire. Le juge administratif n'a pas le pouvoir de décider pour ces autorités de l'opportunité d'adopter, ou non, de telles mesures, il peut simplement apprécier la légalité de celles-ci.

Enfin, évidemment, dans le meilleur des mondes, seule la réponse pénale devrait être nécessaire, nous voulons bien l'admettre. Cependant, force est de constater que malgré neuf condamnations pénales, Dieudonné M'bala M'bala continue à tenir des propos polémiques. Se pose la question de savoir si cette réponse pénale est alors vraiment adaptée, en termes d'efficacité, question que se sont à l'évidence posées les autorités de police. Il faudrait donc, sans doute, modifier la loi pénale pour qu'elle soit vraiment dissuasive, ou adapter la législation qui concerne la police administrative. Dans tous les cas, une intervention législative nous semble nécessaire. Mais en attendant que celle-ci advienne, doit-on laisser se dérouler de tels spectacles impunément ? En d'autres termes : mieux vaut-il ne rien faire, que de prendre le risque de faire mal ?

Au-delà des critiques propres aux ordonnances Dieudonné en elles-mêmes, il faut souligner que des critiques persistantes existent concernant l'inclusion de la dignité – même une simple dignité-droit – au sein de l'ordre public.

## 2. *Les critiques communes à la dignité-droit comme composante de l'ordre public*

Ces critiques, persistantes, antérieures aux ordonnances de référé de 2014, sont de deux ordres. Elles tiennent tout d'abord au caractère absolu de l'interdiction des activités portant atteinte à la dignité de la personne humaine. En effet, si cette atteinte est présente, on ne peut que juger que la mesure d'interdiction est nécessaire. *A priori*, il n'est pas possible de respecter totalement l'esprit de l'arrêt *Benjamin* et de mettre en place une série de mesures graduées. Il est impossible de respecter le caractère adapté et proportionné de la mesure, pour prévenir l'atteinte, il faut empêcher l'activité, sinon l'atteinte se produit. Cependant, il faut relever que le juge tente de respecter au maximum l'esprit de sa jurisprudence libérale.

Ainsi, dans son communiqué de presse relatif à l'ordonnance rendue en 2015 à propos de l'arrêté d'interdiction du spectacle de Dieudonné rendu par le maire de Cournon d'Auvergne :

« Le juge des référés du Conseil d'État a rappelé que la liberté d'expression, qui est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés, peut être restreinte pour des exigences d'ordre public, mais que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté fondamentale doivent alors être **nécessaires, adaptées et proportionnées**. Le juge des référés a ensuite procédé à un examen détaillé des circonstances de faits particulières à l'affaire : il a vérifié si les propos que le maire avait retenus pour prendre son arrêté figurent dans le spectacle en cause,

apprécié les éléments de contexte, et contrôlé **la possibilité de sauvegarder l'ordre public par d'autres mesures que l'interdiction du spectacle** »<sup>473</sup>.

Cela n'est pas un simple vœux pieu, une simple réaffirmation de l'arrêt *Benjamin* : c'est un contrôle effectif. Le juge administratif a par exemple considéré que « *si un risque de désordre ne peut être complètement exclu, il ne résulte pas de l'instruction que le maire de Marseille ne pourrait y faire face par de simples mesures de sécurité* »<sup>474</sup>.

Une seconde critique reste relative à l'appréciation de l'atteinte à la dignité de la personne humaine elle-même. Camille Broyelle constate, cependant, que les ordonnances de janvier 2014 présentent un mérite. Elles quittent en effet la conception purement jurisprudentielle de la dignité de la personne humaine pour se fonder sur la conception législative de cette dernière et qui « *impose de se fonder sur des éléments objectifs (dans l'affaire Dieudonné, les multiples condamnations déjà infligées à l'intéressé)* »<sup>475</sup>. Ce travail d'objectivisation a été poursuivi par les différentes affaires qui ont concerné les spectacles de ce même humoriste. Sont pris en compte la « *nature et la gravité des troubles* »<sup>476</sup>. Est également pris en compte l'existence ou l'absence de « *messages de soutien ou de protestation* », ou de « *possibilité d'une manifestation* », ou de « *troubles à l'ordre public* » ou « *des plaintes ou des condamnations pénales* ». Tous ces motifs doivent être examinés « *au regard du contenu du spectacle* »<sup>477</sup>. Tout élément extérieur est indifférent, ainsi que le rappelle le Conseil d'Etat dans sa décision *Commune de Marseille* :

« La commune n'établit pas davantage le risque de troubles à l'ordre public en se référant à une vidéo de M. Dieudonné M'Bala M'Bala publiée sur internet le 4 juillet 2007 et relative au décès de Mme Simone Veil ainsi qu'à une nouvelle chanson intitulée « c'est mon choa » dont il ne résulte pas de l'instruction qu'elles seraient reprises dans le spectacle ni en invoquant diverses condamnations pénales prononcées contre M. Dieudonné M'Bala M'Bala ou des poursuites dont il fait l'objet devant le juge pénal pour d'autres faits, qui sont sans rapport avec le spectacle programmé »<sup>478</sup>

Certes, un risque d'appréciation subjective est toujours présent, mais le juge administratif a conscience des défauts de sa jurisprudence, et tente au maximum de l'utiliser sous l'angle le plus libéral possible, conscient d'utiliser une notion qui le conduit à opposer deux types d'ordre publics : l'ordre public matériel et l'ordre public immatériel. Mais en réalité, la dignité de la personne humaine ne crée pas seulement cette *summa divisio*. Elle influence et mène à repenser, ou à interroger, d'autres divisions, qui pourraient être plus pertinentes pour construire une définition de l'ordre public, ou au moins une classification de ses composantes.

---

<sup>473</sup> Communiqué de presse relatif à l'ordonnance du Conseil d'Etat du 6 janvier 2015 (CE, ord. 6 Janvier 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne, op.cit.*).

<sup>474</sup> CE, ord. 13 Novembre 2017 n°415400, *Commune de Marseille*.

<sup>475</sup> Broyelle, Camille. « Retour sur l'affaire Dieudonné ». Actualité juridique du droit administratif, n° 9, 2014, p. 473.

<sup>476</sup> CE, 9 Novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les productions de la Plume et M. Dieudonné M'bala M'bala, op.cit.*

<sup>477</sup> Pour tous les éléments cités et pris en compte, voir CE, ord. 6 Janvier 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne, op.cit.*

<sup>478</sup> CE, ord. 13 Novembre 2017, *Commune de Marseille, op.cit.*

## CHAPITRE II.

### L'INFLUENCE DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE SUR LES CATEGORISATIONS FAITES AU SEIN DE L'ORDRE PUBLIC

La dignité de la personne humaine, en tant que composante de l'ordre public, influence évidemment l'ordre public en ce sens qu'elle poursuit un but nouveau, qui détonne dans la définition classique de celui-ci. En ce sens, elle témoigne de la distinction entre ordre public matériel et ordre public immatériel.

Se contenter d'affirmer cela serait ignorer tout un pan de l'influence qu'a exercé la dignité de la personne humaine en matière de police administrative. Elle permet notamment de repenser l'opposition classique entre police administrative générale et police administrative spéciale (Section I), mais également de proposer de nouvelles distinctions afin de recenser et de catégoriser de façon plus opérante les fonctions et les composantes de l'ordre public (Section II).

#### SECTION I.

##### LA DISTINCTION RENOUVELEE ENTRE ORDRE PUBLIC PRINCIPAL ET ORDRE PUBLIC SUBSIDIAIRE

Classiquement, on distingue la police administrative générale, et les polices administratives spéciales. Les polices administratives spéciales concernent des catégories particulières de personnes, d'activités, de situations ou de lieux. Elles sont assurées par des autorités de police qui sont parfois des autorités de police administrative générale, avec des moyens qui peuvent être différents, dans un objectif qui peut ou peut ne pas correspondre avec l'ordre public général.

Immédiatement, il faut distinguer la notion d'ordre public spécial, voire d'ordres publics spéciaux tant ceux-ci peuvent être variés, de celle de police administrative spéciale : leur correspondance n'est absolument pas obligatoire. Christophe Fardet le démontre d'une façon très pédagogique, en prenant l'exemple de la faculté dans laquelle se tenait le colloque où il intervenait.

« Nous-mêmes, ici, bien qu'étant sur le territoire national français [...], nous sommes aussi [...] dans une enceinte relevant de l'article L. 712-2 du code de l'éducation confiant au président de l'université la responsabilité du maintien de l'ordre et l'habilitant à faire appel à la force publique [...]. Ce dernier exemple montre déjà en quoi le caractère général ou spécial de l'ordre public n'est pas lié au caractère général ou spécial de la police. En effet, si le président d'université est une autorité de police, l'ordre public mis en œuvre pourrait être, à la réflexion, général »<sup>479</sup>.

Si le législateur choisit de défendre de tels objectifs, c'est principalement dans un but utilitariste, afin de dépasser les limites de l'ordre public général qui ne permettrait pas forcément d'assurer un degré suffisant de protection pour les objectifs que les représentants de la Nation choisissent de défendre. Il est tentant de parler d'ordre public subsidiaire, qui permet de dépasser et les objectifs

---

<sup>479</sup> Fardet, Christophe. « Existe-t-il des ordres publics spéciaux ? », in Vautrot-Schwartz, Charles (sous la dir.). *La police administrative, op.cit.*

de l'ordre public général, et les mesures de police que celui-ci permet normalement de prendre : il s'agit en fait aussi bien de remédier aux insuffisances de l'ordre public général que de compléter celui-ci.

Classiquement, cette distinction recouvrait la dichotomie entre l'ordre public général et les objectifs d'ordre public spéciaux établis par le législateur (§ 1.). Mais la consécration de la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public par le juge administratif remet en cause cette présentation, car elle semble consacrer un ordre public prétorien : il vaudrait peut-être mieux parler d'ordre public principal et d'ordre public subsidiaire (§ 2).

## § 1. LA DIFFERENCIATION CLASSIQUE ENTRE L'ORDRE PUBLIC GENERAL ET DE L'ORDRE PUBLIC SPECIAL

L'ordre public général peut être considéré comme insuffisant, ce qui conduit traditionnellement à la consécration de nouveaux objectifs, qui forment alors un ordre public spécial (A). Cela remet en cause l'unité de la notion même d'ordre public (B).

### A. La définition de l'ordre public spécial

Il faut commencer par réaffirmer l'existence d'ordres publics spéciaux. Pour certains auteurs, l'ordre public est synonyme d'ordre public général, et de tels ordres publics spéciaux n'existent pas. Didier Truchet relève ainsi que « *l'objet des polices spéciales est extrêmement varié* »<sup>480</sup>, et distingue les polices qui ont pour but un « *un aspect particulier de l'ordre public* »<sup>481</sup> et celles qui poursuivent des « *objets qui étant extérieurs à l'ordre public, échappent à la police générale* »<sup>482</sup>.

Or, cette vision nous paraît présenter deux défauts. En premier lieu, elle confond police administrative spéciale et ordre public spécial, et nous avons vu que les deux concepts n'étaient pas équivalents. En second lieu, cette vision confond ordre public et ordre public général. Il faut absolument différencier ces deux notions, car elles ne sont pas synonymes. Envisagé sous un angle fonctionnel, l'ordre public « *caractérise tout impératif d'intérêt général qui, à un moment donné et dans une collectivité donnée, est considéré comme pour justifier une restriction aux droits et libertés dans le dessein d'en mieux garantir l'exercice* »<sup>483</sup>. Il fonctionne comme un standard.

L'ordre public général, lui, correspond d'abord « *au minimum de conditions qui sont regardées comme strictement indispensables à la jouissance des droits et libertés* »<sup>484</sup>. Il est une partie de ce standard qu'est

---

<sup>480</sup> Truchet, Didier, *Droit administratif*, *op.cit.*

<sup>481</sup> *Ibid.*

<sup>482</sup> *Ibid.*

<sup>483</sup> Petit, Jacques. « Le contrôle juridictionnel des mesures de par le juge administratif », in Vautrot-Schwartz, Charles (sous la dir.). *La police administrative*, *op.cit.*

<sup>484</sup> Petit, Jacques. « La police administrative », in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif*. Dalloz, 2011.

L'ordre public, le minimum qui doit être garanti par les autorités de police afin de protéger la société. Par conséquent, il est pour les autorités de police « *une fonction d'habilitation implicite* »<sup>485</sup> :

« Les pouvoirs des autorités chargées de sa protection ne sont prédéterminés par aucun texte législatif. Ils découlent directement des exigences constitutives de l'ordre public général, à raison même du caractère à la fois minimal et fondamental de ces dernières. En d'autres termes, les autorités de police générale sont habilitées à faire face à toute situation de nature à troubler l'ordre public général et à prendre à cet effet toutes mesures nécessaires et proportionnées »<sup>486</sup>.

Comme il s'agit d'un minimum, l'ordre public général est forcément limité. Il peut donc nécessiter des corrections. Ce sont ces corrections qui sont consacrées par le législateur et qui constituent l'ordre public spécial. A ce titre, il serait peut-être plus correct de parler d'ordre public spéciaux tant ces limites sont diverses.

La consécration d'ordres publics spéciaux est rendue nécessaire par les limites de l'ordre public général (1). L'existence de points communs entre ceux-ci permet d'affirmer qu'il existe en fait un seul ordre public spécial, qui recouvre plusieurs catégories identifiables (2).

### 1. *Les limites de l'ordre public général*

L'ordre public général, du fait de son caractère de standard minimum, peut parfois montrer des insuffisances ou des défaillances de deux types.

D'abord, le législateur peut estimer qu'une considération d'intérêt général quelconque, non défendue par l'ordre public général, peut nécessiter une réponse qui se traduit en matière de police. C'est le cas de la morale publique *via* la nécessité de protection de l'enfance qui fonde la police des publications destinées à la jeunesse<sup>487</sup> et la police du cinéma<sup>488</sup>. C'est aussi le cas de l'esthétique, pris en compte par les polices qui concernent l'urbanisme, ou encore de l'ordre public économique, notamment par la police des prix, même si celui-ci est aujourd'hui largement absorbé par la notion de régulation. Le champ des possibilités est potentiellement illimité. Est ainsi concernée la prévention des dangers zoo-sanitaires<sup>489</sup>, ou encore la protection du cadre de vie par la police de la publicité et de l'affichage<sup>490</sup>.

Le législateur peut également estimer que le régime de nécessité et d'adaptation des mesures de police n'est pas approprié pour un objectif particulier. C'est par exemple le cas des polices de l'état d'urgence ou des législations anti-terroristes, qui visent en partie à assurer la sécurité du public, mais qui permettent l'adoption de mesures qui seraient très certainement déclarées illégales par le juge administratif si elles étaient adoptées sous l'empire du régime de l'ordre public général.

---

<sup>485</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative, op.cit.*

<sup>486</sup> Petit, Jacques. « La police administrative », in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif, op.cit.*

<sup>487</sup> Loi du 16 juillet 1949.

<sup>488</sup> Article L. 211-1 et s. du code du cinéma et de l'image animé.

<sup>489</sup> Article L. 220-1 et s. du code rural.

<sup>490</sup> Article L.581-1 et s. du code de l'environnement.

On comprend bien, ici, que l'existence de telles limites résulte de l'appréciation subjective du législateur, qui peut juger, un intérêt général plus important que d'autres. La consécration d'ordres publics spéciaux résulte donc souvent de choix politiques.

Mais les limites de l'ordre public général sont parfois plus objectives. Elles peuvent ainsi tenir à la circonstance, qu'une situation, ou une activité, pose des difficultés particulières du fait de ses caractéristiques propres. Peut être considérée la technicité du domaine concerné, nécessitant une expertise que ne possèdent pas les autorités de police générale, comme en matière de protection de l'environnement ou d'urbanisme. Le juge administratif prend d'ailleurs en compte la technicité et le niveau d'expertise nécessaire pour réglementer une activité pour exclure la compétence des autorités locales de police. C'est par exemple le cas en ce qui concerne l'implantation des antennes-relais ou la culture d'organismes génétiquement modifiés. Le Conseil d'Etat déclare par exemple très explicitement que les compétences issues de la police spéciale des communications électroniques « reposent sur un niveau d'expertise et peuvent être assorties de garanties indisponibles au plan local »<sup>491</sup>.

D'autres objectifs nécessitent une réponse à l'échelle nationale. C'est par exemple le cas de la police du cinéma. Il n'y aurait pas grand sens à ce qu'un maire interdise la représentation d'un film aux mineurs alors que tous les autres maires l'autorisent, ou que certains l'interdisent aux mineurs de seize ans ou de dix-huit ans, au nom de la protection des mineurs. La protection de l'enfance suppose la nécessité d'une réponse uniforme. Ou un film est approprié pour les mineurs, ou il ne l'est pas. Il n'y a pas d'alternative possible, ce qui justifie l'intervention du Ministre de la Culture à l'échelle nationale.

Au vu de ces limites, nombreuses et variées, il faut s'attendre à ce que les ordres spéciaux présentent un caractère très hétérogène et à ce que leur nombre soit exponentiel. Il est cependant possible de dégager plusieurs points communs entre ceux-ci, ce qui permet de dégager un ordre public spécial

## 2. *Les caractéristiques communes des ordres publics spéciaux*

*A priori*, il est difficile de dégager une unité en la matière, car les ordres publics spéciaux peuvent avoir pour objet des buts très variés et donner lieu à l'adoption de mesures très différentes.

Si l'on essaye d'observer le vaste ensemble des ordres publics spéciaux, plusieurs points communs se dégagent. D'abord, nous l'avons dit, les ordres publics spéciaux procèdent tous des limites de l'ordre public général. Il s'agit donc d'un ordre public subsidiaire, qui est distinct d'un ordre public principal (l'ordre public général). De façon incidente, il serait peut-être avantageux de conserver ces deux vocables, qui permettent d'éviter la confusion entre ordre public spécial et général et police administrative spéciale et police administrative générale, les deux distinctions ne correspondant pas.

---

<sup>491</sup> CE, Ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, *op.cit.*

Si l'on admet que l'ordre public spécial est subsidiaire et qu'il procède des limites de l'ordre public général, il a une fonction palliative ou corrective. On peut donc identifier trois types d'ordres spéciaux au sein de cet ordre public subsidiaire, en fonction du type de limites rencontré. L'ordre public peut être de type spécial en fonction de son but, des mesures qui peuvent être adoptées pour y parvenir, ou du cumul de ces deux limites.

Il peut s'agir de protéger des objectifs qui relèvent de l'intérêt général, c'est-à-dire de « dépasser les buts de l'ordre public général »<sup>492</sup>. Alternativement, existe aussi un ordre public spécial lorsque le législateur décide de « déplacer le point d'équilibre quant aux mesures pouvant être prises »<sup>493</sup>. C'est alors lui qui doit définir les mesures nécessaires et proportionnées, alors même que pourrait être en cause une (ou des) composantes de l'ordre public général.

Evidemment, les deux limites peuvent se cumuler, et le législateur est alors amené à définir et le but poursuivi, et les mesures nécessaires et proportionnées pour atteindre ce but. Dans tous les cas, on peut donc admettre avec Etienne Picard que l'ordre public spécial a une « fonction d'habilitation explicite »<sup>494</sup> pour les autorités de police.

Puisque l'ordre public spécial, quel que soit son type, semble se construire en opposition avec l'ordre public général, lui étant palliatif, cela semble remettre en cause l'unité de l'ordre public.

## **B. La remise en cause de l'unité de l'ordre public**

En droit positif, la question ne se pose pas vraiment. Aucun texte ne précisant véritablement la définition de l'ordre public, celui-ci poursuit son existence, sans que l'on sache si les ordres publics lui sont, ou non, intégrés. Le législateur se contente d'énumérer de nouveaux buts et de nouveaux pouvoirs qui justifient la création de nouvelles polices.

La question se pose néanmoins sur le plan théorique. Par essence, l'ordre public général est un concept fondamentalement libéral. S'il sert de fondement à l'encadrement et à la limitation des libertés et des droits, c'est pour assurer leur libre-jeu. Il ne peut dépasser cette fonction, qui sert d'habilitation, mais aussi de limites aux pouvoirs de police administrative générale. Par conséquent, si celles interviennent pour d'autres motifs ou en prenant des mesures trop attentatoires aux libertés, qui ne seraient pas nécessaires ou adaptées pour simplement permettre au libre-jeu des libertés de s'exercer normalement, alors elles quittent cette logique libérale.

Partant, il est difficile d'inscrire l'ordre public spécial dans cette logique libérale. Certes, nous l'avons vu, il y a bien unité fonctionnelle de l'ordre public. Qu'il soit général ou spécial, il reste un régime d'organisation des droits et des libertés. C'est ainsi qu'Etienne Picard a pu affirmer : « Il

---

<sup>492</sup> Fardet, Christophe. « Existe-t-il des ordres publics spéciaux ? » in Vautrot-Schwartz, Charles (sous la dir.). *La police administrative, op.cit.*

<sup>493</sup> Frier, Pierre-Laurent et Petit, Jacques. *Droit administratif, op.cit.*

<sup>494</sup> Picard, Etienne. *La notion de police administrative, op.cit.*

*apparaît donc que l'ordre public [...] reste fondamentalement la même notion, véhicule des valeurs du groupe social, expression et instrument de ce que ce groupe estime nécessaire à la protection de son ordre juridique [...] »*<sup>495</sup>. Mais la théorie d'Etienne Picard présente le défaut de confondre la fonction et le but de l'ordre public, alors que les deux notions sont différentes. Il faut cependant prendre garde à ce que l'on affirme et bien différencier les deux concepts. L'ordre public général et l'ordre public spécial ont bien la même *fonction*, qui est d'organiser l'exercice des droits et libertés. Mais ils n'ont pas le même *but*, puisque l'ordre spécial n'a pas totalement pour but d'assurer la jouissance égale des droits à tous les administrés, mais « *diriger les activités relevant de leur champ dans un sens supposé être le meilleur pour l'épanouissement des libertés* »<sup>496</sup>

L'ordre public général est ici considéré comme, sinon défaillant, au moins insuffisant, et le législateur intervient pour le compléter. Cette affirmation a plusieurs conséquences. En premier lieu, s'il n'y a pas forcément d'unité, il y a liaison entre les deux types d'ordres publics : l'ordre public spécial est fonction du champ de l'ordre public général. En deuxième lieu, si l'ordre public général est insuffisant, cela veut dire que le minimum qui consiste à laisser libre cours au libre-jeu des libertés n'est pas suffisant non plus. Le législateur veut garantir plus. Il ne s'agit plus de laisser faire, de laisser agir, en réglementant *a minima* pour éviter que l'exercice des libertés ne se transforme en abus. On dépasse l'obligation négative classique en matière de liberté. Il s'agit de pourvoir à un besoin particulier qui nécessite une action positive. En ce sens, l'ordre public spécial procède d'une logique interventionniste. Comme le précise Jacques Petit :

« [L'Etat] ne se donne plus pour seul objectif de protéger l'ordre que produit naturellement le jeu de la liberté, mais de construire un ordre plus solidaire, contribuant, notamment, à la réalisation des droits-créances proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946 et, plus récemment, par la Charte de l'environnement. De ce point de vue, et pour reprendre une distinction classique en droit privé, là où l'ordre public général est de protection, les ordres publics spéciaux considérés sont plutôt de direction »<sup>497</sup>

Au vu des caractéristiques de l'ordre public spécial que nous avons définies, l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* ne peut manquer d'interroger. Il présente en effet une similitude étonnante avec l'ordre public spécial évoqué. Cependant, il n'est pas défini par le législateur, ce qui ne manque pas d'étonner. Dans ces conditions, une question émerge : existe-t-il un ordre public spécial prétorien ?

## § 2. L'EMERGENCE D'UN ORDRE PUBLIC SUBSIDIAIRE PRETORIEN

L'étude de la dignité de la personne humaine en tant que composante de l'ordre public montre qu'elle n'a pas sa place au sein de l'ordre public général (A). On pourrait donc légitimement envisager qu'elle relève plutôt d'un ordre public spécial qui en l'état actuel du droit, serait prétorien (B).

---

<sup>495</sup> *Ibid.*

<sup>496</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative », *op.cit.*

<sup>497</sup> Petit, Jacques. « La police administrative », in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif, op.cit.*

## A. La dignité de la personne humaine, une composante de l'ordre public spécial ?

La dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public général, ne peut manquer d'interroger. On en vient même à se demander si elle ne constituerait pas, *per se*, un ordre public spécial.

En effet, elle ne poursuit pas les mêmes fonctions que l'ordre public général. Le Conseil d'Etat a consacré une dignité-ordre comme motif légitime des buts de la police administrative. Nous l'avons évoqué dans le chapitre précédent, elle ne consiste pas seulement à protéger la dignité des tiers, qui serait entendue comme une simple dignité-droit. Cela concerne également le maintien ou la prévention des éventuelles négations de la valeur supérieure qui s'attache et qui est reconnue à l'être humain en lui-même, parce qu'il est membre de la famille humaine et que nier cela revient à nier l'humanité même. La logique classique en matière de police, qui exige un trouble concret et matériel s'efface. Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs admis expressément puisqu'il considère :

« Des propos et gestes, notamment ceux à caractère antisémite, incitant à la haine raciale et faisant l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la Seconde Guerre Mondiale, peuvent porter atteinte à la dignité de la personne humaine, alors même qu'ils ne provoqueraient pas de troubles matériels » <sup>498</sup>.

Cette valeur est indérogable et absolue. Pour le juge administratif, il n'est pas possible de déroger à sa propre dignité, même de manière consentie, et en ce sens, les autorités de police peuvent intervenir alors même que seule la préservation de la dignité de la personne participant à l'activité est visée par la mesure de police. Elle n'est pas appréciée en fonction de circonstances particulières, qu'elles soient de temps ou de lieu. C'est donc là une première entorse à la définition de l'ordre public général, qui a pour but de prévenir les atteintes à l'exercice des libertés des tiers, dont l'existence est fonction des circonstances locales. Comme nous l'avons montré, au vu de la rédaction de l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, il s'agit moins de défendre les droits subjectifs des personnes que le Droit Objectif en lui-même.

Même si nous avons observé que c'est plus souvent la dignité-droit qui est invoquée pour justifier les mesures de police, une deuxième entorse à la définition de l'ordre public général se dessine : « *les conditions d'édiction d'une mesure de police fondée sur le respect de la dignité de la personne humaine sont [...] dérogatoires aux mesures de police générale* » <sup>499</sup>. En effet, pour préserver la dignité de la personne humaine, les autorités de polices ne disposent pas de beaucoup d'alternatives. Soit l'activité se déroule, et elle porte atteinte à la dignité, soit si on veut éviter cette atteinte, il faut interdire l'activité. Certes, comme le note Mathieu Touzeil-Divina : « *Tout est ici très circonstancié : il s'agit d'un lieu, d'un horaire, et d'un*

---

<sup>498</sup> CE, 9 Novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les productions de la Plume et M. Diendoné M'bala M'bala*, *op.cit.*

<sup>499</sup> Fardet, Christophe. « Existe-t-il des ordres publics spéciaux ? », in Vautrot-Schwarz, Charles (sous la dir.). *La police administrative*, *op.cit.*

*spectacle donné et non d'une interdiction a priori qu'un artiste se produise ou parle ou réunisse des citoyens »*<sup>500</sup>. Cette affirmation est parfaitement exacte, mais elle ne signifie pas que la mesure de police soit autre chose qu'absolue et générale. En effet, les mesures de polices ne concernent pas des personnes à titre particulier mais des activités : c'est d'ailleurs entre autres ce qui les différencie des sanctions administratives. Par définition, elles n'ont pas de caractère personnel. Dès lors, lorsque le spectacle considéré sera reproduit, avec les mêmes caractéristiques, il pourra être interdit « *sans exception ni restriction aucune* »<sup>501</sup>, ce qui constitue bien, ce nous semble, une interdiction absolue et générale. Le commissaire du gouvernement Frydman jugeait en ce sens que la consécration de la dignité de la personne humaine comme fondement potentiel des mesures de police administrative « *devrait même en réalité logiquement conduire les maires à interdire systématiquement les spectacles en cause* »<sup>502</sup>.

Il est vrai que le juge administratif a renforcé son contrôle. Mais ce renforcement ne porte finalement que sur le contrôle de la nécessité de la mesure. Si l'on étudie la dernière décision du Conseil d'Etat faisant appel à la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public, cela est assez frappant :

« Il ne résulte ni des pièces du dossier ni des échanges tenus au cours de l'audience publique que le spectacle « Dieudonné dans la guerre », qui a déjà été donné à plusieurs reprises à Paris au mois de juillet 2017, ainsi que les 7, 14 et 28 octobre 2017 à Metz, Strasbourg et Grenoble, y aurait suscité, en raison de son contenu, des troubles à l'ordre public, ni qu'il ait donné lieu à des plaintes ou des condamnations pénales. Si la commune fait valoir que l'affiche du spectacle revêtirait une connotation antisémite, une telle critique n'est, à la supposer fondée, pas de nature, à elle seule et en l'absence de toute référence au contenu du spectacle, à justifier une mesure d'interdiction de celui-ci. La commune n'établit pas davantage le risque de troubles à l'ordre public en se référant à une vidéo de M. Dieudonné M'Bala M'Bala publiée sur internet le 4 juillet 2007 et relative au décès de Mme Simone Veil ainsi qu'à une nouvelle chanson intitulée « c'est mon choa » dont il ne résulte pas de l'instruction qu'elles seraient reprises dans le spectacle ni en invoquant diverses condamnations pénales prononcées contre M. Dieudonné M'Bala M'Bala ou des poursuites dont il fait l'objet devant le juge pénal pour d'autres faits, qui sont sans rapport avec le spectacle programmé »<sup>503</sup>.

Certes, le Conseil d'Etat se livre à un contrôle plus approfondi que dans sa décision *Commune de Morsang-sur-Orge*. Mais le juge administratif cherche à déterminer si oui ou non, la situation méritait une mesure de police, pas si celle-ci est adaptée. En l'occurrence, tel n'était pas le cas, puisque la ville de Marseille n'établissait pas qu'une atteinte à la dignité de la personne risquait de résulter de la tenue du spectacle de Dieudonné M'bala M'bala. Il est vrai qu'étant donné que la mesure n'était pas nécessaire, le juge administratif n'a alors pas eu besoin de contrôler l'éventuel caractère proportionné ou disproportionné de celle-ci. Mais si l'on observe les ordonnances du 10 et 11 janvier 2014, le juge admet dans ces deux cas que :

---

<sup>500</sup> Touzeil-Divina, Matthieu. « Et si le juge du “Mur” avait tout simplement rempli sa mission et non semé la discorde ? » *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 3, 2014, p. 4.

<sup>501</sup> CE, 10 août 1917, *Baldy*, *op.cit.*

<sup>502</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des “lancers de nains” », *op.cit.*

<sup>503</sup> CE, ord. 13 novembre 2017, *Commune de Marseille*, *op.cit.*

« La mise en place de forces de police ne peut suffire à prévenir des atteintes à l'ordre public de la nature de celles, en cause en l'espèce, qui consistent à provoquer à la haine et la discrimination raciales, le maire ne peut être regardé comme ayant commis une illégalité manifeste dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative en prononçant l'interdiction contestée » <sup>504</sup>.

En clair, la mesure d'interdiction est proportionnée par défaut, puisque les autres mesures types de mesures ne suffisent pas pour atteindre l'objectif en cause. A la rigueur, on pourrait éventuellement admettre que le juge contrôle l'absence de proportionnalité des mesures classiques de police, si l'on voulait se rapprocher du cadre de son contrôle classique.

De façon intéressante, ces deux caractéristiques font émerger un troisième trait particulier de la dignité de la personne humaine : son caractère subsidiaire et exceptionnel. Subsidiaire et exceptionnel tout d'abord par son but. Dans l'affaire du « lancer de nain », nous l'avons vu, aucune des composantes classiques ne permettait de justifier l'interdiction. Était-il pour autant entièrement satisfaisant de laisser cette manifestation se tenir ? Sans doute pas. De même, en ce qui concernait les spectacles de Dieudonné M'bala M'bala, le système de répression classique avait bien fonctionné, et il avait bien été condamné à plusieurs reprises, mais cela ne l'empêchait pas de proférer « *des appels au meurtre et des incitations à la haine* » <sup>505</sup>. Ici, la limite était double. Le système pénal présentait manifestement une défaillance et ne remplissait plus sa fonction, et il n'était pas possible de baser une interdiction préventive sur une des composantes classiques de l'ordre public. Face à ce constat, était-il vraiment bon de laisser Dieudonné M'bala M'bala agir en toute impunité ? Nous ne pouvons qu'être, sur ce point, en accord avec Denys de Béchillon :

« Collectivement, nous avons beaucoup à perdre à chaque fois que les gens pensent (et ont de bonnes raisons de penser) qu'il suffit d'être malin, adroit ou pervers pour passer entre les mailles du filet. Cela véhicule des choses et des représentations terribles en termes d'égalité devant la loi, et cela produit, pour la démocratie, des résultats désastreux » <sup>506</sup>.

La dignité de la personne humaine, par ses caractéristiques (nouvel objectif, mesures nécessaires mais non proportionnées, caractère subsidiaire et exceptionnel) présente une coïncidence troublante avec les traits communs de l'ordre public spécial. Pour autant, le juge administratif a fait le choix de l'intégrer au sein de l'ordre public général, ce qui ne peut manquer d'interroger.

## **B. L'inclusion contestable de la dignité de la personne humaine au sein de l'ordre public général**

Si l'on observe de façon isolée la démarche du juge administratif concernant la consécration de la dignité de la personne humaine comme fondement possible des mesures de police administrative ressemble à la consécration d'un ordre spécial. Le juge identifie une limite de l'ordre public général,

---

<sup>504</sup> CE, ord., 10 janvier 2014, n°374528, *SARL Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*. La même formule est reprise dans l'ordonnance du 11 janvier (CE, ord., 11 janvier 2014, n°374552, *SARL Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*).

<sup>505</sup> Touzeil-Divina, Matthieu. « Et si le juge du “Mur” avait tout simplement rempli sa mission et non semé la discorde ? », *op.cit.*

<sup>506</sup> Béguin, François, et Béchillon, Denys (de). « Affaire Dieudonné : Une réponse adaptée à une situation extraordinaire », *op.cit.*

qui porte tant sur le motif d'interdiction que sur la portée de la mesure d'interdiction elle-même. Il consacre donc un nouvel objectif d'ordre public et définit les mesures adaptées pour répondre à cet objectif. La seule différence est que le législateur est absent du processus. Cela est-il problématique ? Si l'on rappelle les articles 4 et 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, assurément, car toute limite à la liberté doit normalement être définie par la loi.

Si l'on étudie maintenant la lettre de l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, le juge ne semble pas assumer cette approche, et fait découler de l'article L.131-2 du code des communes, aujourd'hui devenu l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales. En somme, il considère que la dignité de la personne humaine est bien une composante de l'ordre public général, ce qui ne va pas sans causer quelques difficultés pour la définition de ce dernier. La contradiction entre cette consécration et les circonstances de celles-ci ne peuvent manquer d'interroger. René Chapus a ainsi relevé :

« Si est en cause cette valeur absolue qu'est la dignité de la personne humaine, la légalité des mesures de police ne saurait dépendre de contingences locales. Mais on peut aussi estimer que le Conseil d'Etat s'est trompé en jugeant que ces mesures pouvaient être prises par les autorités locales. Le simple fait que leur légalité est indépendante des circonstances locales manifeste [...] que seule peut être compétente l'autorité chargée du maintien de l'ordre public au niveau national, c'est-à-dire le premier ministre »<sup>507</sup>.

On peut également considérer que la démarche du Conseil d'Etat, bien qu'insatisfaisante, était purement volontaire. Christophe Fardet, sans remettre en cause l'explication de René Chapus, signale que « *la compétence du maire a l'avantage de la réactivité* »<sup>508</sup>. C'est tout à fait juste, mais cela ne nous paraît pas forcément être un avantage dans la mesure où les affaires en cause sont généralement sensibles et où les élus locaux pourraient être rapidement débordés par la médiatisation de ces dernières, ce qui pourrait conduire à une mauvaise appréciation des faits.

La lecture des conclusions du commissaire du gouvernement Frydman permet de confirmer que la démarche du Conseil d'Etat est volontaire, puisqu'il insiste en premier lieu sur le constat suivant :

« On ne peut manquer de relever que le cadre juridique résultant des textes actuellement en vigueur, qui conduit à faire ainsi reposer sur chacun des 36 000 maires de France la responsabilité de se prononcer sur la nécessité d'interdire des spectacles de lancers de nains, n'est en réalité guère adapté à la nature du problème posé »<sup>509</sup>.

Mais le commissaire du gouvernement Frydman n'en maintient pas moins la solution qu'il a dégagée, qu'il justifie de la façon suivante :

« Pour regrettables qu'elles soient, les lacunes des textes actuels ne nous paraissent nullement devoir condamner notre solution. Il nous semble, en effet, qu'il appartient à votre jurisprudence, en cas de vide juridique ou d'inadaptation des textes en vigueur, de combler, autant que faire se peut,

---

<sup>507</sup> Chapus, René, *Droit administratif général*, *op.cit.*

<sup>508</sup> Fardet, Christophe. « Existe-t-il des ordres publics spéciaux ? », in Vautrot-Schwarz, Charles (sous la dir.). *La police administrative*, *op.cit.*

<sup>509</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des "lancers de nains" », *op.cit.*

les carences du législateur ou de l'autorité réglementaire ainsi constatées. Il suffira d'invoquer ici l'esprit de votre célèbre arrêt d'Assemblée *Debaene* [...] relatif aux conditions d'exercice du droit de grève dans les services publics, pour appuyer notre propos » <sup>510</sup>

La mention de l'arrêt *Debaene* <sup>511</sup> est assez révélatrice ici. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a constaté qu'il existait une absence de législation encadrant le droit de grève dans la fonction publique, et a proposé des règles pour pallier à cette absence. D'autre part, il s'agit d'une invitation lancée au législateur par le juge, afin que la représentation nationale se saisisse de la question. Sur le plan pratique, il s'agit d'un échec, force est de le constater. A cet égard, l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* et l'arrêt *Debaene* suivent le même destin parallèle : le législateur continue d'ignorer la question, sauf de façon très sectorielle <sup>512</sup>, dans les deux matières.

Sur un plan conceptuel, la parenté entre ces décisions revêt une importance majeure, car cela explique pourquoi le juge se refuse à consacrer un ordre public spécial prétorien. En réalité, il s'agit plutôt d'identifier un ordre public législatif potentiel, qui nécessiterait la création d'une police administrative spéciale. Patrick Frydman avait même tenté de définir les contours de cette police :

« Il conviendrait donc sans doute de mettre ici en place un dispositif juridique faisant coexister, à l'instar de celui prévu en matière de spectacles cinématographiques, un contrôle préventif à caractère national, d'une part, et un contrôle exercé à l'échelon municipal, d'autre part, lequel n'aurait plus, dans ce cadre, qu'à tirer les conséquences d'éventuelles circonstances locales particulières » <sup>513</sup>

Cette conception d'une telle police nous semble aujourd'hui difficile à mettre en œuvre. A titre comparatif, la police du cinéma présente aujourd'hui des défauts majeurs. Son cadre juridique est rudimentaire et peu précis. Qui plus est, elle est très largement devenue un outil au service « *des associations qui se sont donné pour mission de définir, à la place du ministre, la politique des visas d'exploitation* » <sup>514</sup>. Une difficulté est également rencontrée dans la définition des critères permettant de déterminer qu'un film est attentatoire à la dignité de la personne ou à la morale, ou qu'il ne doit pas être montré aux mineurs. « *Objectifs, ces critères provoquent des classifications automatiques, disproportionnées et inadaptées ; subjectifs, ils sont entièrement dépendants des conceptions morales de ceux qui les manient* » <sup>515</sup>. Créer une police pour les cas où un artiste quelconque est amené à se produire devant un public sur ce modèle nous paraît excessivement risqué sur le plan des libertés. Cela reviendrait à créer un régime d'autorisation

---

<sup>510</sup> *Ibid.*

<sup>511</sup> CE, Ass., 7 juillet 1950, n°01645, *Debaene*, publié au recueil Lebon p. 426.

<sup>512</sup> Par exemple, en ce qui concerne le droit de grève des fonctionnaires, on peut citer la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs. En ce qui concerne la dignité de la personne humaine, elle est par exemple prise en compte par la police du cinéma.

<sup>513</sup> Frydman, Patrick. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des "lancers de nains" », *op.cit.*

<sup>514</sup> Broyelle, Camille. « L'indéfendable police du cinéma ». *Actualité juridique des collectivités territoriales*, n° 26, 2017, p. 1488.

<sup>515</sup> *Ibid.*

généralisé alors que les cas d'atteinte à la dignité restent excessivement rares, ce qui constituerait une réponse quelque peu disproportionnée au problème d'espèce.

Une deuxième difficulté apparaît si l'on cherche à définir quelles activités pourraient être concernées par une telle police. On sait que les polices spéciales « *visent toujours une catégorie particulière de personnes (police des étrangers), d'activités (police du cinéma), de situations (police des immeubles menaçant ruine) ou de lieux (police des aéroports)* »<sup>516</sup>. Dès lors, ainsi que le note Thibaut Leleu, « *cette police spéciale dont la finalité serait de protéger la dignité humaine ne pourrait être créée que pour des activités déterminées telles que les spectacles. Quid alors par exemple de la soupe contenant du porc ?* »<sup>517</sup>. Le vocable « réunions et manifestations publiques » pourrait convenir, en théorie. Mais exclure les maires et les préfets de la police des réunions et des manifestations publiques nous paraît contreproductif, car ils ne pourraient alors plus intervenir en fonction des circonstances locales, pour des motifs tenant de l'ordre public général classique.

Une troisième difficulté nous semble venir de l'assertion de M. Frydman concernant le pouvoir de police des maires en matière de protection de la dignité de la personne humaine. Nous voyons mal comment cela serait possible aujourd'hui puisque c'est bien l'exclusivité des polices spéciales qui régit les concours de police générale et spéciales. Classiquement, les autorités de polices locales conservaient leur pouvoir de police générale même si des polices spéciales existaient, et elles pouvaient aggraver, en fonction des circonstances locales, les mesures prises par l'autorité de police spéciale. Cela résulte de l'arrêt *Société « Les films Lutétia »* : l'établissement d'une police spéciale concernant les films n'avait pas « *retiré aux maires l'exercice, en ce qui concerne les représentations cinématographiques, des pouvoirs de police qu'ils tiennent de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884* »<sup>518</sup>. Or, aujourd'hui, « *l'intervention d'une police spéciale nationale interdit en principe à l'autorité de police générale locale d'agir sur le même plan* »<sup>519</sup>. Le juge administratif interdit en effet cette intervention, parfois sans exceptions<sup>520</sup> ou parfois en réservant l'hypothèse d'un péril imminent<sup>521</sup>. Il est vrai qu'en 1995 cette solution n'était pas incohérente, au vu de l'état de la jurisprudence d'alors. Le législateur pourrait aujourd'hui contourner cette jurisprudence. Mais nous ne voyons pas bien la pertinence de consacrer un échelon local de protection de la dignité humaine au sein d'une police spéciale qui viserait justement à dépasser les difficultés résultant de la consécration de la compétence par défaut des autorités de police locales.

Il faudrait donc envisager d'autres alternatives, si l'on veut consacrer une telle police spéciale. A notre sens, il faut changer de perspective. Si l'on admet qu'une police spéciale peut concerner une *situation particulière*, alors il nous semble que les choses se simplifient d'elles-mêmes. En effet, si la

---

<sup>516</sup> Petit, Jacques. « La police administrative », in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif*, *op.cit.*

<sup>517</sup> Leleu, Thibaut. « La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2015, p. 883.

<sup>518</sup> CE, sect., 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutétia »*, *op.cit.*

<sup>519</sup> Truchet, Didier. « Les concours de police », in Vautrot-Schwartz, Charles. *La police administrative*, *op.cit.*

<sup>520</sup> CE, Ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, *op.cit.* ; CE, 24 septembre 2012, *Commune de Valence*, *op.cit.*

<sup>521</sup> CE, 2 décembre 2009, n°309684, *Commune de Rachecourt-sur-Marne*, publié au recueil Lebon.

police porte sur la protection des atteintes à la dignité de la personne, alors tout type d'activités nous semble pouvoir être pris en compte.

Partant, au titre du droit prospectif, reste à définir les modalités que pourrait adopter cette police. D'abord, sans définir une liste trop précise, il ne serait pas inutile que le législateur rappelle le nécessaire caractère public de l'atteinte à la dignité considérée, afin d'éviter que les autorités de police ne se mettent à contrôler les consciences des citoyens. Dans un deuxième temps, il faudrait bien éviter définir des critères objectifs pour déterminer dans quel cas un comportement porte atteinte à la dignité de la personne. Cela serait même une bonne occasion de définir enfin ce qu'est la dignité de la personne humaine, de façon substantielle, et cela permettrait d'éviter que l'appréciation soit trop subjective et tributaire du point de vue personnel du Ministre. En troisième lieu, il faudrait également définir qui serait l'autorité de police compétente. A ce titre, nous nous rallions sans hésiter à René Chapus : l'interdiction devant être uniforme, il convient d'accorder ce pouvoir au Premier Ministre, titulaire de l'autorité de police au niveau national. Enfin, devraient être définis les pouvoirs de ce dernier. L'interdiction à titre préventif pose une difficulté : empêcher préventivement l'activité d'avoir lieu peut constituer une forme de censure, si on se base sur une simple probabilité, toute certaine soit-elle. Il faudrait donc plutôt mettre en place une interdiction qui aurait pour but la réitération de l'atteinte à la dignité de la personne.

Pour Thibaut Leleu, laisser subsister dans l'ordre public général la dignité de la personne pourrait être possible en faisant évoluer non le droit mais la pratique :

« Il nous semble que le Premier ministre est juridiquement apte à interdire les comportements contraires à la dignité. Il lui appartient alors de prendre ses responsabilités en édictant lui-même les mesures qu'il estime nécessaires plutôt que de peser, par voie de circulaire, sur les maires » <sup>522</sup>.

C'est évidemment une solution qui serait envisageable, et qui semble présenter l'avantage de pouvoir être mise en œuvre à droit constant. Cependant, si on la retient, il faudrait alors admettre qu'il existe plusieurs ensembles de composantes au sein de l'ordre public général, et que celui-ci présente une dualité de fonctions. Ce sont ces différents ensembles, et ces différentes fonctions, que nous nous proposons d'examiner à présent.

---

<sup>522</sup> Leleu, Thibaut. « La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative », *op.cit.*

## SECTION II.

### L'EMERGENCE DE NOUVELLES DISTINCTIONS AU SEIN DE L'ORDRE PUBLIC

En l'état actuel du droit, la dignité de la personne humaine est une composante de l'ordre public général. Cela exerce une influence sur la définition de ce dernier. Ainsi, il est aujourd'hui possible d'affirmer que celui-ci possède au moins deux fonctions (§.1.) Cela pose aussi la question de l'émergence d'un ordre public sociétal, dont nous tenterons de définir les contours actuels et les difficultés qu'il crée (§.2).

#### § 1. L'EXISTENCE AVEREE D'UNE DUALITE DE FONCTIONS DE L'ORDRE PUBLIC GENERAL

Classiquement, l'ordre public général a pour fonction de permettre la jouissance égale des droits et libertés pour tous les administrés (A). A cette fonction vient s'ajouter un but de protection des droits eux-mêmes (B).

#### A. Un ordre public permettant la jouissance des droits

En principe, la définition classique de l'ordre public général commande à ce qu'il soit une condition d'exercice des droits. S'il les encadre et les organise, c'est dans un but d'en assurer un exercice minimum égal pour tous : en d'autres termes, il s'agit d'éviter les abus de droits. Cela signifie donc, classiquement, que l'ordre public général a en principe pour fonction de prévenir ou de faire cesser les atteintes aux droits subjectifs des tiers, mais également que l'ordre public général est « *extérieur aux droits et libertés dont il est l'instrument de garantie* »<sup>523</sup>. Cette première approche augure de plusieurs conséquences.

Tout d'abord, cela signifie que la célèbre formule de Maurice Hauriou est toujours d'actualité. L'ordre public général est bien essentiellement « matériel et extérieur ». Matériel, parce que le trouble doit pouvoir être constaté objectivement, *in concreto*. Extérieur, parce que si l'ordre public général doit être un paramètre d'organisation et de limitation des libertés, il est forcément exogène à celles-ci. Extérieur également parce qu'un trouble purement interne, qui ne porterait pas atteinte aux droits subjectifs des tiers, s'il consistait à « *interdire des comportements non nuisibles aux tiers, soit à contraindre à des comportements bénéfiques à leur seul auteur* »<sup>524</sup>, ne pourrait pas bénéficier du caractère de trouble à l'ordre public, puisqu'il ne troublerait pas les droits du public.

Ainsi défini, on pourrait *a priori* faire entrer toutes les composantes de l'ordre public général, sauf la dignité de la personne humaine, décidément bien rétive à la théorie classique de la police administrative, et peut-être la sécurité publique, ce que nous reverrons *infra*, dans le champ de l'ordre public. En effet, il se dégage à l'évidence de l'étude que nous avons menée sur la salubrité et la tranquillité publique qu'elles visent simplement créer un climat sain ou de paix dans la rue. Il en va

---

<sup>523</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative », *op.cit.*

<sup>524</sup> *Ibid.*

de même pour la moralité publique : elle n'est ni un droit, ni une liberté, simplement une limite à ceux-ci. Encore que cela n'est pas, nous l'avons étudié, réellement la morale en elle-même qui motive la mesure de police, mais bien le choc que l'activité cause et qui pourrait conduire à des troubles matériels. Même si on ne retient pas cette définition de la moralité publique entendue comme quatrième composante quasi-matérielle de l'ordre public, force est de constater avec Bertrand Seiller :

« Admettre [la moralité publique] au nombre des composantes de l'ordre public peut sans doute être considéré comme une atteinte à l'inspiration libérale de notre système d'exercice des libertés mais ne remet pas en cause l'organisation des rapports entre l'ordre public et les libertés »<sup>525</sup>.

La conséquence de cette première fonction de l'ordre public général, c'est que les mesures qui visent à la protection de la tranquillité, de la moralité et de la salubrité publique doivent être nécessaires et proportionnées. Cela découle évidemment du célèbre principe énoncé par le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions à l'arrêt *Baldy* du Conseil d'Etat : « *la liberté est la règle, la mesure de police, l'exception* »<sup>526</sup>. Comme le rappelle Jacques Petit, cette exception « *n'est précisément admissible que si elle est strictement limitée à ce qui est nécessaire à la réalisation de la fin qui la fonde* »<sup>527</sup>. Il est possible de prendre des mesures nécessaires et proportionnées en ce qui concerne la trilogie municipale.

Cette définition conduit donc à s'interroger quant à deux composantes de l'ordre public général : c'est d'abord la sécurité publique, qui peut justifier la protection des individus contre leur propre volonté, alors même que ne seraient pas en cause les droits des tiers. C'est aussi la dignité de la personne, qui peut également justifier l'adoption de mesures de police dans ce même cas, et qui autorise la prise de mesures qui ne peuvent pas être proportionnées, puisque par défaut, les atteintes à la dignité de la personne nécessitent que l'activité considérée soit interdite pour les faire cesser.

## B. Un ordre public composé de droits ?

Traditionnellement, donc, l'ordre public est un instrument de la limitation des libertés, qui vise en réalité à les organiser, et partant, à les protéger. Mais il reste extérieur à ces droits. Jacques Petit relève avec justesse : « *L'inclusion de la dignité dans l'ordre public change la donne [...] : un droit fondamental dont le respect peut être considéré comme une fin en soi est désormais compris dans l'ordre public* »<sup>528</sup>. Nous avons déjà eu l'occasion de préciser les contours de cette dignité-droit, qui concerne le respect de la valeur et de la qualité de la personne humaine. De façon innovante, le juge administratif a consacré, *ex nibilo*, un nouvel aspect de la dignité en admettant qu'elle pouvait être une dignité-ordre<sup>529</sup>, c'est-à-

---

<sup>525</sup> *Ibid.*

<sup>526</sup> Conclusions Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy*, *op.cit.*

<sup>527</sup> Petit, Jacques. « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif », in Vautrot-Schwartz, Charles (sous la dir.), *La police administrative*, *op.cit.*

<sup>528</sup> Petit, Jacques. « La police administrative » in Gonod, Pascale, et al. *Traité de droit administratif*, *op.cit.*

<sup>529</sup> CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *op.cit.*

dire qu'elle pouvait être opposable aux individus alors même que l'activité n'était dégradante que pour leur propre personne et que ces individus auraient été pleinement consentants.

Ce raisonnement, nous l'avons également étudié, a aussi été appliqué par le juge administratif à la sécurité des personnes. C'est le cas pour le port de la ceinture de sécurité <sup>530</sup>, mais aussi concernant les mesures du plan grand froid décrété par la préfecture de police de Paris qui avaient pour but la prise en charge des sans-abris, alors même que ceux-ci ne souhaitaient pas forcément être pris en charge <sup>531</sup>. Il est vrai que la sécurité est, au moins sur le plan législatif, un droit fondamental, ainsi que l'a affirmé la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

Il y aurait donc deux fonctions au sein de l'ordre public général. Bertrand Seiller les résume de manière parfaitement claire :

« Certaines [des] composantes [de l'ordre public général] - la tranquillité et la salubrité publiques - ne justifieraient que des mesures de protection contre des atteintes émanant de tiers. Les autres - la sécurité et la dignité - seraient à ce point fondamentales qu'elles justifieraient jusqu'à l'interdiction faite à leurs titulaires d'y renoncer » <sup>532</sup>

Cette dualité de fonctions n'est pas réellement opposée, de prime abord, à la fonction de protection des droits, mais elle la dépasse, ou plutôt la complète. Il s'agit avant tout de défendre les droits des tiers. A cela vient s'ajouter la protection des personnes contre elles-mêmes. Cette dualité de fonctions engendre plusieurs difficultés.

En premier lieu, si on admet que certains droits sont plus fondamentaux que d'autres, le glissement vers la hiérarchisation des droits et libertés n'est pas très loin, ce qui nous interroge quelque peu. Certes, nous voulons bien entendre que de tels systèmes de hiérarchisation existent déjà. Par exemple, le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, ainsi que l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé <sup>533</sup>, sont des droits absolus au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque contrairement aux autres droits et libertés prévus par la Convention, ils ne sont assortis d'aucune limite ou exceptions. Mais cela s'applique aux Etats qui ont pour tâche de garantir ces droits : ils ne sont indérogeables que pour les pouvoirs publics, même lorsqu'ils concernent les relations entre particuliers. Ainsi, les Etats ont bien l'obligation d'agir pour empêcher qu'une relation privée ne soit constitutive d'un traitement dégradant <sup>534</sup> ou d'une atteinte au droit à la vie <sup>535</sup>. Mais ils ne peuvent pas interdire un comportement si celui-ci porte atteinte aux seuls droits de celui qui pratique l'activité considéré, ou

---

<sup>530</sup> CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonnette*, *op.cit.*

<sup>531</sup> CAA Paris, 6 déc. 2004, *Association Droit au logement Paris et environs*, *op.cit.*

<sup>532</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative », *op.cit.*

<sup>533</sup> Articles 4 à 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>534</sup> CEDH, 26 mars 1985, *X.Y. c. Pays-Bas*, *op.cit.*

<sup>535</sup> CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume Uni*, *op.cit.*

qu'il n'est bénéfique que pour celui-ci : l'autonomie de la volonté n'est pas remise en cause<sup>536</sup>. De plus, en France, le Conseil Constitutionnel ne distingue ni ne classe les droits et libertés, les rassemblant tous et leur assignant tous la même valeur, évoquant « *les droits et les libertés que la constitution garantit* »<sup>537</sup>. Guillaume Glénard relève d'ailleurs que « *le Conseil constitutionnel précise que la dignité humaine est un droit constitutionnel comme un autre* »<sup>538</sup>, sans lui accorder une valeur particulière. En effet, le Conseil Constitutionnel réaffirme souvent « *le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* » et que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits* »<sup>539</sup>.

A cet égard, le droit de la police administrative poursuit ici une logique inédite, qui de façon intéressante, semble moins intéressée à la jouissance effective de leurs droits par les citoyens qu'à « *diriger les activités relevant de leur champ dans un sens supposé être le meilleur pour l'épanouissement des libertés* »<sup>540</sup>. En ce sens, la protection de la dignité de la personne humaine s'inscrit dans une logique de direction.

En deuxième lieu, on en revient à la question d'inclure la dignité de la personne humaine au sein de l'ordre public spécial. Nous avons déjà vu qu'elle y trouverait parfaitement sa place, non seulement à cause de cette fonction particulière qu'elle possède et qui s'inscrit dans une logique interventionniste, mais également du fait des mesures d'interdiction générales et absolues qu'elle permet d'adopter.

Il faut alors définir si la sécurité, outre cette fonction particulière de protection des individus contre eux-mêmes, présente ces traits communs avec la dignité de la personne humaine et pourrait, elle aussi, faire l'objet d'une police spéciale.

A première vue, on est tenté de répondre par l'affirmative. Si la police est certes une composante classique de l'ordre public général, les polices spéciales qui possèdent un but sécuritaire et qui permettent l'adoption de mesures que le législateur définit comme nécessaires et proportionnées se sont multipliées et concernent des activités et des situations très variées, qui vont de la police des immeubles menaçant ruine aux diverses dispositions anti-terrorisme adoptées dans une période récente, en passant par la police des installations classées.

Cependant, il faut nuancer cette position. L'objectif de sécurité publique n'est pas toujours d'essence libérale, c'est tout à fait vrai. Néanmoins, lorsque les autorités de police générale se fondent

---

<sup>536</sup> CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, *op.cit.*

<sup>537</sup> Sur cette question, voir Nourestani, Séphora. *Les droits et libertés que la Constitution garantit*. Poitiers, Mémoire de Recherche, mai 2018.

<sup>538</sup> Glénard, Guillaume. « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeur ? », *op.cit.*

<sup>539</sup> Cons. Const., 19 décembre 2009, décis. n°2009-593 DC, *Loi pénitentiaire*. Voir en ce même sens : Cons. const., 30 juillet 2010, décis. n°2010-14/22 QPC, *MM. Daniel M. et a.* ; Cons. const., 16 septembre 2010, décis. n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*

<sup>540</sup> Seiller, Bertrand. « La notion de police administrative », *op.cit.*

sur la trilogie municipale pour protéger la sécurité, force est de constater que c'est l'utilisation libérale du concept qui prévaut de façon quasi-systématique. La sécurité publique a avant tout pour but de protéger les droits des tiers. Surtout, il est possible, dans le cadre de l'ordre public général, d'apprécier le caractère nécessaire et proportionné des mesures qu'elle commande d'adopter. Il faudrait donc nuancer : ce n'est que dans les cas très extrêmes, ou la vie des personnes est en danger, que la sécurité permet de limiter l'autonomie de leur volonté. Ce qui *in fine*, nous ramène à une question : est-ce vraiment la sécurité qui est en cause, ou la dignité de la personne ? Il est difficile d'apporter une réponse tranchée à cette question, mais on peut admettre que laisser une personne mourir dans la rue par grand froid, ce n'est pas réellement reconnaître la valeur égale de chaque être humain...

L'intégration de la dignité de la personne humaine à l'ordre public général conduit également à s'interroger. Pour le législateur, elle appartient à un ordre public sociétal, dont les contours semblent assez indifférents à la distinction entre l'ordre public général et l'ordre public spécial.

## § 2. L'EXISTENCE D'UN ORDRE PUBLIC SOCIÉTAL EN QUESTION

Cette expression est apparue pour la première fois lors des débats parlementaires concernant la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public : selon les auteurs, les juridictions, ou les autorités administratives, son existence effective et sa définition sont variables. Il faut tout d'abord tenter de préciser ses contours potentiels (A) avant d'étudier les difficultés que pourrait créer la reconnaissance effective d'un tel ordre public sociétal (B).

### A. Les contours de l'ordre public sociétal

Il est difficile de déterminer les contours de cet ordre public sociétal. Tout d'abord, le législateur ne semble pas le définir de la même manière que le Conseil d'Etat. Cette difficulté de définition est accentuée par le fait que l'ordre public sociétal n'est que peu utilisé en droit positif.

Pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'une conception de l'ordre public distincte de l'ordre public matériel, que le Conseil assimile à la trilogie municipale, mais également de l'ordre public immatériel, qu'il définit comme comprenant la moralité publique et la dignité de la personne humaine. Cet ordre public sociétal, pour le Conseil d'Etat, se résume donc au « *socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société, qui [...] sont à ce point fondamentales qu'elles conditionnent l'exercice des autres libertés, et qu'elles imposent d'écarter, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par la volonté individuelle* »<sup>541</sup>. A la lecture de l'ordonnance du 9 janvier 2014, ces exigences minimales de la vie en société semblent être entendues comme synonyme comme le respect des « *valeurs et principes issues de*

---

<sup>541</sup> *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*. Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *op.cit.*

la tradition républicaine »<sup>542</sup>, et avoir pour but la « cohésion nationale »<sup>543</sup> ou encore le vivre-ensemble, notions que l'on a du mal, nous l'avons vu, à définir.

Ce faisant, le Conseil d'Etat semble avoir fait évoluer sa conception de l'ordre public sociétal pour la rapprocher de celle du législateur, qui précise qu'il s'agit d'un « ordre public sociétal et républicain »<sup>544</sup>, ce à quoi répond assez bien l'inclusion de valeurs et principes issus de la tradition républicaine au sein de l'ordre public. Il inclut aussi la dignité de la personne humaine au sein de cet ordre public sociétal, semblant donc désormais, comme le législateur, assimiler ordre public immatériel et ordre public sociétal.

On peut donc envisager celui comme une « fusée à deux étages ». Sur le plan local, il s'agirait de préserver le « minimum d'idées admises par la moyenne des individus »<sup>545</sup>, selon la formule du doyen Pierre-Henri Teitgen et qui varierait selon les circonstances locales. Sur le plan national, il s'agirait de protéger certaines valeurs républicaines, qui restent à définir pour la majorité d'entre elles, mais dont nous savons qu'elles comprennent la dignité de la personne humaine. Il s'agirait « des valeurs collectives suffisamment éminentes pour faire plier l'exercice des droits fondamentaux et des volontés individuelles »<sup>546</sup>

Ainsi défini, l'ordre public sociétal pose certaines questions, qui nous semblent faire obstacle à sa reconnaissance.

## **B. Les difficultés liées à la reconnaissance d'un tel ordre public sociétal**

Ces difficultés sont nombreuses. Tout d'abord, l'ordre public sociétal semblerait englober des éléments de l'ordre public général (la moralité publique), des éléments qui pourraient appartenir à l'ordre public spécial (la dignité de la personne humaine) et des éléments qui appartiennent certainement à cet ordre public spécial. Les exigences minimales de la vie en société n'ont finalement permis que l'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, et éventuellement de justifier une des interdictions des spectacles de Dieudonné<sup>547</sup>.

Nous pouvons, à notre sens, déjà exclure la moralité publique de ce schéma, pour plusieurs raisons. D'abord, opposer un échelon local et un échelon national au sein de l'ordre public serait problématique au regard de l'arrêt *Labonne*<sup>548</sup>, qui rappelle qu'il n'existe qu'un seul ordre public, à

---

<sup>542</sup> CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *op.cit.*

<sup>543</sup> *Ibid.*

<sup>544</sup> Garraud, Jean-Paul. *Rapport sur le projet de loi (n° 2520), interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, *op.cit.*

<sup>545</sup> Teitgen, Pierre-Henri. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, *op.cit.*

<sup>546</sup> Schoettl, Jean-Eric. « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *op.cit.*

<sup>547</sup> CE, ord. 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c. Société Les productions de la Plume et M. Diendonné M'bala M'bla*, *op.cit.*

<sup>548</sup> CE, 8 août 1919, *Labonne*, *op.cit.*

moins d'assumer l'abandon de cette jurisprudence. Ensuite, la moralité publique n'a jamais permis de limiter les libertés des personnes s'il n'existait aucun trouble extérieur – sans même évoquer la nécessité que ceux-ci soient ou non matériels – qui porterait atteinte aux droits des tiers. Si tel était le cas, si les autorités de police pouvaient intervenir pour faire cesser un comportement simplement parce qu'il était contraire à la moralité, sans aucune conséquence pour les tiers, alors l'ordre public deviendrait un ordre public moral. Mais sans même aborder ces questions, les mesures de police administrative visant à la protection de la moralité publique doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées au trouble qui est mis en cause, et elles sont appréciées en fonction des circonstances locales.

Ce n'est pas le cas des autres composantes de l'ordre public sociétal : comme le note Jean-Eric Schoettl, « *par leur caractère absolu et indisponible, elles défient le contrôle de proportionnalité juridictionnel* »<sup>549</sup>. Restent donc la dignité de la personne humaine et les exigences fondamentales de la vie en société, qui semblent se traduire par le minimum de valeurs et principes inscrit dans la tradition républicaine et qui permettent de limiter l'autonomie personnelle des individus. Il s'agit là encore d'une logique de direction, qui permet l'adoption de mesures qui n'ont besoin que d'être nécessaires. Mais dans les faits, l'ordre public sociétal comprend donc un élément d'ordre public général et un élément de police spéciale. La question est donc de savoir si on doit le subsister ainsi. On pourrait répondre par l'affirmative, et admettre une nouvelle distinction au sein de l'ordre public qui opposerait cet ordre public sociétal à un ordre public qui aurait pour but d'organiser les libertés pour que chacun puisse en jouir au minimum. Nous ne voyons pas, cependant, en quoi la distinction est véritablement pertinente. Elle ne fait qu'indiquer qu'*a priori* l'ordre public sociétal s'inscrit dans l'ordre public spécial.

Nous pensons donc qu'il faut retirer la dignité de la personne humaine de l'ordre public général pour l'insérer dans l'ordre public spécial, comme les valeurs et principes issus de la tradition républicaine. Cela présenterait plusieurs avantages. D'abord, cela permettrait d'encadrer cet ordre public spécial et de préciser les pouvoirs de police qui en découlent. Ce régime pourrait être défini législativement selon les modalités que nous avons définies plus haut. Cela nous semble particulièrement nécessaire dans la mesure où il s'agit effectivement d'un ordre visant à défendre des valeurs et des principes, c'est-à-dire le droit objectif, et pas à encadrer ou à protéger l'exercice de libertés face à l'existence d'un trouble concret et extérieur, et où la mesure de police prise ne peut être qu'une interdiction générale et absolue prise au niveau national. Il y a un risque bien présent de basculer dans un ordre moral si l'on confie au Premier Ministre, autorité politique, le soin de déterminer quelles sont les valeurs qu'il peut protéger en tant qu'autorité de police. Créer une police spéciale, sur le modèle que nous proposons *supra* pour la dignité de la personne humaine, et qui rassemblerait avec celle-ci d'autres valeurs et principes issus de la tradition républicaine, pourrait permettre de définir un cadre juridique clair, avec des garanties, qui pourrait permettre d'éviter que

---

<sup>549</sup> Schoettl, Jean-Eric. « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *op.cit.*

cet ordre de valeur ne franchisse la frontière de l'ordre moral. L'on nous opposera que créer de telles « règles contraignant le législateur, l'autorité de police ou le juge [...] poserait autant de problèmes constitutionnels que politiques »<sup>550</sup>. Ce nous semble, ces difficultés existent déjà. Que le législateur s'en saisisse une bonne fois pour toute permettrait peut-être enfin de dépasser cette question et de la régler sur le long terme, en envisageant l'ordre immatériel dans son ensemble et non plus seulement par le prisme de quelques affaires médiatiques déchainant les passions des uns ou des autres.

Cette option présenterait le mérite de soumettre cette police, définie législativement, à l'appréciation du Conseil Constitutionnel, par le biais du contrôle a priori, mais aussi via la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Nous ne voyons pas mieux placé que le Conseil Constitutionnel pour déterminer ce qu'est la tradition républicaine, et quelles valeurs et principes issues de celles-ci, mériteraient une protection aussi absolue.

---

550 *Ibid.*

## **CONCLUSION GENERALE**

Le professeur Benoit Delaunay s'interrogeait en ce sens : « *faut-il réécrire la trilogie municipale ?* »<sup>551</sup>. La question doit être posée, car force est de constater que la trilogie municipale ne résume plus, à elle seule, l'ordre public dont le maintien ou le rétablissement constitue le but des mesures de police administrative, si tant est qu'elle ne l'ait jamais résumé.

L'ordre public a évolué en suivant un double mouvement. Sa définition a d'abord été étendue par l'adjonction de deux nouvelles composantes par le juge. Tout d'abord, ce dernier a décorrélé la dimension matérielle et extérieure de l'ordre public de la trilogie municipale, en incluant la moralité publique, qu'il faut sans doute plus correctement appeler conscience collective locale, et qui n'est prise en compte que par ses conséquences matérielles, dans sa définition. Par la suite, le juge administratif a ajouté à la trilogie la dignité de la personne humaine. Le législateur, lui, va plus loin, puisqu'il inclut dans la définition de l'ordre public les exigences minimales de la vie en société.

Même si, pour cette dernière composante, on peut légitimement s'interroger sur son appartenance à l'ordre public général, force est de constater que sous l'effet de l'adjonction de ces nouvelles composantes, c'est la nature même de la notion qui a évolué. A la foi mode de limitation et d'organisation des libertés aux fins de leur protection dans son aspect matériel et extérieur, l'ordre public est aussi un ordre de protection de valeurs, qui ne supporte aucune atteinte. De là, l'ordre moral n'est pas très loin. On peut dégager ici deux grands ensembles de composantes au sein de l'ordre public général. Tout d'abord, la moralité, la tranquillité (qui elles-mêmes peuvent se résumer au bon ordre), la sécurité et la salubrité publiques, constituent de simples limites aux droits des personnes, afin de préserver les droits des tiers des conséquences matérielles de l'exercice de ces libertés. Face à cela, la dignité de la personne humaine, tout comme les exigences minimales de la société, si on accepte celles-ci comme faisant partie de l'ordre public général, s'inscrivent dans une logique de protection de valeurs, qu'il s'agisse de la valeur de la vie humaine ou de la tradition républicaine.

A l'évidence, il convient de répondre positivement à la question du professeur Delaunay. La trilogie municipale doit évoluer pour prendre en compte les évolutions qui sont survenues depuis 1884, et qui sont majeures. Cette réécriture aurait plusieurs avantages.

En premier lieu, si on veut absolument maintenir le caractère matériel et extérieur de l'ordre public, et préserver le caractère libéral de la police administrative générale, peut-être est-il temps d'officialiser le fait que la prévention des atteintes à la dignité de la personne humaine fait partie de l'ordre public spécial. Il serait alors bon que le législateur crée une police administrative spéciale qui poursuivrait spécifiquement ce but. Le juge semble en effet avoir consacré la notion dans l'ordre public général uniquement dans le but d'inciter ce dernier à légiférer sur la question. En effet, la protection de la dignité de la personne humaine présente toutes les caractéristiques d'une police administrative spéciale. Cela passe à la fois par son régime particulier, qui se base essentiellement sur des interdictions absolues et générales, qui sont contraires au caractère nécessaire, proportionné

---

<sup>551</sup> Delaunay, Benoit. « Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ? », *op.cit.*

et adapté, des mesures de police administrative générale, et par l'atteinte qu'elle porte à l'autonomie de la volonté des personnes. Les exigences minimales de la vie en société, qui semblent synonymes des valeurs et principes issus de la tradition républicaine, présentent elles aussi de telles caractéristiques.

En somme, on aurait ici une nouvelle trilogie municipale, qui comporterait trois éléments : le bon ordre public ou la paix publique, qui comprendrait la tranquillité et la moralité publique, la sécurité publique, et la salubrité publique. Les atteintes à ces notions seraient appréciées selon leur caractère matériel et en vertu de circonstances locales particulières. A côté de cela, existeraient plusieurs polices administratives spéciales. Le législateur pourrait ainsi prévoir une police spéciale qui concernerait les valeurs républicaines qu'il souhaite absolument voir défendues, en y incluant par exemple la dignité de la personne humaine.

En second lieu, établir une telle police spéciale pourrait permettre de définir un peu ces valeurs, ou du moins poser des bornes législatives aux pouvoirs que possèdent les autorités de police ne serait pas inutile afin d'éviter de verser à la fois dans l'arbitraire et dans l'ordre moral. De plus, cela permettrait de définir les cas d'atteintes, de façon objective, à ces mêmes valeurs, afin d'éviter que les conceptions de celui-ci diffèrent d'une autorité de police ou d'un juge à un autre.

Nous avons conscience du caractère quelque peu utopique de notre proposition, car trop encadrer l'ordre public reviendrait à priver le législateur, le juge, et les autorités de police, d'une marge de manœuvre parfois bien commode sur le plan de l'efficacité, même si elle est attentatoire aux libertés. Mais nous maintenons que c'est à cette condition seulement, en fixant clairement ces bornes et ces définitions, que l'ordre de valeurs que le juge et le législateur défendent ou consacrent, même de façon implicite, pourra prétendre à être distingué de l'ordre moral et éviter de verser dans l'arbitraire.

## BIBLIOGRAPHIE

## OUVRAGES

### Traité, précis et manuels

#### *Droit Administratif*

- CHAPUS, RENE. *Droit administratif général*. Tomes 1 et 2, Montchrestien, 2005.
- FRIER, PIERRE-LAURENT, ET PETIT, JACQUES. *Droit administratif*. LGDJ, 2017.
- GONOD, PASCALE, ET AL. *Traité de droit administratif*. Dalloz, 2011.
- HAURIOU, MAURICE, ET AL. *Précis de droit administratif et de droit public*. Reproduction en fac-similé de la 12e éd. revue et mise à jour, Dalloz, 2002.
- LAFERRIERE, ÉDOUARD. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Berger-Levrault, 1887.
- LAUBADERE, ANDRE DE, ET AL. *Traité de droit administratif*. Tome 1, LGDJ, 1999.
- LEBRETON, GILLES. *Droit administratif général*. Dalloz, 2015.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE. *Droit administratif*. LGDJ, 2015.
- SEILLER, BERTRAND. *Droit administratif*. Flammarion, 2016.
- TRUCHET, DIDIER. *Droit administratif*. Presses Universitaires de France, 2017.

#### *Droit des Libertés Publiques*

- BIOY, XAVIER, ET JEAN-PAUL COSTA. *Droits fondamentaux et libertés publiques*. LGDJ, 2016.
- HENNETTE-VAUCHEZ, STEPHANIE, ET ROMAN, DIANE. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. Dalloz, 2013.
- LETTERON, ROSELINE. *Libertés publiques*. Dalloz, 2012.
- OBERDORFF, HENRI. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. LGDJ, 2017.
- WACHSMANN, PATRICK. *Libertés publiques*. Dalloz, 2017.

### Thèses

- BERNARD, PAUL. *La notion d'ordre public en droit administratif*. LGDJ, 1962.
- MAURER, BEATRICE. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. La Documentation Française, 1999.
- PEYROUX-SISSOKO, MARIE-ODILE. *L'ordre public immatériel en droit public français*. Paris 1 - Sorbonne, 27 novembre 2017.
- PICARD, ETIENNE. *La notion de police administrative*. LGDJ, 1984.
- REMOND, PAUL. *La police municipale et la salubrité publique*. A. Rousseau, 1900.
- TEITGEN, PIERRE-HENRI. *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*. Librairie du recueil Sirey, 1934.
- VINCENT-LEGOUX, MARIE-CAROLINE. *L'ordre public : Etude de droit comparé interne*. Presses Universitaires de France, 2001.

## Ouvrages spécialisés

- MINET, CHARLES-ÉDOUARD. *Droit de la police administrative*. Vuibert, 2007.

## Actes de colloques et ouvrages collectifs

- BONINCHI, MARC, ET NOIRIEL, GERARD. *Vichy et l'ordre moral*. Presses Universitaires de France, 2005.
- BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE (SOUS LA DIR.). *La dignité saisie par les juges en Europe. Actes de la journée d'études du 23 mai 2008 organisée par le Centre de Recherche sur l'Union Européenne de l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon Sorbonne)*, Bruylant, 2011.
- DUBREUIL, CHARLES-ANDRE (SOUS LA DIR.). *L'ordre public. Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I)*, Éditions Cujas, 2013.
- HENNETTE-VAUCHEZ, STEPHANIE, ET GIRARD, CHARLOTTE (SOUS LA DIR.). *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. Presses Universitaires de France, 2005.
- PAVIA, MARIE-LUCE, ET REVET, THIERRY (SOUS LA DIR.). *La dignité de la personne humaine*. Economica, 1999.
- REDOR, MARIE-JOËLLE (SOUS LA DIR.). *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux. Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Nemesis : Bruylant, 2001.
- VAUTROT-SCHWARZ, CHARLES (SOUS LA DIR.). *La police administrative. Actes du colloque organisé les 14 et 15 mars 2013 à la Faculté de droit de Nancy par l'IRÉNEÉ de l'Université de Lorraine*, Presses universitaires de France, 2014.

## Autres ouvrages

- CORNU, GERARD. *Vocabulaire juridique*. Presses Universitaires de France, 2016.
- LONG, MARCEAU, ET AL. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Dalloz, 2017.

## ARTICLES

### Revue spécialisée

- BON, PIERRE. « Le “burkini” au Conseil d'Etat ». *Revue française de droit administratif*, n° 6, 2017, p. 1227.
- BON, PIERRE. « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné : A propos de Conseil d'Etat, 9 novembre 2015, Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les producteurs de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala, n° 376107 ». *Revue française de droit administratif*, n° 4, 2016, p. 791.
- BONNEFOY, OLIVIER. « Dignité de la personne humaine et police administrative ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 08, 2016, p. 418.
- BONNET, BAPTISTE, ET CHABANOL, DANIEL. « Une ordonnance exceptionnelle sur des fondements traditionnels : à propos de l'ordonnance du 9 janvier 2014... » *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 3, 2014, p. 2.
- BRETONNEAU, AURELIE. « Légalité de la circulaire Valls dans l'affaire Dieudonné ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 44, 2015, p. 2805.
- BROYELLE, CAMILLE. « Retour sur l'affaire Dieudonné ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 9, 2014, p. 473.

- CANEDO, MARGUERITE. « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2008, p. 979.
- CANEDO, MARGUERITE. « Le Conseil d'Etat gardien de la moralité publique ? » *Revue française de droit administratif*, n° 6, 2000, p. 1282.
- DELAUNAY, BENOIT. « Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ? » *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 15, 2012, p. 2112.
- DELVOLVE, PIERRE. « L'ordre public immatériel ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2015, p. 890.
- DELVOLVE, PIERRE. « Sécurité et sûreté ». *Revue française de droit administratif*, n° 6, 2011, p. 1085.
- DERIEUX, EMMANUEL. « Police administrative et liberté d'expression ». *Semaine Juridique Edition Générale*, n° 3, 2014, p. 71.
- DUEZ, PAUL. « Police et esthétique de la ville ». *Recueil Dalloz*, 1927, p. 17.
- EVEILLARD, GWELTAZ. « Le Conseil d'État et l'affaire Dieudonné ». *Droit administratif*, n° 05, mai 2014, p. comm. 33.
- FRAISSEIX, PATRICK. « La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la « judiciarisation » ». *Revue de la Recherche Juridique*, n° IV, 1999, p. 1133.
- FRANC, MICHEL. « Une relecture de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 2, 2014, p. 106.
- FRYDMAN, PATRICK. « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lanciers de nains » ». *Revue française de droit administratif*, n° 06, 1995, p. 1204.
- GATE, JULIETTE. « Ordre public, moralité publique et dignité de la personne humaine : quels pouvoirs pour le maire ? Quelles obligations ? » *Actualité juridique des collectivités territoriales*, n° 11, 2016, p. 540.
- GERVAIS, JEAN. « Cinéma : censure nationale et police municipale : Une étude à l'usage des Préfets et des Maires ». *La Revue administrative*, vol. 14, n° 79, 1961, p. 39-46.
- GERVIER, PAULINE. « Concilier l'ordre public et les libertés, un combat continu ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 37, 2016, p. 2122.
- GLENARD, GUILLAUME. « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? » *Revue française de droit administratif*, n° 06, 2015, p. 866.
- LELEU, THIBAUT. « La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2015, p. 883.
- MARION, LAURENCE. « Le droit de chiffonnage et de glanage devant le Conseil d'Etat ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 01, 2018, p. 62.
- MOREAU, JACQUES. « Le maire et la santé ». *Les Tribunes de la santé*, vol. 14, n° 1, 2007, p. 53-58.
- PAULIAT, HELENE. « La dignité de la personne humaine serait donc relative... » *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 19-20, 2015, p. 2138.
- PETT, JACQUES. « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 15, 2014, p. 866.
- ROULHAC, CEDRIC. « La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif ». *Revue française de droit administratif*, n° 2, 2018, p. 343.
- ROUSSEAU, DOMINIQUE. « Les tourments juridiques des ordonnances Dieudonné ». *Gazette du Palais*, n° 051, février 2014, p. 09.
- SCHOETTL, JEAN-ERIC. « Réflexions sur l'ordre public immatériel ». *Revue française de droit administratif*, n° 2, 2018, p. 327.

- SEILLER, BERTRAND. « La censure a toujours tort ». *Actualité juridique du droit administratif*, n° 3, 2014, p. 129.
- SEILLER, BERTRAND. « La notion de police administrative ». *Revue française de droit administratif*, n° 5, 2015, p. 876.
- TOUZEIL-DIVINA, MATTHIEU. « Et si le juge du “Mur” avait tout simplement rempli sa mission et non semé la discorde ? » *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 3, 2014, p. 4.
- SOYKURT-MACAIRE, SOPHIE. « L’expansion des pouvoirs de police administrative des maires à travers la notion de “circonstances locales particulières” ? » *Revue de droit administratif*, n° 7, 2009, p. 7.
- TUKOV, CHRISTOPHE. « La République a-t-elle gagné en ouvrant la Boite de Pandore ? À propos de “l’affaire Dieudonné” ». *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 3, 2014, p. 39.
- WEIL, PROSPER. « Note sous CE, Sect., 18 décembre 1959, Société “Les films Lutétia” ». *Recueil Dalloz*, 1960, p. 171.

## Articles de presse

- BEGUIN, FRANÇOIS, ET BECHILLON, DENYS (DE). « Affaire Dieudonné : « Une réponse adaptée à une situation extraordinaire » ». *Le Monde.fr*, 10 janvier 2014. *Le Monde*. Disponible en ligne à l’adresse suivante : [http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/10/dieudonne-le-conseil-d-etat-apporte-une-reponse-adaptee-a-une-situation-extraordinaire\\_4346331\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/10/dieudonne-le-conseil-d-etat-apporte-une-reponse-adaptee-a-une-situation-extraordinaire_4346331_3224.html).
- BEGUIN, FRANÇOIS, ET LOCHAK, DANIELE. « « On s’achemine vers une jurisprudence Dieudonné » ». *Le Monde.fr*, 7 janvier 2014. *Le Monde*. Disponible en ligne à l’adresse suivante : [http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/07/on-s-achemine-vers-une-jurisprudence-dieudonne\\_4343753\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/01/07/on-s-achemine-vers-une-jurisprudence-dieudonne_4343753_3224.html).
- LOMBARD-LATUNE, MARIE-AMELIE, ET SAUVE, JEAN-MARC. « Jean-Marc Sauvé : « Pourquoi le Conseil d’État a autorisé le burkini » ». *Le Figaro*, 4 décembre 2016.
- RIOU, ALAIN. « Quand les édiles font régner la censure ». *Libération*, 1 mars 1995.

## AUTRES TEXTES

### Rapports et études

- CONSEIL D’ETAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile intégral*. Conseil d’Etat, section du rapport et des études, Mai 2010. Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-relative-aux-possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral>.
- GARRAUD, JEAN-PAUL. *Rapport sur le projet de loi (n° 2520), interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public*. 2648, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, 23 juin 2010. Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2648.asp>.

### Notes et billets de blog

- LETTERON, ROSELINE. « Sécurité et sûreté : les joyeux contresens de Christian Estrosi ». *Liberté, libertés chéries*, 25 septembre 2013. Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://libertescheries.blogspot.fr/2013/09/securete-et-surete-les-joyeux.html>.
- SUR, SERGE. « Jour de deuil pour la liberté ». *Liberté, libertés chéries*, 10 janvier 2014. Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://libertescheries.blogspot.fr/2014/01/les-invites-de-llc-serge-sur-jour-de.html>.

## INDEX

**Autonomie personnelle, 29, 112, 142**

**Bon ordre public, 42**

- Assimilation avec la notion de moralité publique, 42
- Assimilation avec la notion de tranquillité publique, 42

**Cohésion nationale, 81, 142**

**Dignité de la personne humaine, 90, 131, 142**

- Comme composante de l'ordre public, 107
- Dignité-droit, 91, 117
- Dignité-ordre, 106, 117

**Dimension prédictive de l'ordre public, 32, 71, 121**

**Exigences minimales de la vie en société, 81, 142**

**Infractions pénales (prévention des), 71**

**Intérêt général, 66**

**Morale, 46**

**Moralité publique, 45, 142**

- Appartenance à l'ordre public, 57
- Circonstances locales particulières, 50
- Définition, 45
- Evaluation casuistique de la notion par le juge, 48
- Existence d'un trouble matériel à l'ordre public, 52

**Ordre de valeurs, 29, 84, 115, 142**

**Ordre moral, 81, 115, 142**

**Ordre public esthétique, 77**

**Ordre public général, 126, 143**

**Ordre public sociétal, 142**

**Ordre public spécial, 126, 143**

- Caractère subsidiaire (de l'), 129
- Définition, 126

**Pénalisation de l'ordre public, 114**

**Protection de l'enfance, 58**

**Protection des personnes contre elles-mêmes, 29, 112, 131, 139, 142**

**Salubrité publique, 34**

- Champ d'application, 37
- Définition, 34, 35
- Pouvoirs subsidiaires du maire, 38

**Santé publique, 35**

**Sécurité publique, 21, 113**

- Définition, 22
- pouvoir des autorités de police, 32

**Sûreté, 22**

**Tranquillité publique, 39**

**Trilogie municipale, 21**

**Valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine, 84, 142**

**Vivre ensemble, 81**

## TABLE DES MATIERES

Sommaire.....	1
Liste des abréviations.....	7
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>8</b>
<b>PARTIE I. L'EXTENSION PROGRESSIVE DU CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC .....</b>	<b>24</b>
CHAPITRE I. L'ACCEPTION LARGE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC MATERIEL ET EXTERIEUR.....	26
Section I. La trilogie municipale, socle minimal de l'ordre public .....	26
§1. La sécurité, composante particulière de l'ordre public matériel et extérieur .....	26
A. Une notion particulière du fait des incertitudes entourant sa définition.....	27
1. La différenciation de principe entre sécurité et sûreté.....	27
2. Des notions connexes au sein de l'ordre public matériel et extérieur.....	31
B. Une notion particulière du fait de ses caractéristiques propres .....	33
1. Une dimension inédite de l'ordre public : la protection des personnes contre elles- mêmes.....	34
2. Une notion justifiant des pouvoirs étendus des autorités de police administrative .....	37
§2. La salubrité et la tranquillité publique, cœur de l'ordre public matériel et extérieur .....	38
A. La salubrité publique .....	39
1. La distinction floue entre salubrité et santé publique .....	40
2. Le champ d'application large de la notion de salubrité publique.....	42
B. La tranquillité publique .....	44
1. Une notion au champ d'application large .....	44
2. Une notion aux frontières floues .....	47
Section II. La moralité publique, une composante quasi-matérielle de l'ordre public.....	50
§ 1. Une notion difficile à définir .....	50
A. Deux conditions liées : l'immoralité de l'activité considérée et l'existence de circonstances locales particulières .....	51
1. Le caractère immoral de l'activité considérée .....	51
a. La nécessité de distinguer morale et moralité .....	51
b. Une notion éminemment casuistique .....	53
2. L'existence de circonstances locales particulières.....	55
B. Les incertitudes entourant la nécessité d'établir un risque de trouble à l'ordre public matériel .....	57
1. L'admission courante de l'absence de nécessité d'établir l'existence de troubles matériels .....	57
2. La possible réaffirmation par le juge de la nécessité d'établir des troubles matériels .....	60
§ 2. L'appartenance incertaine de la moralité publique à l'ordre public.....	62
A. L'absence d'atteinte à la moralité publique, but manifeste de certaines mesures de police administrative.....	62
1. L'adoption de mesures de police justifiée par le souci de préserver la moralité publique.....	63
2. Le but parfois implicite de préservation de la moralité des mesures visant la protection de la jeunesse.....	63
B. L'appartenance indirecte de la moralité publique à l'ordre public .....	65
1. Une notion appartenant manifestement à l'ordre public général.....	65
2. La moralité publique, une composante de l'ordre public du fait de ses conséquences matérielles ? .....	68
CHAPITRE II. L'ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL STRICT DE L'EXTENSION DE L'ORDRE PUBLIC.....	71
Section I. Les limites classiques à la définition de l'ordre public .....	71

§ 1. Des finalités toujours entendues strictement par rapport à l'intérêt général .....	71
A. Une notion relevant <i>a priori</i> de l'intérêt général.....	72
B. Une notion plus restreinte que l'intérêt général .....	74
§ 2. La fausse extension de l'ordre public : la prévention des infractions pénales .....	76
A. La consécration de la prévention des infractions pénales comme composante potentielle de l'ordre public, source de controverses .....	76
1. Les vives critiques adressées à la jurisprudence du Conseil d'Etat.....	76
2. Une décision méritant sans doute une appréciation plus nuancée .....	77
B. L'absence d'autonomie du but de prévention des infractions pénales au sein de l'ordre public.....	79
1. La prévention des infractions pénales, but légitime des mesures de police administrative .....	79
2. La nécessité réaffirmée de l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public .....	80
Section II. Le refus de consacrer une dimension esthétique ou morale au sein de l'ordre public général.....	81
§ 1. La remise en cause de l'ordre public esthétique .....	82
A. L'admission initiale de l'esthétique comme composante de l'ordre public général.....	82
B. L'esthétique cantonnée à une finalité spéciale de l'ordre public.....	84
§ 2. La contention de la mutation vers un ordre public moral.....	86
A. La question des exigences minimales de la vie en société .....	86
B. La question des valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine .....	89
<b>PARTIE II. LA MUTATION DE L'ORDRE PUBLIC VERS UNE DIMENSION     IMMATERIELLE .....</b>	<b>93</b>
CHAPITRE I. LA CONSECRATION INNOVANTE DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE COMME FONDEMENT DES MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVE.....	95
Section I. La dignité -droit, un concept déjà connu au sein de l'ordre juridique.....	96
§ 1. Un concept trouvant son origine en droit international .....	96
A. En droit international général .....	96
B. En droit européen.....	98
1. En droit européen des droits de l'Homme.....	98
2. En droit de l'Union Européenne .....	100
§ 2. Un concept approfondi en droit national .....	102
A. Dans la Constitution.....	102
1. La reconnaissance implicite de la dignité de la personne humaine par le préambule de la constitution de 1946 .....	102
2. La reconnaissance jurisprudentielle explicite de la valeur constitutionnelle de la dignité de la personne humaine.....	105
B. Dans la loi.....	106
C. Dans la jurisprudence administrative.....	108
Section II. L'admission de la dignité-ordre comme fondement de mesures de police administrative .....	111
§ 1. La reconnaissance limitée de la dignité-ordre comme composante de l'ordre public .....	112
A. La déconstruction nécessaire de la portée de la décision <i>Commune de Morsang-sur-Orge</i> .....	112
1. Une décision fondatrice ? .....	112
2. Une décision de principe ? .....	114
B. Une décision critiquable.....	116
1. L'apparente atteinte injustifiée à l'autonomie de la volonté.....	117
2. L'appréciation subjective de l'atteinte à la dignité de la personne humaine.....	120

§ 2. L'utilisation constante de la dignité-droit comme fondement de mesures de police administrative.....	122
A. L'absence de cas d'espèce utilisant la dimension objective du concept de dignité de la personne humaine.....	122
B. Les critiques persistantes adressées à la dignité-droit comme composante de l'ordre public général.....	124
1. Les critiques adressées aux ordonnances Dieudonné.....	124
2. Les critiques communes à la dignité-droit comme composante de l'ordre public.....	128
CHAPITRE II. L'INFLUENCE DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE SUR LES CATEGORISATIONS FAITES AU SEIN DE L'ORDRE PUBLIC.....	130
Section I. La distinction renouvelée entre ordre public principal et ordre public subsidiaire.....	130
§ 1. La différenciation classique entre l'ordre public général et de l'ordre public spécial.....	131
A. La définition de l'ordre public spécial.....	131
1. Les limites de l'ordre public général.....	132
2. Les caractéristiques communes des ordres publics spéciaux.....	133
B. La remise en cause de l'unité de l'ordre public.....	134
§ 2. L'émergence d'un ordre public subsidiaire prétorien.....	135
A. La dignité de la personne humaine, une composante de l'ordre public spécial ?.....	136
B. L'inclusion contestable de la dignité de la personne humaine au sein de l'ordre public général.....	138
Section II. L'émergence de nouvelles distinctions au sein de l'ordre public.....	143
§ 1. L'existence avérée d'une dualité de fonctions de l'ordre public général.....	143
A. Un ordre public permettant la jouissance des droits.....	143
B. Un ordre public composé de droits ?.....	144
§ 2. L'existence d'un ordre public sociétal en question.....	147
A. Les contours de l'ordre public sociétal.....	147
B. Les difficultés liées à la reconnaissance d'un tel ordre public sociétal.....	148
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>151</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>154</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>159</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>161</b>