

L'ORDRE PUBLIC, UNE NOTION NÉCESSAIREMENT ÉVOLUTIVE
« L'AFFAIRE DIEUDONNÉ »

Par Gilles Le Chatelier

Avocat associé, cabinet ADAMAS, Professeur associé à l'ENS de Lyon

**Conseil d'État, ord.,
9 janvier 2014, n° 374508 -
Sté Les productions de la Plume
c/ M. Dieudonné M'Bala M'Bala**

« (...) au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la cohésion nationale relevés lors des séances tenues à Paris ne seraient pas repris à Nantes ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes 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 ; (...) il appartient en outre à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises ; (...) ainsi, en se fondant sur les risques que le spectacle projeté représentait pour l'ordre public et sur la méconnaissance des principes au respect desquels il incombe aux autorités de l'État de veiller, le préfet de la Loire-Atlantique n'a pas commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, d'illégalité grave et manifeste ; ».

**Conseil d'État, ord.,
10 janvier 2014, n° 374528 -
Sté Les Productions de la Plume
c/ M. Dieudonné M'Bala M'Bala**

« (...) au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles, de nature à porter de graves 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, relevés

lors des séances tenues à Paris, ne seraient pas repris à Tours ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que le spectacle prévu constitue lui-même une menace d'une telle nature à l'ordre public ; (...) dès lors que la réalité d'un tel risque est suffisamment établie, au vu des éléments soumis au juge des référés, et alors que 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 ».

**Conseil d'État, ord., 11 janvier 2014,
n° 374552 - Sté Les Productions de la Plume
c/ M. Dieudonné M'Bala M'Bala**

« (...) au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles, de nature à porter de graves 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, relevés lors des séances tenues à Paris, ne seraient pas repris à Orléans ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que le spectacle prévu constitue lui-même une menace d'une telle nature à l'ordre public ; (...) les éléments produits en appel, notamment les échanges au cours de l'audience publique, ne sont pas de nature à remettre en cause cette appréciation ; que l'allégation, qui ne peut, au demeurant, être regardée comme établie par l'instruction, selon laquelle M. M'Bala M'Bala pourrait jouer un spectacle différent à Orléans est sans incidence sur la légalité de la décision interdisant la tenue du spectacle « Le Mur », dont la suspension est demandée ;

(...), dès lors que la réalité d'un tel risque est suffisamment établie, au vu des éléments soumis au juge des référés, et alors que 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 ; ».

Observations : Il n'est pas si fréquent que l'activité de la juridiction administrative fasse la Une des journaux, voire s'invite sur les médias de « l'information immédiate » si friands de rebondissements et de coups de théâtre. Le juge administratif est en revanche entièrement à sa place lorsqu'il participe aux grands débats de société et joue pleinement son rôle de régulateur social et de gardien de la paix civile. Nul domaine n'est plus au cœur de ses préoccupations

que celui de la police administrative. Le juge doit y maintenir un équilibre subtil et dynamique entre l'exercice des libertés fondamentales et la défense de l'ordre public. Une jurisprudence ancienne témoigne de la recherche constante de cet équilibre, à travers l'évolution d'une société qui voit cette dialectique constamment évoluer au gré des sujets devenant d'actualité.

L'affaire *Dieudonné* est emblématique de ce débat perpétuel entre ordre et liberté. Après avoir rappelé les faits ayant donné lieu à plusieurs ordonnances du juge des référés-liberté et le cadre procé-

dural dans lequel elles s'inscrivaient, on verra qu'au-delà des passions que cette affaire a déchaînées, la solution retenue repose sur des bases jurisprudentielles solides et anciennes, même si, dans l'application que le juge fait de ces précédents, il introduit quelques novations qui ne sont pas sans intérêt dans l'exercice de la police administrative générale. L'ensemble des solutions ici apportées doivent être prises en compte dans l'exercice par le maire de ses pouvoirs de police administrative générale.

Rappel des faits et de la procédure

Dieudonné M'Bala, humoriste connu, a commencé en décembre 2013 à jouer un nouveau spectacle intitulé « Le Mur » au théâtre de la Main d'or à Paris. Au cours de ce spectacle, l'intéressé tenait des propos antisémites et tournait en dérision la Shoah. Ce spectacle devant être joué dans plusieurs villes de province, les autorités locales de police ont décidé d'user des pouvoirs de police administrative générale dont elles disposent pour interdire ce spectacle¹. Ainsi, le préfet de Loire-Atlantique a interdit le spectacle devant se tenir à Saint-Herblain le 9 janvier 2014. Saisi en référé-liberté, le Tribunal administratif de Nantes devait faire droit à la demande de suspension de l'arrêté préfectoral le 9 janvier². Saisi en appel en urgence par le ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État devait l'après-midi même annuler l'ordonnance rendue par le tribunal. Le Conseil a également été amené à se prononcer à deux nouvelles reprises sur des arrêtés municipaux d'interdiction, le 10 janvier pour la représentation devant se tenir à Tours et le 11 à Orléans, le Tribunal administratif d'Orléans ayant à chaque fois rejeté la demande de suspension de l'arrêté d'interdiction formée par l'humoriste³. Les trois ordonnances rendues par le Conseil d'État sur ces trois affaires forment un ensemble cohérent sur les délicates mais identiques questions que posaient ces différents litiges.

Chacun de ces litiges mettait en œuvre la procédure de « référé-liberté », prévue à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Ces dispositions, issues de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, prévoient la possibilité pour le juge administratif d'être saisi par

On ne peut pas périodiquement se lamenter de la lenteur du juge à juger, pour ensuite lui reprocher d'avoir statué en urgence dans une procédure de référé...

toute personne qui s'y croit fondée d'une demande tendant à ce qu'il ordonne toute mesure nécessaire pour faire cesser une « atteinte grave et manifestement illégale » « à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ».

Deux conditions sont nécessaires, qui étaient à l'évidence remplies en l'espèce : la nécessité d'une intervention urgente du juge – que vaudrait une annulation d'une

mesure d'interdiction qui surviendrait après la date prévue pour tenir le spectacle ? ; l'atteinte à une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, en l'espèce la liberté de réunion et sans doute également la liberté d'expression⁴.

Ces deux conditions – l'urgence et le risque d'atteinte à une liberté fondamentale – exigent que le juge se prononce utilement avant que son intervention ne soit inefficace. L'article L. 521-2 exige ainsi que le juge se prononce dans un délai de 48 heures à compter de sa saisine et, en vertu de l'article L. 522-1, il lui appartient d'adapter les obligations d'un débat contradictoire aux exigences de l'urgence. Dès lors, de la même manière qu'on n'aurait pas compris que le juge se prononce après la tenue prévue des spectacles, laissant jouer leur plein effet aux arrêtés d'interdiction, autant il était normal que le juge d'appel se prononce avant cette même date, dès lors qu'il était saisi d'une requête en ce sens par le ministre.

On fera d'ailleurs remarquer que ce type de contraintes avait déjà été pleinement pris en compte par le Conseil d'État lorsqu'il avait annulé un arrêté municipal interdisant la réunion d'une université d'été d'une formation politique. Le juge d'appel était intervenu en urgence pour permettre ainsi la tenue effective de cette manifestation⁵. On ne peut pas périodiquement se lamenter de la lenteur du juge à juger, pour ensuite lui reprocher d'avoir statué en urgence dans une procédure de référé...

Des solutions jurisprudentielles éprouvées

La solution retenue par le Conseil d'État à l'occasion de ces différentes affaires s'appuie sur une jurisprudence éprouvée. Le fait que ses applications ne soient pas très fréquentes ne remet nullement en cause la pérennité et la validité des solutions antérieurement dégagées. En particulier, certains commentaires – parfois hâtifs – des ordonnances rendues par la Haute assemblée semblent méconnaître une évolution déjà ancienne de la notion d'ordre public susceptible de fonder l'exercice de ses compétences par l'autorité chargée de la police administrative.

L'exercice de la police administrative est œuvre d'équilibre : dès lors que l'intervention d'une mesure de police vient en général brider l'exercice d'une liberté, son intervention doit à la fois être justifiée par des considérations d'ordre public, mais également être proportionnée. La légalité de la mesure de police tient à sa capacité à maintenir l'ordre public dans des conditions ne portant pas une atteinte excessive aux libertés. Cet exercice de conciliation est placé sous un contrôle d'adéquation de la mesure à la menace à l'ordre public par le juge⁶.

Le juge doit alors s'attacher à l'examen de deux questions concrètes : l'importance du risque qu'une manifestation, une réunion ou un spectacle fait courir à l'ordre public et les moyens dont dispose concrètement l'autorité de police de faire face à des troubles suscités par cette manifestation⁷.

L'ordre public est, dans ces décisions, un « ordre matériel et extérieur » au sens de la célèbre expression du doyen Hauriou, c'est-à-dire, une situation dans laquelle le risque couru est principalement celui de violences physiques susceptibles de causer des dommages aux biens et aux personnes.

(1) V. la circulaire du 6 janv. 2014 (NOR : INTR1400238C) du ministre de l'Intérieur.

(2) TA Nantes, ord., 9 janv. 2014, n° 1400110, RFDA 2014. 87, note O. Gohin.

(3) TA Orléans, ord., 10 janv. 2014, n° 1400043 ; TA Orléans, ord., 11 janv. 2014, n° 1400080.

(4) V. pour un précédent CE 24 févr. 2001, n° 230611, *Tibéri*, D. 2001. 1748, et les obs., note R. Ghevontian ; RFDA 2001. 629, note B. Maligier.

(5) CE 19 août 2002, n° 249666, *Front national, Institut de formation des élus locaux*, Lebon 311 ; AJDA 2002. 1017, note X. Braud ; D. 2002. 2452, et les obs.

(6) CE 19 mai 1933, n° 17413, *Benjamin*, Lebon 541.

(7) CE 5 févr. 1937, *Bujadoux*, Lebon 153 ; CE 23 janv. 1953, *Naud*, Lebon 32 ; CE 29 déc. 1997, n° 164299, *Maugendre*, Lebon 826.

Mais, cette notion allait progressivement se doubler d'autres considérations plus « spirituelles », dans la célèbre jurisprudence sur les interdictions de projection de certains films par des maires⁸. Certes, la nécessité d'invoquer des « circonstances locales » pour justifier de l'interdiction du film constitue une référence à la notion d'ordre matériel. De la même manière, le juge s'est toujours bien gardé de se référer à une notion de « moralité publique » qui aurait été d'un emploi bien incommode à la longue. Il n'empêche qu'à côté du trouble matériel, apparaît alors dans la police administrative une autre facette de l'ordre public, tenant à l'atteinte aux consciences et à des agressions à caractère psychologique, en face desquelles l'intervention des forces de l'ordre apparaît pour le moins inefficace...

Cette évolution allait connaître une reconnaissance claire dans la décision du Conseil d'État *Commune de Morsang-sur-Orge* du 27 octobre 1995⁹ portant sur les spectacles de « lancer de nain ». Dans celle-ci, le Conseil devait juger qu'une atteinte à la dignité humaine peut justifier une mesure d'interdiction d'un spectacle, comme étant attentatoire à l'ordre public. La décision est d'autant plus remarquable qu'elle écarte toute référence aux circonstances locales et prend soin de relever que la sécurité des personnes n'était en rien menacée par le spectacle. Il s'agit bien ici de prendre en compte des considérations d'atteinte aux consciences dans l'exercice de la police administrative. De même, dès lors que l'on exclut la prise en compte de « circonstances locales », l'atteinte à l'ordre public est générale et doit sans doute recevoir une même réponse en tous lieux.

Une application des principes laissant la place à certaines innovations

Les trois ordonnances rendues par le juge des référés-liberté du Conseil d'État les 9, 10 et 11 janvier 2014 reprennent l'ensemble des principes sus-énoncés, en les adaptant aux particularités de la présente espèce.

Après avoir rappelé la nécessaire conciliation entre l'ordre et la liberté à laquelle l'autorité de police doit se livrer, sous le contrôle du juge, le Conseil d'État relève l'existence d'un double risque de trouble à l'ordre public.

Le premier, dans l'ordonnance du 9 janvier 2014, est une référence classique à l'ordre public matériel par la possibilité de « troubles à l'ordre public qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser ». Mais, ce n'est sans doute pas la cause principale de la validation des arrêtés d'interdiction.

Le deuxième risque semble plus important et est

directement tiré de la jurisprudence *Commune de Morsang-sur-Orge*. Constitue ainsi une atteinte à l'ordre public la tenue de « propos pénalement répréhensibles, de nature à porter de graves atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine et à provoquer à la haine et à la discrimination raciales ». L'ordre public ici en cause n'est pas matériel, puisque comme le relève avec la force de l'évidence le Conseil d'État, nul déploiement de forces de police n'est de nature à faire cesser ce trouble, compte tenu de sa nature même.

Reste le dernier point qui constituait sans doute la difficulté principale de l'affaire : le risque était-il avéré avec suffisamment de probabilité pour établir l'existence d'un risque d'atteinte grave à l'ordre public ? Pour poser la question autrement, la teneur des propos tenus lors du spectacle litigieux à Paris allait-elle être reproduite à l'identique dans les différents spectacles prévus en province ? C'est là où l'appréciation du juge est souveraine, là où réside au final l'essentiel de son office. Admettons qu'en l'espèce la probabilité était forte, compte tenu de la constance de « l'artiste » à exploiter les mêmes thèmes, notamment manifestée par les neuf condamnations pénales – dont sept définitives – infligées à l'intéressé pour des faits similaires.

Plusieurs novations sont à relever dans ces ordonnances qui, si elles reposent sur des fondements clairs et bien identifiés, méritent cependant d'être soulignées.

Tout d'abord, ces décisions étendent le risque d'atteinte à la dignité de la personne humaine à la tenue de tout propos antisémite ou « mentionnant de manière indigne la Shoah ». On avouera ici qu'il n'apparaît guère contestable que minimiser, voire nier l'horreur de l'extermination des Juifs pendant la Seconde Guerre mondiale met directement en cause la dignité de la personne humaine...

Ensuite, le Conseil d'État identifie une nouvelle hypothèse d'atteinte à l'ordre public consistant en la tenue de propos en public tendant à provoquer à la haine et la

discrimination raciales. Une telle extension apparaît-elle illégitime ? La qualification des faits risque-t-elle d'être si large qu'elle pourrait justifier des atteintes graves aux libertés de réunion et d'expression ? L'avenir le dira. À ce stade, on ne peut que se féliciter que la plus haute juridiction administrative ait pu estimer que de telles provocations, dès lors qu'elles apparaîtraient systématiques, soient de nature à justifier l'interdiction d'une manifestation au nom de l'atteinte grave à l'ordre public.

Là aussi, et compte tenu des dérapages de plus en plus nombreux dans la sphère publique autour de propos de cet ordre, on ne peut qu'approuver que le juge « durcisse » sa jurisprudence pour défendre l'ordre public. Le Conseil d'État a déjà su faire varier sa jurisprudence en fonction du climat politique auquel les autorités de police étaient confrontées¹⁰.

Les ordonnances commentées retiennent également une nouvelle dimension à l'ordre public : le fait de prendre une mesure de nature à éviter que des infractions pénales soient commises. Si cet élément figure expressément dans l'ordonnance du 9 janvier 2014 (n° 374508), il nous paraît sous-jacent dans les deux autres ordonnances, par la référence à la provocation à la haine et à la discrimination raciales qui constitue une infraction pénale, au sens de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881.

Cette dimension ne nous paraît pas cependant vraiment nouvelle. D'une part, la police administrative a bien, par son objet préventif, pour vocation d'empêcher que soient commises des infractions pénales. Dans ces conditions, il ne paraît pas incongru d'admettre

L'ordre public ici en cause n'est pas matériel, puisque comme le relève avec la force de l'évidence le Conseil d'État, nul déploiement de forces de police n'est de nature à faire cesser ce trouble, compte tenu de sa nature même.

(8) CE 18 déc. 1959, *Sté « Les films Lutetia »*, Lebon 693 ; CE 14 oct. 1960, *Sté Les Films Marceau* ; CE 19 avr. 1963, *Ville de Dijon*, Lebon 227.

(9) CE 27 oct. 1995, n° 136727, *Cne de Morsang-sur-Orge*, Lebon avec les concl. ; AJDA 1995, 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *Ibid.* 2014, 106, chron. M. Franc ; D. 1995, 257 ; RFDA 1995, 1204, concl. P. Frydman ; GAJA, n° 95.

(10) CE 23 déc. 1936, n° 51755, *Bucard*, Lebon 1151.

que les autorités de police administrative puissent intervenir si elles ont la conviction qu'une infraction pénale est sur le point d'être commise. Il est cependant sûr que, poussé à ses limites, ce raisonnement contribuerait à brouiller encore la distinction souvent délicate entre police administrative et police judiciaire ¹¹. D'autre part, un tel raisonnement peut se prévaloir de précédents. Le Conseil d'État a ainsi annulé une décision accordant un visa d'exploitation à un film parce qu'il constituait « un message pornographique et d'incitation à la violence... qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du code pénal » ¹². Le lien entre police administrative et droit pénal n'est donc en rien nouveau.

Que changent les solutions retenues à l'exercice de ses pouvoirs de police administrative par le maire ?

Quelles conséquences concrètes tirer de ces différentes décisions ? Certes, le spectacle ayant donné lieu aux différentes ordonnances commentées est – heureusement oserions-nous dire – « exceptionnel ». Il n'en est sans doute que plus facile à « traiter », la violence des propos et la nature des sujets abordés favorisant les solutions radicales.

Mais qu'en est-il des cas que l'on pourrait qualifier de « moins simples » ? Rappelons à cet égard dans quel cadre s'inscrit l'action du maire.

Le maire est l'autorité de police administrative de droit commun pour éventuellement interdire des spectacles ou des réunions susceptibles de porter atteinte à l'ordre public sur le territoire de la commune. En cas d'inaction, on rappellera que le préfet peut se substituer à lui, en application des dispositions de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales. Tel avait d'ailleurs été le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance du 9 janvier 2014.

Le fait pour le maire de prendre un arrêté interdisant à tort la tenue d'un spectacle est susceptible d'engager la responsabilité du maire à l'égard de ses organisateurs. Le préjudice peut ici simplement résulter de la perte de recettes dont la victime se serait trouvée indûment privée. Pour certains spectacles, les sommes peuvent être substantielles.

Mais l'omission d'agir du maire est également de nature à engager la responsabilité de la commune, normalement pour faute simple ¹³. Le juge accepte de se situer encore sur le terrain de la

faute lourde s'il considère que l'activité de police administrative présente une difficulté particulière ¹⁴. Admettra-t-il que la difficulté inhérente à l'exercice de conciliation entre ordre public et liberté justifie, au moins dans certaines hypothèses, que la responsabilité de la commune ne soit engagée que sur le terrain de la faute lourde ? Rien n'est moins sûr. Dans l'hypothèse où le préfet interviendrait à la place du maire, il engagerait alors la responsabilité de la commune dans les mêmes conditions.

Il n'est pas certain, s'agissant de la légalité des mesures d'interdiction de spectacles, que les ordonnances commentées changent fondamentalement la donne pour les maires. Pour justifier une mesure d'annulation, deux conditions doivent être réunies : un contenu répondant aux conditions précitées (une atteinte particulièrement grave à la dignité humaine et/ou une provocation à la haine ou à la discrimination raciales), la quasi-certitude que l'artiste tiendra des propos de cet ordre sur scène. Compte tenu des libertés concernées et de leur importance dans une société démocratique, il appartient au maire de se livrer à un examen particulièrement approfondi de ces deux questions. Les mesures d'interdiction, conformément à l'esprit de la jurisprudence *Benjamin* qui n'est nullement remise en cause par les ordonnances commentées, ont sans doute vocation à demeurer en nombre limité.

Nous ne pouvons ici qu'inciter les maires à la plus grande prudence dans la mise en œuvre de la jurisprudence *Dieudonné* : à situation exceptionnelle, remède exceptionnel !

(11) CE 24 juin 1960, n° 42289, *Sté Frampar*, Lebon 412.

(12) CE 30 juin 2000, n° 222194, *Association Promouvoir*, Lebon 265 avec les concl. ; AJDA 2000. 609, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001. 590, et les obs., note E. Boitard ; RFDA 2000. 1282, note M. Canedo ; *Ibid.* 1311, obs. J. Morange.

(13) CE 28 nov. 2003, n° 238349, *Cne de Moissy Cramayel c/ Bellonga*, Lebon ; AJDA 2004. 988, note C. Deffigier ; BJCL n° 1/04 p. 60 avec les concl. de G. Le Chatellier.

(14) CE 20 oct. 1972, n° 80068, *Ville de Paris c/ Marabout*, Lebon 664.