

L'ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

par Gilles Le Chatelier

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

Le 16 mars 2020, le président Emmanuel Macron a demandé aux Français de se confiner, compte tenu de l'ampleur de l'épidémie de covid-19. D'abord au titre de sa police administrative générale¹ puis au titre d'une police administrative spéciale², créée pour l'occasion, le Premier ministre a interdit par décret « le déplacement de toute personne hors de son domicile ».

Cette restriction drastique des libertés individuelles n'avait finalement qu'un seul but : le maintien de l'ordre public. Objectif à valeur constitutionnelle³, l'ordre public est la pierre angulaire de la notion de police administrative.

Qu'il s'agisse de l'exercice d'une police spéciale ou générale, le périmètre de la notion d'ordre public évolue nécessairement au gré des époques et des enjeux auxquels la police administrative est confrontée. La diversification des préoccupations, l'importance des enjeux scientifiques et la complexité qui s'y attache, ont poussé dans les dernières années à la multiplication des polices spéciales, la pandémie de covid-19 n'en constituant que le dernier avatar. Les maires, premiers titulaires du pouvoir de police administrative générale, en ont subi les conséquences⁴.

Cette tendance s'est doublée d'une dynamique conduisant à faire évoluer le contenu même de la notion d'ordre public, venant orienter la conception traditionnelle d'un ordre public matériel vers une plus grande place donnée à un ordre public immatériel, pouvant faire craindre le retour d'une forme « d'ordre moral ».

■ Vers une dimension immatérielle de l'ordre public : le retour de l'ordre moral ?

Ordre public matériel – Aux termes de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

Cet article reprend les dispositions de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 en précisant le contenu, non limitatif, de l'ordre public général qui comprend notamment la sûreté, la sécurité et la tranquillité publique ainsi que la salubrité publique. Quant à la notion de « bon ordre », elle s'avère être plus abstraite et plus générale que les trois autres, laissant croire à une certaine liberté dans son appréciation et dans son utilisation.

Néanmoins, ce triptyque législatif – sécurité, tranquillité et salubrité publiques – correspond en réalité à ce qu'on a pris pour habitude de définir comme étant « l'ordre public matériel ».

Le Doyen Hauriou expliquait, à ce titre, que la police administrative générale n'a pas pour but de poursuivre un « ordre moral dans les idées et dans les sentiments » puisqu'elle « ne pourchasse pas les désordres moraux », étant « pour cela radicalement incompétente »⁵.

Et pourtant, le périmètre de cette notion a évolué au gré de l'évolution des enjeux auxquels est confrontée notre société. L'époque a changé, l'ordre public aussi. N'en déplaise à « l'orthodoxie libérale »⁶, la jurisprudence est venue apporter une dimension morale dans l'appréciation des comportements susceptibles de porter atteinte à la paix sociale⁷. En réalité, même confusément, on

perçoit que la distinction entre ordre public matériel et acceptation sociale de certains comportements ou agissements relève d'une frontière ténue qui n'a jamais été aussi infranchissable que la vision la plus traditionnelle du sujet pouvait laisser croire.

Dimension morale de l'ordre public – La moralité publique connaît très tôt un certain écho dans la jurisprudence puisque dès la première moitié du xx^e siècle, le maire a pu prendre des mesures de police administrative en cas d'atteintes portées à la décence :

- fermeture de lieux de débauche et de prostitution⁸ ;
- contrôle du caractère décent des inscriptions portées sur les monuments funéraires⁹ ;
- interdiction des projections cinématographiques représentant des agissements criminels¹⁰ ;
- interdiction des combats de boxe¹¹ ;
- limitation des activités de prostitution¹² ;
- ou prescription de règles particulières sur les plages publiques¹³.

La consécration de cette position résulte de la fameuse décision du Conseil d'État du 18 décembre 1959, *Société Les Films Lutétia*¹⁴, où le juge avait admis la possibilité pour le maire d'interdire la projection d'un film « à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales », alors même qu'il avait reçu le visa ministériel d'exploitation.

Toutefois, cette approche repose en réalité le plus souvent sur une conception dans laquelle l'atteinte à l'ordre public moral pourrait avoir des conséquences sur l'ordre public matériel : le trouble causé aux valeurs de

(1) Décr. n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, sur lequel AJDA 2020. 596.

(2) Décr. n° 2020-293 du 23 mars 2020 pris en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, sur lequel AJDA 2020. 656.

(3) Cons. const. 27 Juill. 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

(4) V., not., Y. Goutal, Covid-19 : le maire et l'ordre public, AJCT 2020. 330 ; G. Le Chatelier, Les pouvoirs de police du maire aux temps du covid-19, AJCT 2020. 250 ; A. Lami et F. Lombard, L'articulation des polices sanitaires depuis la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, AJCT 2020. 291.

(5) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 10^e éd., 1921, p. 471.

(6) *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, p. 12.

(7) V., sur l'ensemble de la question, B. Sellier, La notion de police administrative, RFDA 2015. 876.

(8) CE 17 déc. 1909, n° 28773, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris*, Lebon 911.

(9) CE, ass., 4 févr. 1949, n° 91208, *Dame Veure Moullis*, Lebon 52.

(10) CE 3 avr. 1914, n° 49603, *Astaix Kastor*, Lebon, Lebon 447.

(11) CE 7 nov. 1924, n° 78468, *Club indépendant sportif chalonnais*, Lebon 863.

(12) CE 11 déc. 1946, *Hubert et Crépelle*, Lebon 300 ; CE 30 sept. 1960, *Jauffret*, Lebon 504.

(13) CE 7 déc. 1938, 5^e *Castillon Plage*, Lebon 915 ; CE, sect., 30 mai 1930, n° 89673, *Beaugé*, Lebon 582.

(14) CE 18 déc. 1959, n° 36385, 5^e *Les films Lutetia et syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, Lebon.

certaines des habitants de la commune pourrait être de nature à susciter des réactions violentes susceptibles de générer des atteintes aux biens et aux personnes. Ainsi, l'atteinte à la moralité publique n'emporte pas toujours atteinte à l'ordre public, dès lors que l'existence d'un tel risque n'apparaît pas avec l'évidence requise, s'agissant d'une mesure portant atteinte, par nature rappelés-le, à l'exercice des libertés publiques.

Dans cet esprit, un arrêté municipal interdisant l'affichage d'une campagne de prévention contre le sida est illégal lorsque l'atteinte à la moralité ne s'accompagne pas d'un trouble à l'ordre public¹⁵.

Respect de la dignité humaine et ordre public immatériel – Au-delà, ce mouvement de moralisation de l'ordre public s'est poursuivi par l'admission par le Conseil d'État que «le respect de la dignité humaine est une des composantes de l'ordre public» et qu'un spectacle ne la respectant pas pouvait être interdit par le maire, y compris en l'absence de circonstances locales particulières¹⁶.

C'est ce même fondement qui a justifié l'interdiction pour un artiste de se produire sur scène en tenant des propos antisémites et «mentionnant de manière indigne la Shoah»¹⁷. Dans la même veine, le Conseil d'État a estimé que la mise en place de mesures, pour régler la situation des migrants de la «Jungle de Calais», imposait aux autorités de police générale «garantes du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine, de veiller, notamment, à ce que le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains et dégradants soit garanti»¹⁸.

(15) TA Montreuil, 9 nov. 2017, n° 1609168, *Préfet de la Seine-Saint-Denis, Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen c/ C^{oo} d'Aulnay-sous-Bois*, AJCT 2018. 106, obs. P. Noual.

(16) CE 27 oct. 1995, n° 136727, *C^{oo} de Morsang-sur-Orge*, Lebon avec les concl.; AJDA 1995. 942; *ibid.* 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux; *ibid.* 2014. 106, chron. M. Franc; D. 1995. 257; RFDA 1995. 1204, concl. P. Frydman.

(17) CE 9 janv. 2014, n° 374508, *Min. de l'Intérieur c/ S^{oa} Les Productions de la Plume*, Lebon; AJDA 2014. 79; *ibid.* 866; *ibid.* 129; *ibid.* 473, note J. Pettit; D. 2014. 86, obs. J.-M. Pastor; *ibid.* 155; *ibid.* 200; AJCT 2014. 157, obs. G. Le Chatellier; *Légipresse* 2014. 76; *ibid.* 221; RFDA 2014. 87; CE 9 nov. 2015, n° 376107, *Assoc. générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française chrétienne (AGRIF)*, Lebon; AJDA 2015. 2118; *ibid.* 2508, concl. A. Bretonneau; *ibid.* 2512, note X. Bloy; AJCT 2016. 220, obs. J. Gaté; RFDA 2016. 791, note P. Bon.

(18) CE 23 nov. 2015, n° 394540, *Min. de l'Intérieur*, Lebon; AJDA 2016. 556, note J. Schmitz; *ibid.* 2015. 2238; D. 2015. 2624; *ibid.* 2016. 336; RDSS 2016. 90, note D. Roman et S. Slama; CE 31 juill. 2017, n° 412125, *C^{oo} de Calais*, Lebon; AJDA 2017. 1594; D. 2018. 313; AJCT 2018. 51, obs. É. Péchillon.

(19) J.-E. Schoettl, *Réflexions sur l'ordre public immatériel*, RFDA 2018. 327.

(20) CE 26 août 2016, n° 402742, *Ligue des droits de l'homme, Assoc. de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, Lebon; AJDA 2016. 1599; *ibid.* 2122, note P. Gervier; D. 2016. 1704; *ibid.* 2017. 935; AJCT 2016. 508, obs. G. Le Chatellier; *ibid.* 529, tribune M.-A. Granger; *ibid.* 552, étude C. Alonso; *ibid.* 2019. 489, étude A. Fitte-Duval; RFDA 2016. 1227.

(21) CE, ord., 14 août 2017, n° 413354, *Dupont-Aignan*, AJDA 2018. 754, note D. Fallon.

(22) CE 16 avr. 2015, n° 389372, Lebon; AJDA 2015. 786; AJCT 2015. 400, obs. J. Gaté.

(23) TA Lille, 9 mars 2018, n° 1802009, AJCT 2018. 399, obs. D. Fallon.

On le voit ainsi, le respect du principe de dignité fait naître des obligations nouvelles et importantes dans le chef des autorités publiques.

La reconnaissance du principe constitutionnel de dignité comme fondement à l'intervention de mesures de police administrative change en réalité la donne, en considérant qu'une atteinte à celui-ci est en elle-même et indépendamment d'un risque éventuel de trouble à l'ordre public matériel, de nature à justifier l'interdiction d'exercer telle ou telle liberté publique.

En conclusion, la notion d'ordre public matériel semble aujourd'hui légèrement dépassée. Au triptyque classique de tranquillité, sécurité et salubrité publiques, la jurisprudence vient ajouter une dimension immatérielle en faisant de la moralité publique, «une quatrième composante de la notion d'ordre public», selon René Chapus, et du respect de la dignité humaine, une cinquième. Au-delà du caractère apparemment novateur du concept, il a été montré de manière fort convaincante que l'enracinement de l'ordre public immatériel dans notre droit résultait de l'ancienneté d'un certain nombre d'exigences collectives nationales¹⁹.

Toutefois, cette reconnaissance n'est pas sans limite. Si des autorités locales ont trouvé dans ces composantes de l'ordre public le moyen de fonder certaines initiatives plus ou moins heureuses, le Conseil d'État est venu cantonner cette tendance. À ce titre, il a censuré les arrêtés «anti-burkini»²⁰ pour revenir à une approche strictement matérielle de l'ordre public où ce dernier vient à nouveau rimer avec la signification traditionnelle de l'expression «maintien de l'ordre». Cette jurisprudence marque aussi clairement la volonté des juges du Palais-Royal de limiter ce que le développement d'une telle conception pourrait avoir de liberticide.

Comportement passif de l'administration – Il est également à noter que le comportement passif de l'administration dans l'exécution des mesures de police ne doit pas être constitutif d'une atteinte à la dignité humaine ou à la moralité publique. Encore faut-il démontrer l'existence d'une telle atteinte. Tel n'a pas été le cas s'agissant du refus d'interdire un camp d'été dit «décolonial»²¹ ou de l'exposition de pâtisseries représentant des personnages de couleur²² ou encore de l'organisation d'une soirée intitulée «la nuit des noirs»²³.

En parallèle, la juridiction administrative est venue redéfinir ces dernières années le périmètre du partage de compétence des autorités de police pour la sauvegarde des ordres publics relevant de la compétence de la police administrative générale et spéciale.

■ Ordre public général et ordre public spécial

L'ordre public général habilite les autorités de police compétentes à le défendre contre toute situation ou activité propre à le troubler. À l'inverse, les polices spéciales, comme leur dénomination le suggère, visent toujours une catégorie de personnes (police des étrangers), des risques particuliers (police environnementale ou sanitaire), liés à certaines activités (police du cinéma), situations (police des immeubles menaçant ruine) ou lieux (police des aéroports).

Ainsi, si l'ordre public général autorise, même sans texte, à prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnées à sa protection, les ordres publics spéciaux n'ont pas une telle portée. C'est au législateur de venir préétablir les actes qui peuvent être considérés comme nécessaires et proportionnés.

Exclusivité de la police administrative spéciale – Si l'intervention de la police générale, là où existent des polices spéciales, reste possible dans le cas où cette police spéciale ne garantit pas la sauvegarde de l'ordre public, en raison de circonstances locales

particulières²⁴, il est clair que, ces dernières années, la balance du juge a largement penché dans le sens de l'exclusivité en faveur d'un ordre public spécial²⁵.

La Haute assemblée, dans un arrêt du 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, avait considéré que le maire ne pouvait exercer ses prérogatives pour régir l'installation d'antennes relais sur le territoire communal, sans porter atteinte à la police spéciale des communications électroniques de l'État²⁶.

Cette dynamique s'est encore affirmée récemment dans l'affaire des compteurs Linky où le Conseil d'État a jugé que le maire ne pouvait intervenir, au titre de sa police générale, « via des décisions portant sur l'installation de compteurs électriques qui seraient destinées à protéger les habitants contre les ondes émises »²⁷.

Encore plus actuelle, la crise du coronavirus a été une nouvelle occasion, pour le juge administratif, de réduire une nouvelle fois à la portion congrue l'exercice des pouvoirs de police administrative générale du maire²⁸.

C'est ainsi que le tribunal administratif de Caen a rappelé que les volontés d'instituer des couvre-feux locaux pour endiguer la propagation du virus doivent être justifiées par l'existence de risques particuliers de troubles à l'ordre public ou de circonstances locales particulières²⁹. Le Conseil d'État a confirmé cette appréciation en durcissant les conditions dans lesquelles les pouvoirs de police du maire peuvent s'exercer, s'agissant de l'obligation du port du masque. Il a ainsi indiqué que la police spéciale sanitaire instituée par la loi du 23 mars 2020 « fait obstacle [...] à ce que le maire prenne au titre de son pouvoir de police générale des mesures destinées à lutter contre la catastrophe sanitaire »³⁰.

En tout état de cause, la juridiction administrative ne fait que matérialiser l'essence même de ce qu'est « l'ordre public spécial » et ce que doit être l'office des autorités compétentes en la matière. D'un certain point de vue, le Conseil d'État vient considérer qu'en prévoyant la nécessité et la proportionnalité des mesures pouvant intervenir pour le maintien d'un ordre public spécial, le législateur n'a laissé aucune place aux autorités de police générale. L'exercice de leurs pouvoirs par les autorités de police spéciale serait ainsi le

seul adapté à des situations qui requièrent souvent dans ces matières des compétences et des expertises dont ne disposent pas nécessairement les communes. Cette tendance, reposant sur la très grande technicité des matières en cause, réduit les capacités d'intervention des autorités de police administrative générale aux seules hypothèses de défaillance de l'autorité de police spéciale, ce qui ne correspond pas, à l'évidence, au cas commun.

Face à des demandes constantes d'intervention de la part de ses administrés, le maire est ainsi pris entre la complexification croissante de son office tenant à la plus grande présence d'une approche immatérielle de l'ordre public et une forme de mise à l'écart chaque fois que le traitement d'une situation difficile relève du champ de la police spéciale. Ce double mouvement ne facilite à l'évidence pas la tâche des maires....

(24) CE 18 déc. 1959, n° 36385, *S^e Les films Lutetia*, préc.

(25) V. le dossier Les concours de polices, AJDA 2020. 1211 s.

(26) CE 26 oct. 2011, n° 326492, *C^o de Saint-Denis*, Lebon; AJDA 2011. 2039; *ibid.* 2219, chron.; D. 2012. 2128; RDI 2012. 153; AJCT 2012. 37, obs. M. Mollner-Dubost. V., not., A.-S. Denolla, *Concours de polices en matière environnementale : quelle place pour le maire ?*, AJCT 2019. 370.

(27) CE 11 juill. 2019, n° 426060, *C^o de Cast*, Lebon; AJDA 2019. 1479; AJCT 2019. 579, obs. O. Didrèche.

(28) A. Lami et F. Lombard, *L'articulation des polices sanitaires depuis la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020*, préc.

(29) TA Caen, ord., 31 mars 2020, n° 2000711, *Préfet du Calvados*, AJDA 2020. 757; AJCT 2020. 250, pratique G. Le Chatellier; *ibid.* 291, pratique A. Lami et F. Lombard. V., égal., TA Nantes, ord., 24 avr. 2020, n° 2004365, *Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2020. 863; AJCT 2020. 250, préc.; TA Nantes, ord., 28 avr. 2020, n° 2004501, *Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2020. 863; AJCT 2020. 250, préc.

(30) CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, *C^o de Sceaux*, AJDA 2020. 815; *ibid.* 1013, note B. Faure; D. 2020. 883; AJCT 2020. 250, préc.; *ibid.* 291, préc.

COVID-19 : LE MAIRE ET L'ORDRE PUBLIC

par Yvon Goutal

Avocat au barreau de Paris, professeur des universités associé en droit public (Reims)

La crise sanitaire que nous traversons a donné lieu à d'abondants questionnements juridiques, parfois nouveaux, mais le plus souvent assez classiques ou du moins récurrents. Il en est allé ainsi du maintien de l'ordre public, et du rôle des maires face à cette situation de crise nouvelle.

En bonne notion « fonctionnelle »¹, l'« ordre public » est, il est vrai, souvent retravaillé par le législateur et par le juge, en fonction des circonstances de l'époque. Et le doyen Maurice Hauriou aurait bien du mal à retrouver dans le droit positif la définition qu'il en donnait en 1927 dans son *Précis de droit administratif* : « L'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur. [...] La police [...]

n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel. [...] En d'autres termes, elle ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées ».

À côté de l'ordre « matériel » a en effet été ajoutée une véritable composante « morale » de l'ordre

(1) J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, 24 févr. 2017, introduction du colloque « L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation ».