

# CORRIGÉ DU GALOP DU 27 MARS 2021

## EPREUVE DE DROIT PUBLIC

### *Proposition de corrigé*

#### **Accroche possible**

« *Il est des temps où l'autorité de l'Etat est plus féconde pour la liberté que toutes les règles traditionnelles, ou plutôt que tous les excès auxquels peuvent conduire les règles traditionnelles* », affirme Michel Debré à propos de l'état d'urgence mis en place par le Général De Gaulle en 1961. Par ces mots, Michel Debré alors Premier ministre met en exergue le côté protecteur des libertés de l'état d'urgence, qui n'est dès lors pas une exception à l'Etat de droit mais précisément la réponse de l'Etat de droit aux circonstances exceptionnelles.

#### **Définitions**

Ordre public au sens de la police administrative. Définition historique liée au pouvoir du maire dans le CGCT.

Art. 6 du code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » =/ Moyens d'ordre public.

#### **Enjeux**

Le candidat doit, en premier lieu, s'interroger sur les évolutions du concept d'ordre public, son passage d'une dimension matérielle à une dimension plus immatérielle, avec notamment l'ajout composante de la dignité humaine. J. Morand-Deville, *Droit administratif*, 2011 : « *Evolutif, son contenu varie en fonction d'un certain consensus social* », ce qui n'est pas sans poser question sur la latitude laissée à l'administration et au juge. Le candidat peut également s'interroger sur l'utilité d'étendre ce concept, pour s'adapter à de nouveaux enjeux (intégration/vivre-ensemble comme dans le cas de l'interdiction du voile intégral ou lutte contre certains propos comme dans le cas de l'affaire Dieudonné).

Comme futur haut-fonctionnaire, le candidat au concours de l'ENA doit d'abord se poser la question du point de vue de l'administration : quelle latitude ce concept offre-t-il à la puissance publique ? En quoi cela sert-il l'intérêt général ? Trop de copies se sont contenté de disserter sur les risques en termes de droits et libertés, sans évoquer la nécessité, pour l'administration, de recourir à ses pouvoirs pour rétablir/préserver l'ordre public.

Ce sujet s'inscrit également dans le contexte de la crise sanitaire et de la tentative de concilier les droits et libertés avec les exigences d'ordre public. Le candidat doit donc noter que c'est la préservation de l'ordre public qui justifie le renforcement des pouvoirs de police en temps de crise.

Le candidat doit également exposer l'extension des pouvoirs du juge en matière de contrôle des pouvoirs de police. La dimension européenne du sujet est donc également importante.

## Problématique possible

L'une des évolutions principales réside dans l'extension de l'ordre public au-delà de son acception matérielle (tranquillité, sécurité et salubrité publiques). Dans quelle mesure cette extension ne fait-elle pas peser sur le pouvoir de police administrative le soupçon d'engendrer un ordre moral ?

## Plan

Un plan possible pour englober ces différents sujets : La préservation de l'ordre public traditionnel, qui est « matériel et extérieur », justifie la mise en œuvre de pouvoirs de polices générale et spéciale (I). Si la notion d'ordre public est strictement encadrée par la jurisprudence, elle pourrait permettre d'affirmer davantage les valeurs essentielles à la vie en société, sans aller jusqu'à un ordre moral. (II)

\*

\* \*

## I. La préservation de l'ordre public traditionnel, qui est « *matériel et extérieur* », justifie la mise en œuvre de pouvoirs de polices générale et spéciale

### A. L'ordre public est avant tout « matériel et extérieur », ce qui implique l'accroissement des pouvoirs de police de l'administration en cas de crise

#### 1. L'ordre public est d'abord « *matériel et extérieur* »

Traditionnellement, et sur le fondement de cette définition, le juge a cantonné l'ordre public à son élément « *matériel et extérieur* » (Maurice Hauriou). Son **contenu classique** a été fixé par la loi du 4 avril 1884 et figure désormais à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques.* »

Parmi les « **nouveaux** » **types de trouble à l'ordre public**, qui sont susceptibles de motiver l'édition de mesures de police administrative, on peut notamment citer :

- la **mendicité**, qui si elle n'est pas nouvelle, n'est plus pénalement réprimée depuis 1994, ce qui a engendré un contentieux administratif au sujet des arrêtés anti-mendicité qui peuvent être légaux s'ils ne sont pas trop généraux ;
- les **mineurs**, qui ont pu faire l'objet de « couvre-feu » ;
- Les **raves parties** et **apéritifs festifs**, qui, comme toutes manifestations, doivent faire l'objet d'une déclaration préalable en préfecture.

Les juges font application, chacun à leur façon de la nécessité de préserver l'ordre public :

- notion consacrée par le juge constitutionnel dans sa décision CC, 18 janvier 1995, *Loi de programmation et d'orientation relative à la sécurité*, en tant qu'« objectif à valeur constitutionnel ». Le **Conseil constitutionnel** y fait notamment figurer « la sécurité des personnes et des biens » (CC, 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*) ainsi que la sécurité de l'Etat (CC, 1989, *Loi sur l'immigration*) ;

- la **CJUE** semble également avoir fait sienne cette conception de l'ordre public puisqu'elle le définit par référence à l'existence d'une « *menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société* » (CJCE, 2000, *Commission c/ Royaume de Belgique*).

- les articles 8 à 10 de la **CEDH** retiennent, au titre des motifs susceptibles de justifier des atteintes aux droits et libertés qu'ils protègent, la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection de la santé.

Cette conception de l'ordre public peut aller jusqu'à interdire des activités porteuses de troubles pour la personne qui les pratique (cf. *infra*, CE, 1995, *Commune de Morsang sur Orge*). Ainsi, le juge a-t-il jugé légaux les actes obligeant les conducteurs de deux roues motorisés à porter un casque et ceux d'un véhicule terrestre à moteur, la ceinture de sécurité (CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonnette*).

Par ailleurs, l'autorité détentrice du pouvoir de police est contrainte de prendre les mesures susceptibles de garantir l'ordre public, il ne s'agit pas d'une simple faculté : CE, 14 décembre 1962, *Doublet*.

## **2. La préservation de l'ordre public justifie le renforcement des pouvoirs de police en temps de crise**

La préservation de l'ordre public peut nécessiter, pour l'administration, un renforcement des pouvoirs de police. Tel peut être le cas sur un fondement jurisprudentiel ou législatif (état de siège et état d'urgence).

## **B. L'encadrement du pouvoir de police général s'est couplé à la prolifération des polices administratives spéciales**

### **1. L'ordre public est circonscrit par la jurisprudence au travers de la réglementation du pouvoir de police générale**

Le juge en progressivement précisé les contours. Le juge a refusé de faire de l'ordre public :

- un ordre public moral. La notion de moralité est quasiment absente de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'ordre public car cette notion est éminemment subjective. Elle a été employée notamment dans les arrêts CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant châlonnais* (légalité d'un arrêté municipal interdisant les combats de boxe car « *contraires à l'hygiène morale* ») et CE, 18 novembre 1959, *Société Films Lutetia* (« *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* »). Reconnaître un ordre public

moral reviendrait à verser dans « *l'inquisition et l'oppression des consciences* » (M. Hauriou) ;

- un ordre public économique. La puissance publique ne saurait donner pour seul objectif à une mesure de police administrative une finalité économique. Le Conseil d'Etat a ainsi fondé la légalité du règlement instituant une vitesse limite de circulation non pas sur l'objectif d'économiser du carburant, mais sur celui de prévenir des accidents de la circulation. Il a par ailleurs rappelé que les mesures de police (dans une affaire de réglementation des affichages) devait être conciliées avec la liberté du commerce et de l'industrie (CE, 22 novembre 2000, *Société L. et P. Publicité*) ;

- un ordre public esthétique, sauf si un texte particulier le prévoit (protection d'un site...). Par exemple, le Conseil d'Etat a dénié au maire la possibilité, sur le fondement de son pouvoir de police administrative, le type de monuments pouvant être construits dans le cimetière communal (CE, 18 février 1972, *Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de Haute-Garonne* : le maire n'a pas le pouvoir « *de limiter, pour des raisons de caractère esthétique, le type de monuments ou de plantations que peuvent faire placer sur les tombes les personnes titulaires d'une concession...* »).

Le juge a donc cantonné la notion d'ordre public à la sécurité, à la tranquillité et à la salubrité publiques, entendues de manière objective, triptyque qui a été dégagé par le juge administratif.

## **2. Il s'est cependant adapté à la diversité des troubles potentiels par la multiplication des polices spéciales**

Contrairement au pouvoir de police administrative générale, les spéciales sont circonscrites à des secteurs particuliers : personnes (étrangers, nomades), activités (chasse, affichage...), lieux (aéroports, sites...) ou bâtiments (monuments historiques, installations classées pour la protection de l'environnement...). Elles sont par ailleurs instituées par des textes particuliers et posent donc moins de problèmes, au regard des libertés publiques, que la police administrative générale.

Il faut rappeler qu'on appelle « *police* » aussi bien des activités matérielles (vérifications d'identité, surveillance de manifestations...) que des activités réglementaires (réglementation du stationnement...) ou administratives (délivrance d'autorisations, de permis...).

Par exemple, les **installations classées pour la protection de l'environnement** font l'objet d'une police administrative particulière, qui est confiée au préfet de département par les lois du 19 juillet 1976 et du 30 juillet 2003 sur la prévention des risques technologiques. Selon leur dangerosité, ces installations doivent faire l'objet d'une déclaration préalable ou d'une autorisation préalable délivrée par le préfet. Ce dernier dispose également d'un pouvoir de sanction vis à vis de ces dernières, qui peut aller jusqu'à leur fermeture provisoire ou définitive.

\*\*\*\*

**II. Si la notion d'ordre public demeure strictement encadrée par la jurisprudence, elle gagnerait à être élargie à une dimension immatérielle pour affirmer les valeurs essentielles à la vie en société**

## A. La notion d'ordre public demeure strictement encadrée par la jurisprudence

### 1. Le juge opère un contrôle renforcé sur les mesures de police administrative

Le contrôle juridictionnel exercé sur les mesures de police est particulièrement approfondi (**contrôle de proportionnalité** ou contrôle maximal), dans la mesure où l'exercice de libertés est en cause. Le juge vérifie donc que la mesure litigieuse est strictement nécessaire au maintien de l'ordre public (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*). Ce contrôle de proportionnalité s'exerce pour la police générale comme pour la police spéciale (par exemple en matière de police des étrangers : CE, 1991, *Belgacem*). Ce contrôle de proportionnalité entre libertés et ordre public a également été mis en œuvre au niveau constitutionnel (CC, 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*).

Dans le cadre de ce contrôle, le juge se montre **hostile aux interdictions générales et absolues**, d'après l'adage selon lequel «*la liberté est la règle et la mesure de police, l'exception* », ces interdictions étant rarement proportionnées aux menaces de trouble à l'ordre public. Ainsi, le juge a qualifié de voie de fait une saisie de journaux dans l'ensemble du département de la Seine, alors que des troubles à l'ordre public pouvaient avoir lieu dans seulement quelques quartiers de Paris (TC, 8 avril 1935, *Action française*). De même, alors que l'interdiction générale des photographes-filmeurs est illégale à Montauban, sur le fondement du principe de liberté du commerce et de l'industrie (CE, 22 juin 1951, *Daudignac*), tel n'est pas le cas au Mont-Saint-Michel durant la saison touristique, en raison de l'affluence des touristes et de l'existence d'une seule voie de circulation (CE, 13 mars 1968, *Epoux Leroy*).

Récemment, le juge a **renforcé le contrôle opéré** sur les domaines que l'on qualifiait de «*haute police* », que sont notamment la police des étrangers et des publications étrangères. On est ainsi passé d'un contrôle restreint, de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 2 novembre 1973, *Société Librairie Maspero*, pour ce qui est des publications étrangères), à un contrôle normal (CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*).

2. Des outils ont été développés pour permettre au juge de concilier respect de l'ordre public et garantie des droits et libertés

Le **référé-liberté** (art.L.521-2 du CJA) permet de préserver, en urgence, les libertés publiques, notamment face aux mesures de police administrative qui font obstacle à leur exercice. En cas d'atteinte à une liberté, ce référé contraint le juge à statuer dans les 48 heures. Le juge peut délivrer un ordre de faire, de ne pas faire et octroyer une indemnité. Quatre conditions sont nécessaires :

- L'urgence ;
- Une liberté fondamentale doit être en cause ; - L'atteinte à cette liberté doit être grave ;
- Elle doit être manifestement illégale.

Le juge a admis que la **responsabilité** de la puissance publique puisse être engagée en cas de mesure de police fautive. Différents cas de figure peuvent être distingués :

- la **faute simple** peut suffire, par exemple en cas de carence du maire pour prendre les mesures de polices propres à faire cesser le bruit causé par des installations sportives (CE, 2003, *Commune de Moissy Cramayel*) ou à organiser la circulation à proximité d'une école (CE, 1980, *Chevrier*) ;
- la **faute lourde** est exigée pour les activités matérielles de police exercées dans des conditions difficiles (CE, 13 mars 1925, *Clef*). En effet, « *pour s'acquitter de la lourde tâche de maintenir l'ordre dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action éternuée par des menaces permanentes de complications contentieuses* » (Concl. Rivet sur cet arrêt).

Il faut également mentionner les cas de **responsabilité sans faute**, par exemple dans les cas où l'utilisation d'**armes à feu** par les forces de police fait courir aux tiers, étrangers à l'opération de police, des risques tels que le régime retenu sera celui de la responsabilité sans faute (CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*).

## **B. La notion d'ordre public pourrait permettre d'affirmer davantage les valeurs essentielles à la vie en société, sans aller jusqu'à un ordre moral.**

### **1. Avec la dignité humaine, la notion d'ordre public a été enrichie d'un élément immatériel**

Le juge a admis que l'ordre public non matériel puisse conforter une interdiction principalement fondée sur les **troubles à l'ordre public matériel**. En témoigne l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat du 5 janvier 2007, *Association « Solidarité des français »*, dans l'affaire dite de la « *soupe au cochon* » (« *l'arrêté contesté prend en considération les risques de réactions à ce qui est conçu comme une démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public* »), confirmée par la CEDH (CEDH, 16 juin 2009, *Association Solidarité des Français*).

Allant plus loin, dans son célèbre arrêt relatif au lancer de nain, le Conseil d'Etat a incorporé dans la notion d'ordre public le respect de la **dignité de la personne humaine** (CE, 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*). Contrairement aux autres composantes de l'ordre public, la dignité de la personne humaine ne nécessite pas l'existence de circonstances locales particulières.

En reconnaissant aux autorités de police municipale le pouvoir d'interdire des spectacles susceptibles de troubler les consciences parce qu'ils portent atteinte à la dignité de la personne humaine, le Conseil d'Etat a montré que l'ordre public ne pouvait se définir comme purement « *matériel et extérieur* » mais recouvrait une **conception de l'homme**, que les pouvoirs publics doivent faire respecter. Il n'a toutefois pas consacré la moralité publique comme une composante de la notion d'ordre public, se gardant ainsi d'interpréter trop largement les pouvoirs de police de l'autorité administrative.

### **2. La création d'un véritable ordre public « immatériel » permettrait de donner une assise juridique à des principes essentielles à la vie en société**

Dans son *Etude sur les possibilités juridiques d'interdire la dissimulation du visage dans l'espace public* (2010), le Conseil d'Etat évoque la possibilité que, sous la variété de ses aspects,

l'ordre public réponde « à un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société, qui, comme par exemple le respect du pluralisme, 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. » Il s'agirait « d'exigences fondamentales du contrat social, implicites et permanentes ».

On pourrait illustrer cette conception de l'existence d'un « **ordre public immatériel** » par trois décisions du Conseil constitutionnel :

- CC, 13 août 1993, *loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* où le Conseil constitutionnel estime que les « conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie » ;

- CC, 9 novembre 1999, *loi relative au pacte civil de solidarité*. Le Conseil constitutionnel a jugé que le nouvel article 515-3 du code civil « vise à assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes, au nombre desquelles figure, en particulier, la prohibition de l'inceste » ;

- CC, 7 octobre 2010, *loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. Le Conseil constitutionnel juge que cette interdiction répond à un objectif de préservation de l'ordre public, sans l'expliciter.

Il faut remarquer que, dans tous les cas cités, l'interdiction était générale et absolue et ne dépendait aucunement de circonstances locales particulières.

Ainsi que le remarque le Conseil d'Etat, « une telle conception, formalisée, aboutirait ainsi, de manière inédite, à retenir une définition « positive » de l'ordre public non plus seulement comme « rempart » contre les abus procédant de l'exercice sans limites des libertés mais comme le socle d'exigences fondamentales garantissant leur libre exercice. »