"L’ordre public : regards croisés du Conseil d’État et de la Cour de cassation"

24/02/2017

Allocution prononcée par M. Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation en ouverture du colloque organisé par la Cour de cassation et le Conseil d’Etat

Monsieur le ***Vice-président***,

Monsieur le ***Procureur général***,

Mesdames et Messieurs les ***présidents***,

Mes ***chers collègues***,

Mesdames, ***Messieurs***,

La Cour de cassation et le Conseil d’Etat ont désormais inscrit dans leurs relations l’usage des regards croisés.

Regards sur des questions importantes et transversales intéressant à la fois le juge judiciaire et le juge administratif.

Cet usage est né récemment, lorsqu'un colloque a saisi l'occasion du dixième anniversaire de la loi du 4 mars 2002 pour se pencher sur le thème suivant : « Santé et justice : quelles responsabilités ? ».

Le succès de cette première manifestation commune a permis deux ans plus tard l'organisation d'une seconde rencontre consacrée à la sanction.

Puis, en 2015, les débats qui se sont déroulés au Conseil d'Etat ont porté sur « l'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? ».

C'est donc aujourd'hui une quatrième rencontre de partages et d'échanges que nous consacrons à l'ordre public.

Notion omniprésente dans le droit public et le droit privé, à laquelle la Cour de cassation a consacré l'étude de son rapport 2013.

Cependant, la simple consultation des dictionnaires juridiques permet de constater la complexité de la notion d'ordre public.

Elle ne se laisse pas facilement enfermer dans une géométrie simple et sa définition est malaisée.

Les civilistes conçoivent l'ordre public, au regard de l'article 6 du code civil, comme une norme impérative, parce que protégeant une valeur fondamentale, à laquelle les conventions particulières ne peuvent pas déroger sous peine de nullité. Le doyen Carbonnier le percevait classiquement comme « une présence : la présence d'un être moral, le peuple, la société, l'Etat, dans l'espace ouvert à la liberté des contrats ».

Les publicistes se réfèrent surtout à l'ordre public pour définir les pouvoirs de police exercés par les autorités administratives en vue du maintien, précisément, de l'ordre public. Définition donnée dès la loi du 5 avril 1884[1] à la police municipale : « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

La police administrative se distingue ainsi classiquement de la police judiciaire[2] dont la mission est, selon l'article 14 du code de procédure pénale, 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 ».

C'est bien en effet du maintien de l'ordre dont il est ici question dans cet ordre public de l'Etat. L'individu est subordonné à cet ordre public dit de direction comme il est subordonné à l'Etat.

Par ailleurs, si la définition de l'ordre public varie, il en est de même de son origine.

La loi peut s'auto-déclarer impérative ou d'ordre public afin notamment de ne pas permettre aux parties de déroger à une protection légalement instituée. Cet ordre public dit de protection a connu une évolution importante, particulièrement en matière économique et sociale, il a peu à peu imprégné le droit de la consommation, le droit des baux, le droit du travail… Il agit alors dans un souci de rétablissement de l'équilibre contractuel, pour protéger une partie préjugée plus vulnérable.

Mais cette protection légale, d'abord catégorielle, s'est étendue peu à peu à la population entière pour la défendre contre les actes présentant une nuisance pour tous, par exemple en matière de santé ou d'environnement.

Toutefois, le développement de cet ordre public de protection générale n'est pas seulement issu de la loi. Il est également le fait du juge - judiciaire, administratif ou constitutionnel - qui érige lui-même en principes généraux des valeurs sociales latentes et en mouvement. Ainsi en est-il par exemple du respect de la dignité de la personne humaine,

appelé à connaître de vastes développements depuis l'arrêt du Conseil d'État, Commune de Morsang[3].

Ainsi, à côté d'un ordre public classique de l'Etat, destiné à sa propre protection, se développe un ordre public de l'individu, entendu isolément ou collectivement, qui s'éloigne de la conception traditionnelle attachée à préserver l'ordre établi, pour appréhender la défense des libertés individuelles devenues centrales dans le nouvel ordre public démocratique, ordonné toujours plus autour des droits de la personne face à ceux de l'Etat.

L'évolution de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui est à cet égard emblématique. Après avoir refusé la transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une convention de gestation pour autrui[4], au nom de l'ordre public d'Etat, la jurisprudence, entrainée par la Cour européenne des droits de l'homme[5], a condamné l'atteinte que cet ordre public d'Etat portait aux droits de l'enfant à sa vie privée. Le Conseil d'Etat[6], suivi par la Cour de cassation[7], admettent désormais que la convention de gestation pour autrui ne constitue pas un obstacle à la transcription de l'acte de naissance.

Cet exemple illustre le rôle fondamental qu'exerce dans l'évolution de l'ordre public, la Cour européenne des droits de l'homme. Ce rôle s'exprime notablement dans le droit de la presse qui sera abordé au cours de débats d'aujourd'hui. Le juge européen bouscule les limites traditionnelles de la liberté d'expression dès lors qu'un débat d'intérêt général est en cause et qu'il ouvre à lui seul un droit à l'information qui s'impose comme une composante nouvelle fondamentale de ce nouvel ordre public opposé aux ingérences de l'Etat[8].

S'inscrivant dans ce mouvement, la Cour de cassation a, par un arrêt de l'assemblée plénière du 16 décembre 2016, fait prévaloir cette conception nouvelle en admettant le droit de l'avocat à critiquer le fonctionnement de l'institution judiciaire, à l'occasion d'une affaire où les propos critiqués « portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante »[9].

La Cour européenne des droits de l'homme organise ainsi elle-même la confrontation des deux ordres publics, celui de l'Etat et celui de l'individu, à travers la notion de proportionnalité qui opère à la manière d'une ligne de partage.

C'est la notion de proportionnalité qui permet en effet désormais de mesurer le champ des atteintes légitimes aux libertés par l'ingérence de l'ordre public de l'Etat, ainsi que l'a clairement énoncé récemment le Conseil d'Etat dans une décision du 26 août 2016 à propos du burkini[10].

Cependant, on aurait tort d'analyser le mouvement de promotion de l'ordre public individuel comme limitant la protection de l'ordre public général.

En réalité, il s'opère un transfert de domaine de cet ordre public général.

Ainsi, l'apologie du terrorisme a quitté la matière du droit de la presse pour intégrer le code pénal[11], marquant la sortie de ce phénomène du champ de la liberté d'expression pour intégrer celui de la protection sociale.

Cette protection de la Nation contre les atteintes qui sont portées à sa sécurité, renforce l'ordre public de l'Etat, en freinant le développement sans limite d'un ordre public protecteur des droits et libertés individuels.

Il apparaît ainsi qu'en matière d'ordre public, il s'est établi un équilibre instable. Equilibre de notions, équilibre de droits, équilibre de valeurs protégées. Il revient au juge, gardien des droits et libertés individuels, le devoir d'assurer, en fonction des circonstances, l'équilibre juste dans un contexte donné de l'évolution sociale grâce au levier que lui fournit le contrôle de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel vient de le rappeler dans une décision du 10 février 2017 portant sur une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la chambre criminelle de la Cour de cassation[12]. Il a déclaré contraire à la Constitution, un texte du code pénal[13] créant un délit de consultation habituelle de sites internet terroristes, en ce que ses dispositions portaient une atteinte disproportionnée à la liberté de communication[14].

De la sorte, aujourd'hui plus que jamais, le juge doit tenir avec précaution entre ses mains la balance mouvante de la justice. Le thème que vous avez choisi de traiter s'inscrit bien de cette manière au cœur de la problématique et de l'actualité judiciaire. Je souhaite donc à cette journée d'échanges le plein succès qu'elle mérite.

---

[1] Termes repris par l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales.

[2] Voir notamment sur cette question : CE, 11 mai 1951, Consorts Baud ; TC, 7 juin 1951, Dame Noualek ; TC, 5 décembre 1977, Demoiselle Motsch.

[3] CE, 27 octobre 1995, n° 136727, Commune de Morsang sur Orge.

[4] Cass., 1re Civ., 6 avril 2011, pourvois n° 09-66.486, n° 10-19.053 et n° 09-17.130.

[5] CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, affaire Mennesson c. France (requête n° 65192/11) et affaire Labassee c. France (requête n° 65941/11).

[6] CE, 12 décembre 2014, n° 365779.

[7] Cass., Ass. Plen., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et n° 15-50.002.

[8] Voir par exemple : CEDH, 11 décembre 2013, Krone Verlag GmbH & KG c. Autriche CEDH, grande chambre, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France.

[9] Cass., Ass. Plen. , 16 décembre 2016, pourvoi n° 08-86.295.

[10] CE, ordonnance du 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.

[11] Article 421-2-5 du code pénal.

[12] Cass., Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 16-90.024.

[13] L'article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2016.

[14] Conseil constitutionnel, décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017

Regarder le discours du Premier président M. Bertrand Louvel

L'ordre public : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation Propos introductifs Bertrand LOUVEL, premier président de la Cour de cassation

---

Colloques | Discours

Vidéos

Par Bertrand Louvel