

Fondée par
Georges Burdeau
Professeur honoraire
de l'Université
de droit, d'économie,
et de sciences sociales
de Paris

BIBLIOTHÈQUE
CONSTITUTIONNELLE
ET DE
SCIENCE POLITIQUE
TOME 149

Dirigée par
Jacques Robert
Professeur émérite
de l'Université
Paris II Panthéon-Assas,
Président honoraire
de l'Université

L'ORDRE PUBLIC IMMATÉRIEL EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Marie-Odile Peyroux-Sissoko

Maître de conférences en Droit public à l'Université de Lorraine

Membre de l'IRENEE

Chercheur associé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

*Avant-propos de
Laurent Fabius*

Président du Conseil constitutionnel

*Préface de
Bertrand Mathieu*

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne



Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2018

LGDJ une marque de
Lextenso

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT	V
AVANT-PROPOS DU PRÉSIDENT	VII
PRÉFACE	IX
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	XI
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1

PARTIE 1 UNE NOTION FONCTIONNELLE

TITRE 1 : L'ÉMERGENCE PROGRESSIVE DE LA DIMENSION IMMATÉRIELLE DE L'ORDRE PUBLIC	53
Chapitre 1. Le contexte d'apparition d'une conception immatérielle de l'ordre public.....	55
Section 1. La recherche d'un équilibre permettant l'épanouissement des droits et libertés.....	56
§ 1. <i>Une stabilité délicate à établir : un équilibre lié à la nature de l'État...</i>	56
A. Sortir de l'État de police.....	57
B. Garantir structurellement les droits et libertés dans l'État ...	60
§ 2. <i>Une stabilité difficile à maintenir : un équilibre mis à l'épreuve par la subjectivisation du droit.....</i>	65
A. La thèse de l'évolution du rapport droit objectif/droits subjectifs vers l'extension des droits subjectifs.....	65
B. Une évolution renforcée par l'absence de hiérarchie entre les droits et libertés constitutionnels	72
Section 2. Un déséquilibre au détriment de la pérennité du système juridique...	76
§ 1. <i>L'affaiblissement de la collectivité</i>	77
§ 2. <i>Le risque d'un essoufflement de l'État de droit</i>	81
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	87

Chapitre 2. La consécration d'une conception immatérielle de l'ordre public.....	89
Section 1. Une conception récemment reconnue	89
§ 1. <i>Les limites des fondements juridiques existants</i>	90
A. L'insuffisance des fondements traditionnels.....	90
1. La difficulté à fonder certaines interdictions au champ d'application matériel restreint : les cas du voile intégral et du "burkini"	91
a) <i>Le fondement de la laïcité</i>	91
b) <i>Les fondements de la dignité et de l'égalité</i>	93
c) <i>Le fondement de la sécurité publique</i>	96
2. La difficulté à fonder l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public	97
B. Les incertitudes d'une justification par le jeu des droits et libertés	100
1. Le principe d'égalité tenu en échec par la liberté personnelle...	100
2. Le principe de dignité entendu dans sa conception subjective	102
3. L'ordre public lié à la liberté de manifester ses convictions...	108
§ 2. <i>Le recours nécessaire à la dimension immatérielle de l'ordre public</i>	110
A. La recherche d'un fondement solide à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public.....	111
1. Le rejet par le Conseil d'État d'une conception s'éloignant de l'ordre public classique	111
a) <i>L'ordre public non matériel</i>	111
b) <i>La conception renouvelée de l'ordre public</i>	113
2. La dimension immatérielle de l'ordre public, fondement assumé par le législateur	116
B. La validation de la dimension immatérielle de l'ordre public comme fondement à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public.....	123
1. L'existence de la dimension immatérielle de l'ordre public confirmée à l'occasion des contentieux relatifs à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public	123
a) <i>Une reconnaissance par le Conseil constitutionnel</i>	124
b) <i>Une confirmation par le juge conventionnel</i>	129
2. La pérennité de la notion confirmée postérieurement à l'affaire de la dissimulation du visage dans l'espace public	133
Section 2. Une conception en attente de reconnaissance.....	138
§ 1. <i>Les prémices dans la jurisprudence constitutionnelle</i>	138
§ 2. <i>Les prémices dans les jurisprudences administrative et judiciaire</i>	146
A. Les extensions de la notion d'ordre public dans la jurisprudence administrative.....	146
B. L'utilisation par la jurisprudence judiciaire d'un ordre public entendu <i>lato sensu</i>	154

CONCLUSION DU CHAPITRE 2	163
CONCLUSION DU TITRE 1	165
TITRE 2 : LA FONCTION DE L'ORDRE PUBLIC IMMATÉRIEL : RÉTABLIR DES ÉQUILIBRES	167
Chapitre 1. La fonction substantielle essentielle de l'ordre public immatériel	171
Section 1. Une protection de la société par le renforcement du droit objectif	172
§ 1. <i>La limitation et la protection des droits et libertés, fonctions communes à l'intérêt général et aux deux dimensions de l'ordre public</i>	173
§ 2. <i>L'objectivation de droits individuels, fonction inédite de l'ordre public immatériel</i>	181
Section 2. une protection de la société favorisant l'avènement d'un système de valeurs objectives	193
§ 1. <i>Reconnaître l'existence de valeurs irriguant le système juridique</i>	196
A. La reconnaissance des valeurs dans la philosophie et la sociologie	196
B. La saisine des valeurs par le droit.....	200
§ 2. <i>Promouvoir un système de valeurs articulé avec le système de valeurs des droits et libertés subjectifs individuels</i>	206
A. L'émergence d'un système de valeurs objectives	207
B. Les conséquences d'un système de valeurs objectives.....	215
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	221
Chapitre 2. Les fonctions institutionnelles accessoires de l'ordre public immatériel	223
Section 1. La fonction habilitante de l'ordre public immatériel.....	224
§ 1. <i>L'ordre public matériel, norme implicite d'habilitation</i>	224
A. Définition de la norme d'habilitation	225
B. Qualification de l'ordre public matériel en tant que norme <i>implicite d'habilitation</i>	227
1. Habilitation du pouvoir réglementaire et des autorités administratives	227
2. Habilitation du pouvoir législatif	229
§ 2. <i>L'ordre public immatériel, norme d'habilitation à prendre des mesures de police</i>	232
A. L'existence de textes constitutionnels habilitant l'acteur juridique à intervenir en vue de garantir l'ordre public immatériel...	233
B. L'insuffisance des textes constitutionnels : le recours nécessaire à l'ordre public immatériel en tant que norme d'habilitation à prendre des mesures de police.....	234

Section 2. La fonction de rééquilibrage des rapports institutionnels de l'ordre public immatériel.....	238
§ 1. <i>La place centrale du juge</i>	239
§ 2. <i>L'impact de l'ordre public immatériel sur les rapports entre le pouvoir juridictionnel et les autres pouvoirs</i>	244
Section 3. La fonction de réserve de compétence nationale de l'ordre public immatériel.....	250
§ 1. <i>La place de l'ordre public immatériel dans les droits européens</i>	251
A. L'existence d'une notion d'ordre public dans les droits européens	251
B. La nature de l'ordre public retrouvé dans les droits européens	254
§ 2. <i>L'ordre public immatériel, une notion opposable aux droits européens</i>	258
A. La reconnaissance d'une réserve d'ordre public au bénéfice des États.....	259
B. Les droits européens limités par le recours à l'ordre public immatériel	264
1. L'ordre public immatériel, réserve de compétence nationale	265
2. L'ordre public immatériel, réserve complémentaire avec l'identité constitutionnelle.....	275
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	283
CONCLUSION DU TITRE 2	285
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	287

PARTIE 2 UNE NOTION AUTONOME

TITRE 1 : ESSAI DE DÉFINITION DE L'ORDRE PUBLIC IMMATÉRIEL	291
Chapitre 1. Une notion au contenu ouvert et hétérogène	293
Section 1. Les composantes déjà intégrées dans l'ordre public immatériel	295
§ 1. <i>La moralité publique</i>	295
§ 2. <i>La dignité de la personne humaine</i>	299
§ 3. <i>Les prohibitions de la polygamie et de l'inceste</i>	307
§ 4. <i>La protection de symboles de la République : le drapeau tricolore et l'hymne national</i>	308
§ 5. <i>Les exigences minimales de la vie en société</i>	314

Section 2. L'intégration possible de nouvelles composantes	330
§ 1. <i>La liberté</i>	331
§ 2. <i>L'égalité</i>	334
§ 3. <i>La laïcité</i>	337
A. Les interactions entre principe de laïcité et ordre public	338
B. La « <i>Nouvelle Laïcité</i> », dimension immatérielle de l'ordre public ?	343
§ 4. <i>L'incertitude relative à la place accordée à la cohésion nationale et à la tradition républicaine</i>	347
A. La cohésion nationale	348
B. La tradition républicaine	351
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	355
Chapitre 2. Une notion constitutionnellement ancrée	357
Section 1. Des fondements textuels multiples	358
§ 1. <i>La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, première source de l'ordre public immatériel</i>	360
A. La liberté des articles 2 et 4	360
B. L'enracinement inédit à l'article 5	363
C. L'article 10, un fondement classique au renfort de fondements originaux	368
§ 2. <i>Le préambule de 1946</i>	372
A. Le premier alinéa, base textuelle du principe de dignité de la personne humaine	372
B. Le troisième alinéa, autre source constitutionnelle de l'égalité	376
C. Le dixième alinéa, texte de rattachement de l'interdiction de la polygamie	379
§ 3. <i>Le texte de 1958</i>	382
A. L'article 1 ^{er} de la Constitution	382
B. L'article 2 de la Constitution et les symboles de la République	384
Section 2. Une multiplicité n'affectant pas la cohérence de l'ordre public immatériel	387
§ 1. <i>La dimension constitutionnelle de l'ordre public immatériel</i>	387
A. La valeur juridique de l'ordre public et la thèse de l'« ordre public constitutionnel »	387
B. Les liens entre l'« <i>ordre public constitutionnel</i> » et l'ordre public immatériel	390
§ 2. <i>Les autorités compétentes à définir l'ordre public immatériel</i>	394
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	403
CONCLUSION DU TITRE 1	405

TITRE 2 : ESSAI DE CONSTRUCTION DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'ORDRE PUBLIC IMMATÉRIEL	407
Chapitre 1. Utiliser l'ordre public immatériel	411
Section 1. L'atténuation de la portée de la distinction entre police générale et polices spéciales	411
Section 2. L'assouplissement des conditions d'intervention de la mesure de police	419
§ 1. <i>Les conditions préalables à la mesure de police</i>	419
A. La particularité du trouble à l'ordre public immatériel.....	420
B. Le changement d'angle d'approche de l'atteinte.....	427
§ 2. <i>Les circonstances locales particulières : une exigence inopérante</i>	430
Conclusion du Chapitre 1	441
Chapitre 2. Limiter la portée et les conditions du recours à l'ordre public immatériel	443
Section 1. La limite tenant au champ d'application de l'ordre public immatériel.....	443
§ 1. <i>L'espace public, un espace indéterminé et fluctuant permettant une application large de l'ordre public immatériel</i>	444
§ 2. <i>La vie privée, une notion à consolider en vue de la limitation de l'ordre public immatériel</i>	450
Section 2. Les limites tenant à l'exercice du contrôle juridictionnel	456
§ 1. <i>La neutralisation partielle du contrôle de proportionnalité par l'ordre public immatériel</i>	459
A. Un contrôle de proportionnalité au degré élevé en matière d'ordre public matériel.....	460
1. La reconnaissance précoce d'un degré de contrôle élevé...	460
2. Les variations du degré du contrôle juridictionnel.....	466
B. Un contrôle de proportionnalité au degré abaissé en matière d'ordre public immatériel	470
1. Le caractère général et absolu des mesures fondées sur l'ordre public immatériel.....	470
2. La portée limitée du contrôle de proportionnalité effectué lorsqu'est invoqué l'ordre public immatériel.....	475
§ 2. <i>Le renforcement possible du contrôle juridictionnel de l'ordre public immatériel</i>	488
Section 3. les limites tenant à la formulation de l'ordre public immatériel	494
§ 1. <i>Les limites paralysant l'ordre public immatériel</i>	495
A. Constitutionnaliser la notion d'ordre public immatériel	495

B. Contraindre l'autorité de police au respect de procédures particulières.....	498
1. Consacrer l'intervention de plusieurs autorités de police.....	499
2. Recourir à l'expertise	501
3. Recourir à la participation du public.....	503
§ 2. <i>Les limites encadrant l'ordre public immatériel</i>	506
A. Réglementer le recours à l'ordre public immatériel.....	507
B. Faciliter l'identification de l'ordre public immatériel.....	510
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	513
CONCLUSION DU TITRE 2	517
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	519
CONCLUSION GÉNÉRALE	523
BIBLIOGRAPHIE	531
INDEX DE JURISPRUDENCE	567
INDEX THÉMATIQUE	581