

II.6.2. Les bonnes mœurs

- 142.** Les bonnes mœurs et la morale occupent une place très discrète en droit public, en ce compris dans les jurisprudences de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH.

La moralité publique et les bonnes mœurs se manifestent quasiment exclusivement en droit pénal et protègent surtout l'intégrité sexuelle.^{2/346}

Elles se manifestent par un ensemble de règles de comportement, vaguement circonscrites, qui trouveraient leur origine dans "l'opinion commune" des personnes qui vivent ensemble.^{2/347}

Il semble plus réaliste d'admettre que les règles de comportement, "partagées" par l'opinion commune, émergent et dépendent des décisions, qui sont prises par les personnes qui ont contrôlé et/ou contrôlent le pouvoir politique. Elles déterminent ce qui convient et ce qui ne convient pas dans le vivre ensemble. Leur appréciation se transforme en règles de comportement, qui distinguent le bien du mal dans la communauté concernée.

Leur autorité politique fait que ces personnes deviennent les "porte-paroles" de l'opinion commune.

Très souvent ces règles de comportement ^{2/348} sont reprises par des lois impératives ou prohibitives, mais elles peuvent aussi se transmettre par la tradition ou par la coutume. Il arrive assez souvent qu'elles survivent l'autorité politique, qui en est l'auteur quand les nouveaux gouvernants s'en accommodent.

On distingue la morale collective ou publique, la morale d'un groupe (surtout professionnel) ^{2/349} et la morale individuelle. Cet ouvrage s'intéresse à la morale collective, également appelée "les bonnes mœurs".

La morale collective s'adresse aux personnes qui se trouvent sous l'autorité d'un même pouvoir politique. Ses règles de comportement sont contraignantes, peu importe leur forme. Souvent reprises par une loi impérative ou prohibitive, les bonnes mœurs parviennent à traverser les siècles comme une notion générale, dont le respect s'impose.

Puisqu'elle est faite de règles de comportement qui ordonnent ou prohibent, la morale collective interfère avec l'exercice des droits et des libertés de leurs

^{2/346} Le Titre VII du Livre 2 du Code pénal belge, consacré aux crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique.

^{2/347} Voy infra nos 240-241.

^{2/348} Appelée : en droit "les bonnes mœurs".

^{2/349} Généralement qualifiée de déontologie ou d'éthique.

titulaires.^{2/350} Ils devront tenir compte des bonnes mœurs d'autant plus que la Convention EDH retient les bonnes mœurs comme une cause de restriction, dont les Etats-membres peuvent se servir quand ils estiment qu'il est nécessaire d'interdire ou de limiter un exercice particulier de certains droits ou libertés.

II.6.2.1. Cc 8 novembre 2000

- 143.** Une loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs a fait l'objet d'un recours en suspension devant la Cour constitutionnelle. Le secteur reprochait au législateur une atteinte discriminatoire à la liberté de commerce et de l'industrie, ainsi qu'au droit à la propriété.
Leurs griefs n'ont pas été retenus par la Cour. ^{2/351}

Sa décision mérite d'être citée :

"B.10. La liberté de commerce et d'industrie ne peut pas être conçue comme une liberté absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que la loi règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Le législateur ne violerait la liberté de commerce et d'industrie que s'il limitait celle-ci sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée au but poursuivi.

Les jeux de hasard qui aboutissent à un gain ou à une perte pécuniaire étant l'exploitation d'une faiblesse humaine pouvant entraîner des conséquences très graves pour certaines personnes et leur famille, ils constituent un danger social tel qu'en cette matière, ce sont les mesures restrictives et non les permissives qui sont les plus aisées à justifier".

et la Cour de poursuivre :

"Ni la liberté d'association garantie par l'article 27 de la Constitution, ni le droit de propriété n'empêchent davantage le législateur de réglementer une activité représentant un danger pour la société.

Cette intervention législative peut se justifier par la nécessité d'assurer la protection de la moralité et les droits et libertés d'autrui".

et encore

"B.17. L'article 43 (ancien article 52 du Traité C.E.) ne s'oppose pas à ce que, pour des motifs d'intérêt général, des règles soient fixées concernant l'organisation, la compétence, l'éthique professionnelle et le contrôle, pour autant que ces règles professionnelles soient applicables à tous ceux qui sont établis sur le territoire de l'Etat où le service est institué".
^{2/352}

^{2/350} Ce qui change, bien entendu, la nature de la morale collective.

^{2/351} Cc 8 novembre 2000, n° 113/2000.

^{2/352} Ib, B.10, B.16 in fine et B.17; souligné par l'auteur.

144. Adroitement, la Cour constate que les jeux de hasard exploitent une faiblesse humaine pouvant entraîner des conséquences très graves pour les joueurs et leurs familles. Elle les qualifie de danger social et de danger pour la société.

L'exploitation de jeux de hasard incarne ce danger : par leur activité dangereuse, les exploitants ^{2/353} externalisent des risques, coûts, pertes et dommages sur les joueurs et leurs familles.

Ils sont "gagnants" ; ils s'enrichissent et ils appauvrissent les joueurs en exploitant leur faiblesse humaine, alors qu'ils savent que leur activité lucrative peut avoir des conséquences gravement préjudiciables pour les joueurs et leurs familles.

Leurs actes et comportements causent donc intentionnellement des dommages à des joueurs et à leurs familles. Ils empiètent intentionnellement sur l'exercice futur de leurs droits et libertés.

La qualification retenue par la Cour constitutionnelle se défend. Les actes et les comportements des exploitants de jeux de hasard sont contraires à la moralité et à l'éthique professionnelle. Ils heurtent les bonnes mœurs et l'ordre public.

Il n'est dès lors pas surprenant que le législateur intervient.

Il est toutefois étonnant qu'il se limite à des restrictions et qu'il n'interdit pas purement et simplement cette activité illicite. S'il n'appartenait pas à la Cour de prendre cette décision à la place du législateur, elle aurait pu l'inviter, de façon motivée, à l'interdire.

L'absence d'interdiction a l'effet contraire.

En déclarant raisonnables les mesures restrictives, imposées par le législateur, la Cour avalise l'exploitation de la faiblesse humaine des joueurs et sa répercussion sur leurs familles.^{2/354}

Le mal est par ailleurs d'une autre nature : l'exploitation de jeux de hasard est immorale et illicite parce qu'elle repose sur des dommages que les exploitants infligent intentionnellement aux joueurs (et, par répercussion, à leurs familles).

En démocratie, les autorités publiques ne devraient pas participer à des activités de ce type, qui s'attaquent nécessairement et intentionnellement à l'exercice futur des droits et libertés des victimes (les joueurs) et de leurs familles.

^{2/353} Personnes physiques ou morales et, dans ce dernier cas, leurs actionnaires et administrateurs.

^{2/354} Ce dilemme est inhérent à l'intervention législative : en régulant, le législateur s'associe à l'activité, l'acte ou le comportement régulé. Avant de réguler, il faut donc de tirer au clair la compatibilité d'une activité, d'un acte ou d'un comportement avec les principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

6.2.2. Cour EDH 30 janvier 2018

- 145.** Des publicités commerciales qui heurtent la moralité publique sont interdites en droit lituanien.^{2/355}

Une entreprise fut sanctionnée à la suite de trois publicités qui reprenaient des symboles religieux, empruntés au catholicisme. Cet emprunt fut déclaré contraire à la moralité publique par la justice lituanienne.

Après l'épuisement des recours internes, l'entreprise sanctionnée s'adressa à la Cour EDH, se plaignant d'une violation de la liberté d'expression (article 10 Convention).

Comme elle l'avait déjà fait au sujet de l'ordre public ^{2/356}, la Cour a relevé que la "moralité publique" est une notion qui présente une certaine imprécision, mais qu'il est irréaliste d'attendre du législateur national une énumération exhaustive des actes ou des situations qui portent atteinte à la moralité publique.

Elle ne s'est cependant pas prononcée sur le degré de précision de la loi lituanienne, considérant que cette question était secondaire à la condition de la nécessité de la restriction dans une société démocratique.^{2/357}

La Cour a en effet décidé que la restriction de la liberté d'expression au motif que la moralité publique était bafouée, n'était, en l'espèce, pas nécessaire dans une société démocratique.^{2/358}

Elle a constaté que les magistrats lituaniens voulaient essentiellement protéger les sentiments et les convictions des fidèles catholiques.

Elle a mis en balance la liberté de pensée et de religion, le droit à la vie privée des fidèles catholiques et la liberté d'expression de l'entreprise sanctionnée.

Eu égard aux circonstances (la nature de la publicité, sa portée, l'importance de la religion catholique en Lituanie...) elle a souligné que les personnes de confession catholique doivent accepter que d'autres personnes s'expriment au sujet de leur religion d'une façon qui peut déplaire. La Cour confirmait ainsi l'application horizontale des droits et libertés en démocratie.

- 146.** Par cette décision, la Cour EDH fait de la moralité publique une notion orpheline. Elle considère, d'une part, qu'il s'agit d'une notion (générale) qui présente une certaine imprécision et déclare qu'elle n'est pas convaincue de la prévisibilité de l'application que le pouvoir judiciaire lituanien en fait, mais elle souligne, d'autre part, qu'il est irréaliste d'attendre du législateur national une

^{2/355} "Advertising shall be banned if 1) it violates public morals".

^{2/356} Voy supra nos 140-141 : Cour EDH 15 octobre 2015, Kudrevicius/Lituanie.

^{2/357} Cour EDH 30 janvier 2018, Sekmadienis/Lituanie, §§ 66-68. La Cour n'a pas été convaincue par l'argument de l'Etat-membre qu'il était prévisible pour l'entreprise que l'utilisation de symboles religieux dans une publicité commerciale serait jugée contraire à la moralité publique.

^{2/358} Ib, §§ 75-83.

énumération exhaustive des actes ou situations qui portent atteinte à la moralité publique.

La prévisibilité de l'application future de la moralité publique ne donne pas un contenu, un sens et une portée aux bonnes mœurs. Elle permet tout au plus de se prononcer sur l'accessibilité et la précision des bonnes mœurs tout en se tenant loin de leur définition.

Finalement la Cour décide de ne pas se prononcer sur le caractère accessible et précis de la moralité publique, se tournant vers la nécessité de la restriction dans une société démocratique.

Ce désordre aurait pu être évité en analysant la moralité publique (les bonnes mœurs) comme un ensemble de règles de comportement qui interdisent des actes, comportements, activités, situations... qui, à court, moyen ou long terme, notamment par leur répétition ou leur généralisation, portent atteinte à la réalisation des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques ou sont susceptibles d'avoir cet effet.

Dans le cas d'espèce, la Cour EDH a donné la préférence à la liberté d'expression de l'entreprise, au motif que les fidèles catholiques doivent accepter que d'autres personnes s'expriment au sujet de leur religion d'une manière déplaisante.

La liberté d'expression n'étant pas illimitée, la Cour aurait toutefois dû vérifier si l'entreprise n'avait pas méconnu les restrictions que la moralité publique lituanienne impose à son exercice.

Les éléments suivants pouvaient intervenir dans cette appréciation. Il est probable que le recours dans une publicité commerciale à des symboles religieux exprime le souhait de l'entreprise de capter l'attention et l'intérêt d'acheteurs potentiels.

Peut-être contreproductif ou de mauvais goût dans un pays "catholique", mais une entreprise commerciale n'a certainement pas l'intention de décourager ou de déplaire à des clients potentiels par une atteinte à leurs valeurs ou convictions religieuses.

Si la publicité commerciale se présente, au contraire, comme un "cartoon" animé par l'intention de blesser les sentiments et les opinions des fidèles catholiques, cette violence excéderait les limites de la liberté d'expression, ce que les bonnes mœurs, en tant que cause de justification, mettent en exergue.

Dans son arrêt du 30 janvier 2018, la Cour a manqué l'occasion de mettre en évidence ce rôle important que peuvent jouer les bonnes mœurs dans le vivre ensemble démocratique.

II.6.3. L'intérêt général

II.6.3.1. La Cour constitutionnelle

147. Alors que l'ordre public et les bonnes mœurs n'apparaissent qu'exceptionnellement dans la jurisprudence de la Cour, l'intérêt général est omniprésent dans ses arrêts.^{2/359}

Elle se réfère volontiers à l'intérêt général, aux exigences d'intérêt général, aux raisons impérieuses d'intérêt général, aux tâches d'intérêt général, aux raisons d'intérêt général, aux objectifs d'intérêt général... quand elle se prononce sur le caractère raisonnable d'une différence de traitement ou d'une ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté : est "raisonnable" la loi qui est d'intérêt général.

Parfois la Cour donne un début d'explication ^{2/360}, mais elle pense sans doute que l'intérêt général fait partie des évidences, de sorte qu'il serait inutile de s'attarder sur son contenu, son sens et sa portée.^{2/361}

Pourtant la Cour a déjà critiqué le législateur lorsqu'il se réfère à l'intérêt général, en soulignant que l'intérêt général présente un risque d'insécurité publique.^{2/362}

Personne n'a contredit la Cour, mais que fait la Cour de cette jurisprudence quand elle se sert à son tour de l'intérêt général ?

La Cour a manifestement un faible pour "la raison impérieuse d'intérêt générale". Elle a notamment admis que le législateur peut écarter le secret professionnel pour une raison impérieuse d'intérêt général à condition que la restriction est proportionnée à l'objectif poursuivi ^{2/363} ou qu'une ordonnance qui protège la personne âgée répond à une raison impérieuse d'intérêt général en adoptant des normes qualitatives et quantitatives auxquelles doivent répondre, avant toute exploitation, les établissements qui accueillent ces personnes.^{2/364}

Son l'inclinaison pour la raison impérieuse d'intérêt général s'explique par la jurisprudence de la Cour de justice et par l'article 4 de la Directive 2006/123/CE

^{2/359} Qu'elle appelle parfois "l'intérêt public" ou "l'intérêt de la société".

^{2/360} Par exemple en se référant à la qualité de l'enseignement et à la diversité des élèves (Cc 19 octobre 2017, n° 124/2017, B.7.1) ou à la protection de la sécurité publique (Cc 28 mai 2019, n° 88/2019, B.11.1 à B.12.1 ; Cc 19 juillet 2017, n° 98/2017, B.53).

^{2/361} Faisant ainsi de l'intérêt général un argument d'autorité : est d'intérêt général ce que la Cour déclare d'intérêt général.

^{2/362} Cc 3 mars 2016, n° 34/2016, B.7.3 et B.9.2; Cc 21 mai 2015, nos 68, 69 et 70/2015.

^{2/363} Cc 26 septembre 2013, n°127/2013, B.31.2.

^{2/364} Cc 23 janvier 2014, n° 6/2014, B.31.1 et B.31.2.

du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, qui retient comme raisons impérieuses d'intérêt général : "des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de service et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle".

- 148.** Pour plusieurs raisons ^{2/365}, la jurisprudence de la Cour de justice et l'article 4 de la Directive 2006/123/CE sont à éviter.

Est-ce en effet justifié que la Cour constitutionnelle se soumet à l'interprétation que la Cour de justice donne aux raisons impérieuses d'intérêt général ? Ne devrait-elle pas déterminer l'intérêt général en fonction des seuls principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques qui sont inhérents à et consacrés par la Constitution, que la Cour de justice ne prend pas en considération ?^{2/366}

Il reste, par ailleurs, à expliquer pour quelles (bonnes ou mauvaises) raisons l'UE considère qu'il appartient à son pouvoir judiciaire ^{2/367} d'identifier les raisons impérieuses d'intérêt général de l'ensemble des Etats-membres ?

Du même mystère relèvent les raisons de la Cour de justice, de l'UE ou de la Cour constitutionnelle qui estiment que la protection de l'intérêt général ne saurait justifier en soi une différence de traitement ou une ingérence. Pourquoi faut-il une "raison impérieuse d'intérêt général" ? Quel critère, accessible et précis, permet de distinguer l'intérêt général et la "raison impérieuse d'intérêt général" ?^{2/368}

L'article 4 de la Directive 2006/123/CE est, en outre, un fourre-tout de notions, laissées sans définition et sans structure. Ses rédacteurs n'ont même pas pris la peine de reprendre comme "raisons impérieuses d'intérêt public" les droits et les libertés des citoyens européens ou les valeurs et les objectifs qui figurent aux articles 2 et 3 TUE.

^{2/365} Voy ci-après nos 304-310.

^{2/366} Voy supra n° 55.

^{2/367} Organe sans aucune représentativité démocratique.

^{2/368} Il ne se trouve pas dans la Directive 2006/123/CE ou dans la jurisprudence de la Cour de justice.

L'énumération suscite de nombreuses questions, alors qu'elle est censée apporter des réponses. De quel intérêt général s'agit-il par ailleurs : de l'intérêt général étatique ou de l'intérêt général européen ?

Les conflits qui se produisent inévitablement entre les différentes "raisons impérieuses d'intérêt général" que l'article 4 énumère 2/³⁶⁹, ne sont pas abordés ou résolus.

L'article 4 n'est finalement rien d'autre qu'une délégation de pouvoir tacite et contestable, qui justifié après coup la jurisprudence de la Cour de justice, qui a introduit la raison impérieuse d'intérêt général en droit européen dérivé. Il ne fait que confirmer l'autorité que cette Cour s'est attribuée, notamment en cette matière. 2/³⁷⁰

- 149.** L'intérêt général n'a pas besoin de raisons impérieuses, de détours, d'approximations ou d'arguments d'autorité.

La Cour constitutionnelle le sait par ailleurs. La loi est d'intérêt général lorsqu'elle est suffisamment accessible et précise, nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et se caractérise par une adéquation pertinente et proportionnelle entre la mesure restrictive et l'objectif légitime poursuivi. 2/³⁷¹

Avec ces quatre paramètres la Cour sonde non seulement le caractère "raisonnable" de la loi qui établit une différence de traitement ou une ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté, mais aussi et surtout sa compatibilité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qui déterminent l'intérêt général en démocratie.

L'intérêt général n'ajoute rien à ces paramètres. Il résume, au contraire, leur application dans un cas d'espèce, ce qui facilite le débat et la discussion entre juristes, qui maîtrisent – par hypothèse – les quatre paramètres.

Quand cette connaissance (technique) fait défaut, l'intérêt public devient rapidement une source de malentendus. Chacun donne alors à l'intérêt général la signification qui lui convient et, le plus souvent, ne prend pas la peine de vérifier si sa conception de l'intérêt général est partagée par son interlocuteur. De cette manière, l'intérêt général devient une notion "girouette" et vague. Avec des phrases bien tournées, juristes et politiciens peuvent lui faire dire quasiment

2/³⁶⁹ La protection de l'environnement se heurte, par exemple, souvent à la propriété intellectuelle ; la santé publique se heurte, notamment en temps de pandémie, aux transactions (même loyales) et à la politique culturelle.

2/³⁷⁰ "Constitue une raison impérieuse d'intérêt général, la raison impérieuse d'intérêt général qu'il plaie à la Cour de justice de qualifier de "raison impérieuse d'intérêt général".

2/³⁷¹ Voy supra nos 87-102.

tout. Il appartiendra finalement aux Cours suprêmes de faire le tri et de “déclarer” l’intérêt général, au cas par cas.

Substituant le résultat au raisonnement à suivre (les quatre paramètres), il n’est même pas certain que les hautes juridictions vérifient la conformité de leur raisonnement avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.^{2/372}

II.6.3.2. La Cour EDH

150. L’intérêt général n’est pas repris comme une cause de restriction dans la Convention.^{2/373}

La Cour EDH n’a toutefois pas résisté aux sirènes de l’intérêt général lorsqu’elle applique la Convention, comme le démontrent les exemples suivants :

- “... et, à cet égard, la Cour rappelle que l’article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d’expression dans le domaine du discours politique ou de questions d’intérêt général. (...) La Cour estime qu’il existe un intérêt public impérieux à veiller à ce que le parlement, tout en respectant les exigences de la liberté de parole, puisse fonctionner correctement et accomplir sa mission dans une société démocratique”.^{2/374}

et

- “L’absence d’autorisation préalable et “illégalité” consécutive de l’action ne donnent pas carte blanche aux autorités, lesquelles demeurent limitées par l’exigence de la proportionnalité découlant de l’article 11. Il convient donc d’établir les raisons pour lesquelles la manifestation n’avait pas été autorisée dans un premier temps, l’intérêt général en jeu et le risque que comportait le rassemblement”.^{2/375}

et encore

- “Les questions concernant le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique, relèvent de l’intérêt général. A cet égard, il convient de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer”.^{2/376}

Dans un arrêt du 8 novembre 2016, la Cour a même doté l’intérêt général d’une définition : “ont trait à un intérêt public les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu’il peut légitimement s’y intéresser, qui éveillent son

^{2/372} Voy supra nos 108-110 et 131-132.

^{2/373} Voy supra n° 66.

^{2/374} Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, §§ 144-146 (souligné par l’auteur).

^{2/375} Cour EDH 15 octobre 2015, Kudrevicius/Lituanie, § 151 (souligné par l’auteur).

^{2/376} Cour EDH 23 avril 2014, Morice/France, §§ 124-139 (souligné par l’auteur).

attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité...“ 2/377

Cette définition a le mérite d'exister et de souligner que “le bien être“ des “célébrités“ et autres faits divers ne font pas partie de l'intérêt général. Il concerne, au contraire, le “bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité“.

La Cour ne va cependant pas jusqu'au bout de son raisonnement et donne ainsi l'impression que la détermination du “bien-être des citoyens“ ou de “la vie de la collectivité“ dépend de sa sagesse.

Le vivre ensemble (la vie de la collectivité) et le bien-être des citoyens ont une signification précise et incontournable en démocratie. Ils sont l'expression des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques. La Cour, les Etats-membres et leurs ressortissants qui donneraient à l'intérêt général, au bien-être des citoyens ou à la vie de la collectivité une signification qui heurte ou heurterait ces principes, finalité et règles de fonctionnement, se détournent de la démocratie.

La définition de l'intérêt général devrait dès lors se référer, expressément, aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

- 151.** Puisque les Etats-membres peuvent restreindre le droit à la propriété dans l'intérêt général (article 1^{er} PPA), la Cour a précisé comment elle perçoit “le bien-être des citoyens“ ou “la vie de la collectivité“ en cette matière.

La Cour distingue trois règles dans l'article 1^{er} PPA.2/378

Elle déduit le droit à la jouissance tranquille des biens, détenus en propriété, de la première phrase du premier alinéa 2/379 (première règle).

La deuxième règle se trouve dans la deuxième phrase du premier alinéa qui énonce que “nul ne peut être privé de sa propriété que pour l'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux de droit international“.

Elle concerne, en d'autres mots, la privation, totale ou partielle, de la jouissance tranquille des biens détenus en propriété.

Le deuxième alinéa de l'article 1^{er} PPA énonce la troisième règle, qui reconnaît aux Etats-membres le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt

2/377 Cour EDH 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie, §§ 160-163.

2/378 Notamment : Cour EDH 14 novembre 2017, P. Plaisir BV/Pays Bas, § 64.

2/379 “Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens“.

général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

Ces trois règles s'appliquent à toute forme de propriété (individuelle, partagée, collective/commune...), et à tous les biens corporels et incorporels ^{2/380}, existants ou futurs. ^{2/381}

La Cour décèle un "lien" ^{2/382} entre les trois règles. Ce lien implique, selon la Cour, que les deuxième et troisième règle sont à interpréter en conformité avec la première règle. ^{2/383}

Elle impose ainsi sa préférence pour "la jouissance tranquille des biens, détenus en propriété" (première règle) aux Etats-membres qui, dans l'intérêt général, veulent restreindre le droit à la propriété et son exercice.

Elle n'explique toutefois pas ce "lien". Elle ne fait par ailleurs aucune allusion au bien-être des citoyens ou à la vie de la collectivité quand elle applique les trois règles.

- 152.** La Cour décide que toute restriction du droit à la propriété doit reposer sur un "équilibre équitable entre l'intérêt général et la protection effective du droit de propriété" ou sur une "proportionnalité raisonnable entre la mesure restrictive décidée par un Etat-membre et les objectifs qu'il poursuit" ^{2/384}, qu'elle détermine bien entendu.

Les termes (équilibre équitable ; proportionnalité raisonnable) n'ont pas été choisis par hasard. Ils garantissent à la Cour la plus grande liberté d'appréciation.

Malgré son histoire peu vertueuse ^{2/385}, le droit à la propriété fait partie des droits et libertés.

^{2/380} Les créances et les attentes légitimes ("intérêts") qui ont une valeur patrimoniale sont protégées par le droit à la propriété.

^{2/381} Voy notamment Cour EDH 7 juin 2018, O'Sullivan Mc Carthy Mussel Development Ltd/Irlande, §§ 85-91 ; Cour EDH 14 mai 2013, NKM/Hongrie, §§ 32-35 ; Cour EDH 29 mars 2010, Depalle /France, §§ 62-68.

^{2/382} Introduisant ainsi une hiérarchie entre les trois règles, fondée sur l'idée (erronée – voy supra n° 68) que l'exception confirme la règle et qu'elle est dès lors sujette à une interprétation restrictive.

^{2/383} Voy notamment Cour EDH 14 novembre 2017, P. Plaisir BV/ Pays Bas, § 64

^{2/384} Il en résulterait, notamment en matière fiscale, que l'impôt (visé par la troisième règle) ne peut pas devenir une mesure de confiscation arbitraire ou une charge déraisonnable qui, dans les conditions d'espèce, détériore fondamentalement la situation financière d'une personne (Cour EDH 14 mai 2013, NKM/Hongrie, § 42 ; Cour EDH 14 novembre 2017, P. Plaisir BV/Pays Bas, § 65).

^{2/385} U. MATTEI et A. QUARTA, *The turning point in private law*, 11-54; K. PISTOR, *The code of capital*, 23-41; J. HICKEL, *Less is more. How degrowth will save the world*, Windmill, Londres, 2021, 39-55.

Conçu par la Cour comme le droit à la jouissance tranquille des biens détenus en propriété, ce droit 2/³⁸⁶ se fonde sur le besoin et la valeur essentielle de la sécurité. Le droit à la vie, l'interdiction de torture, l'interdiction d'esclavage et de travail forcé, le droit à la liberté et à la sûreté.... ont le même fondement. L'importance du droit à la propriété n'est toutefois pas supérieure à celle des autres droits et libertés.2/³⁸⁷

Pour quelles raisons la restriction du droit à la propriété par un Etat-membre dépend-elle, dans ces conditions, d'un critère d'appréciation particulier, à savoir un "équilibre équitable entre l'intérêt général et la protection effective du droit de propriété" ou "une proportionnalité raisonnable entre la restriction et les objectifs qu'elle poursuit " ?

Pour quelles raisons n'est-il pas suffisant que la restriction du droit à la propriété résulte d'une règle juridique accessible et précise, qu'elle est légitime et nécessaire dans une société démocratique et qu'une adéquation pertinente et proportionnelle existe entre la restriction et le but légitime poursuivi par le législateur ?

Pourquoi la Cour procède-t-elle avec deux poids et deux mesures ?

Elle a manifestement voulu développer ces critères spécifiques, réservés aux restrictions qui touchent l'exercice du droit à la propriété, parce qu'ils lui permettent de prendre des décisions en cette matière, sans qu'elle doive se soucier de la légitimité et de la nécessité de la restriction (litigieuse) dans une société démocratique. 2/³⁸⁸

La légitimité de la restriction et son caractère nécessaire dans une société démocratique "se perdent" dans son appréciation de "l'équilibre équitable entre l'intérêt général et la protection effective du droit de propriété" ou dans la proportionnalité raisonnable entre la mesure restrictive imposée au droit de propriété et les objectifs de l'Etat-membre.

L'intérêt général, tel qu'il apparait dans l'arrêt du 8 novembre 2016 2/³⁸⁹, ne coïncide manifestement pas avec celui, qui est visé par l'article 1^{er} PPA dans l'interprétation que la Cour donne à cette disposition.

2/³⁸⁶ Comme la grande majorité des autres droits et libertés, accordés par la Convention et ses protocoles additionnels.

2/³⁸⁷ Chaque droit, chaque liberté a un "noyau dur", qui entre en conflit avec les "noyaux durs" d'autres droits et libertés (voy. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 475-484.

2/³⁸⁸ Et du respect des principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

2/³⁸⁹ Voy supra n° 150.

6.4. Troisième conclusion

153. La Cour constitutionnelle et la Cour EDH confirment, implicitement, que l'ordre public, les bonnes mœurs et l'intérêt général concernent l'organisation du vivre ensemble.

Ce vivre ensemble est organisé par les personnes qui contrôlent le pouvoir politique. L'organisation qu'elles mettent en œuvre, produit nécessairement un ordre public, des bonnes mœurs et un intérêt général.

Les bonnes mœurs (la morale collective) disciplinent les actes et les comportements au sein du vivre ensemble au moyen de normes de comportement, qui s'imposent aux personnes qui font partie du vivre ensemble. Leur force contraignante est maximale quand elles sont reprises par des règles de droit ^{2/390} impératives ou prohibitives, qui réalisent et restreignent l'exercice par les titulaires de leurs droits et libertés. ^{2/391} Il est toutefois possible que l'exercice d'un droit ou d'une liberté heurte les bonnes mœurs, alors même que le titulaire reste dans les limites des lois impératives et prohibitives.^{2/392}

L'ordre public est le résultat "organisé" que le pouvoir politique obtient par l'exécution simultanée des règles de droit impératives et prohibitives, qu'il impose aux personnes qui se trouvent sous son autorité.

Lorsque les règles de droit reprennent les prescrits ou les interdictions des bonnes mœurs, celles-ci déterminent indirectement l'ordre public.^{2/393}

L'intérêt général se réfère aux avantages collectifs (matériels ou moraux) que le vivre ensemble enregistre par le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Il exprime le bien-être des citoyens et les bienfaits du vivre ensemble, déterminés par les gouvernants.

Les bonnes mœurs, l'ordre public et l'intérêt général n'ont pas d'existence autonome. Chaque vivre ensemble à ses bonnes mœurs, son ordre public, son intérêt général parce qu'il se trouve inmanquablement sous le contrôle de personnes qui exercent le pouvoir politique, ce qui leur permet de déterminer le contenu, le sens et la portée de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'intérêt général. Elles ne se privent pas de ce "plaisir".

^{2/390} Lois ou règles jurisprudentielles (voy supra n°56).

^{2/391} Dans la mesure où ils sont accordés par le pouvoir politique.

^{2/392} Le contrôle des actes et des comportements par le biais des bonnes mœurs dépasse leur contrôle effectué au moyen des seules lois qui concernent les bonnes mœurs.

^{2/393} Et, inversement, la protection de l'ordre public s'étend, dans ce cas, aux bonnes mœurs.

L'ordre public, les bonnes mœurs, l'intérêt général expriment leurs idées et leurs objectifs, structurés en règles de fonctionnement, qui deviennent des règles (de comportement) imposées aux personnes soumises à leur autorité.

L'étude des bonnes mœurs, de l'ordre public et/ou de l'intérêt général n'est, de ce fait, rien d'autre que l'étude approfondie du régime politique que les "gouvernants" réservent à leurs "sujets".

Le vivre ensemble et son système juridique bénéficient d'une organisation cohérente et performante quand les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du régime politique, déterminés par ses "gouvernants", sont correctement traduits par les bonnes mœurs, l'ordre public et l'intérêt général, du vivre ensemble.

- 154.** Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques résultent, fût-ce sommairement, de la Constitution et de la Convention EDH.

L'examen des jurisprudences de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH démontre malheureusement ^{2/394} que ces hautes juridictions n'ont pas systématiquement développé et approfondi ces principes, finalité et règles de fonctionnement.

Si elles avaient réellement voulu les faire respecter par les Etats-membres et leurs législateurs, leurs jurisprudences se présenteraient autrement, renforçant et consolidant les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Évitant le conflit avec les Etats et leurs législateurs, ces Cours se sont au contraire éloignées des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques. Elles acceptent l'existence de plusieurs "types" ou manifestations de démocratie. Le résultat de cette "faiblesse" était prévisible : la démocratie formelle est née et la démocratie véritable a été enterrée par les (certains ?) Etats-membres.

Sans surprise, les jurisprudences consacrées à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à l'intérêt général en portent les traces. Leurs auteurs n'ont manifestement pas envie de faire la leçon aux législateurs et aux Etat-membres et de leur apprendre comment les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques doivent être intégrés dans leurs notions étatique de l'ordre public, des bonnes mœurs ou d'intérêt général.

Préférant l'ambiguïté à la précision, une spirale infernale s'est mise en route.

A défaut de principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques clairement et précisément établis par la Cour constitutionnelle et par la Cour EDH, les législateurs et les Etats-membres se croient investis de "marges de

^{2/394} Voy supra nos 108 - 110 et 131 - 132.

manœuvre“, dont ils repoussent sans cesse les limites au gré de leurs politiques et objectifs à (très) court terme.

Ils cachent les entorses infligées aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques par leur ordre public, leurs bonnes mœurs ou leur intérêt général.

Prises à leur propre jeu, la Cour constitutionnelle et la Cour EDH se méfient donc, non sans raison, de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'intérêt général des Etats-membres qui, en théorie, devraient être l'expression fidèle et cohérente des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

A force de reculer devant la difficulté, ces hautes juridictions se sont privées des moyens, susceptibles de mettre de l'ordre dans ce chaos politico-juridique.

A défaut d'avoir établi, clairement et précisément, les principes, la finalité et les règles de fonctionnement véritablement démocratiques, la Cour constitutionnelle et la Cour EDH subissent la loi des plus forts (les Etats) au lieu de contrôler la conformité de leurs actes et comportements avec la Constitution et la Convention EDH.

Elles s'appuient sur leurs opinions personnelles dont elles estiment qu'elles sont (plus) pertinentes, proportionnelles, flexibles ou "réalistes" que celles de l'Etat concerné. En réalité, le fondement de leurs interventions reste inaccessible et imprécis, sans garantie de conformité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement véritablement démocratiques. La bonne nouvelle reste que les Cours peuvent à tout moment mettre fin à cette tragédie en prenant au sérieux leurs pouvoirs constitutionnels et conventionnels.