

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 9 | n. 1 | janeiro/abril 2018 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Ordre public économique, ordre public écologique

Economic public order, ecological public order

Jacqueline Morand-Deviller*

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (France)

ja.morand@hotmail.fr

Recebido: 23/04/2018

Received: 04/23/2018

Aprovado: 14/07/2018

Approved: 07/14/2018

Résumé

L'ordre public économique est à facettes et à miroirs changeants ce qui correspond à la diversité et à l'instabilité des problèmes, il s'installe dans un rapport de force entre le Droit et l'Économie et a différentes fonctions selon la nature de ces rapports. Globalement on peut se référer à la distinction traditionnelle entre les objectifs assignés à l'ordre public, celui de protection, celui de régulation, celui de conception et autorégulation. C'est ce clivage qui ordonnera la réflexion de cet article, laquelle se prolongera par une confrontation avec l'ordre public écologique.

Como citar este artigo/How to cite this article: MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Ordre public économique, ordre public écologique. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 3-17, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.23779

* Professeuse émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, France). Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Paris XII. Docteur en Droit Public et Science Politique (Faculté de Droit de Paris). Fondatrice et présidente de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU). E-mail: ja.morand@hotmail.fr

Mots-clés: *ordre public économique; ordre public écologique; environnement; économie; droit.*

Abstract

The public economic order is faceted and mirrors changing which corresponds to the diversity and instability of the problems, it settles in a balance of power between the Law and the Economy and has different functions according to the nature of these relations. Overall, we can refer to the traditional distinction between the objectives assigned to public order as protection, regulation, design and self-regulation. It is this split that will order the reflection of this article, which will be prolonged by a confrontation with the ecological public order.

Keywords: *economic public order; ecological public order; environment; economy; law.*

Sommaire

1. Introduction. 2. L'ordre public économique de protection. 3. L'ordre public économique de régulation. 4. L'ordre public économique de conception et réglementation; 5. En guise de conclusion: l'ordre public écologique. 6. Références.

1. Introduction

Le droit public français s'est construit autour de principes fondateurs et mobilisateurs marqués par une globalité et une flexibilité qui les prive d'une définition précise. Il en est ainsi des notions d'intérêt général, d'utilité publique, d'ordre public et de service public. Georges Vedel faisait la différence entre les notions purement conceptuelles pouvant recevoir une définition complète et accéder à une « réelle unité » selon les critères logiques habituels et les notions fonctionnelles qui, tirant leur unité de leur utilité, « procèdent directement d'une fonction qui leur confère une véritable unité ». Et il ne manquait pas de constater que la travail de la jurisprudence et de la doctrine pouvait les conduire peu à peu à l'accession à une synthèse supérieure de nature conceptuelle. Serait-ce le cas de l'ordre public qui se conçoit encore comme une *notion fonctionnelle* ?

L'ordre est à la fois commandement (le moyen) et ordonnancement (le but). *L'ordre juridique* apparaît comme un ordonnancement construit autour de la norme. Des milliers de pages ont été écrites sur la place et le contenu de la norme pour assurer cet ordre, alimentant des controverses savantes auxquelles se sont exercés les maîtres privatiste et publicistes les

plus respectés. Désormais ceux qui s'écartent des positivistes normativistes pour estimer que l'ordre juridique dépasse la somme des normes pour s'appuyer sur bien d'autres sources l'emportent - c'est notre position- et la crise que connaît la norme la renforce (LEBEN, 1963, p. 19-40).

L'ordre juridique exige de la norme qu'elle se dépasse en un système où elle trouve à s'intégrer autour d'un principe unificateur. Il s'agit d'ordonner un ensemble de normes afin de construire un structure, une « institution » (M. Hauriou) où chacune d'elles a sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même, alors qu'une norme ultime: fondamentale (Kelsen), « règle de reconnaissance » (Hart) cimente l'unification.

La notion d'*ordre public* ne se meut pas dans les sommets de la *disputatio* conceptuelle. Elle est davantage fonctionnelle. Il s'agit d'organiser les meilleures conditions de la vie en société ce qui peut conduire à apporter des restrictions à l'exercice des libertés, ces limites étant en même temps des protections.¹ D'un point de vue ontologique la transgression est la condition première de l'ordre public car il est impossible de déterminer a priori son contenu (Ph. Malaurie a recensé 22 définitions en ajoutant une 23^{ème}, la sienne). En France, la pensée juridique est traversée par la dialectique de l'ordre public et des libertés depuis le XVIII^e siècle et le premier fait son apparition dans le code civil napoléonien à l'article 6 selon lequel: « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Une fois de plus on admirera l'épure et la finesse de la rédaction ainsi que sa modernité. L'ordre public, à l'origine, a donc une fonction très particulière qu'il a toujours et qui se retrouve dans le code civil québécois: celle de *limiter la liberté contractuelle des particuliers*.

Un *ordre public administratif* va peu à peu apparaître dont la fonction est beaucoup plus ambitieuse puisqu'il devient la pierre angulaire de l'exercice de la *police administrative* dont la fonction est préventive : il s'agit d'éviter que des atteintes soient portées à la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique ainsi qu'au « bon ordre » (art. L 2212-2 Code général des collectivités locales). Le juge veillera au respect d'une juste proportionnalité entre la gravité des menaces de trouble à l'ordre public et la gravité de la mesure de police prise par l'administration. Les circonstances de temps et de lieu jouent un rôle essentiel dans cette appréciation.

¹ V. notamment BERNARD, 1962; LAGARDE, 1959; POLIN, 1996 ; REVET, 2001.

Un *ordre public constitutionnel* est en train de s'affirmer. À la différence de plusieurs constitutions étrangères qui précisent les conditions de limitation des droits reconnus, l'histoire constitutionnelle française montre une faible consécration de la notion d'ordre public, la Constitution française ne retient pas l'expression et prévoit seulement une compétence générale de mise en œuvre des droits et libertés au profit du législateur (art. 34) qui, chargé de déterminer les garanties, fixe aussi, implicitement, les limites impliquées par les impératifs de la vie en société.

Mais le Conseil constitutionnel par une interprétation constructive de la Constitution, en combinant l'article 34 avec les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 précise peu à peu les composantes de sauvegarde de l'ordre public à laquelle il accorde la qualité d'« objectif à valeur constitutionnelle »² et les confronte aux libertés économiques d'entreprendre, de circuler, de contracter de travailler, qui caractérisent le droit économique libéral.

Certains estiment cependant que l'intensité du contrôle de constitutionnalité sur les « limites aux limites » aux droits fondamentaux devrait se renforcer et que le Conseil ne doit pas abuser du simple constat d'absence d'une disproportion manifeste pour justifier les contraintes apportées aux libertés, attitude expliquée par le climat d'insécurité que connaît la France, sous le régime de l'état d'urgence depuis décembre 2015 (GERVIER, 2014).

Le rappel de ces généralités permet de mieux situer les composantes des ordres publics spécifiques en particulier *l'ordre public économique* qui s'apprécie en fonction de ces libertés. Lorsque la notion commence à s'affirmer, elle est définie comme le fondement des limites apportées à la liberté contractuelle des personnes (FARJAT, 1963) et il n'est pas surprenant que les tenants de l'économie libérale qui lient la prospérité et le développement à cette liberté considèrent avec réticence l'ordre public économique qu'ils associent à la police administrative et à l'Etat gendarme, certains allant même jusqu'à faire des régulateurs les « gendarmes des marchés ». Mais il est bien évident que l'ordre public économique a une

² Outre la sécurité des personnes et des biens et la prévention des atteintes à l'intégrité physique des personnes, l'ordre public comprend la lutte contre le terrorisme et l'immigration irrégulière, la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, la lutte contre la fraude, la prévention des actes terroristes et de la récidive, mais aussi les « exigences minimales de la vie en société ». Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010. *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276, cons. 4-5.

fonction plus ambitieuse, celle de construire un système d'équilibre sociétal ce qui impose alors un interventionisme, certes modéré, de l'Etat. Dans l'un et l'autre cas, des antinomies et des paradoxes s'observent qui affectent jusqu'aux objectifs poursuivis. L'ordre public économique est à facettes et à miroirs changeants ce qui correspond à la diversité et à l'instabilité des problèmes, il s'installe dans un rapport de force entre le Droit et l'Économie et a différentes fonctions selon la nature de ces rapports, une étude distinguant un « ordre public gardien des marchés », un « ordre public promoteur des marchés » et un « ordre public architecte des marchés » (FRISON-ROCHE, 2015, p. 147-170).

Globalement on peut se référer à la distinction traditionnelle entre les objectifs assignés à l'ordre public, celui de protection (2), celui de régulation (3), celui de conception et autorégulation (4). C'est ce clivage qui ordonnera la réflexion laquelle se prolongera par une confrontation avec l'ordre public écologique (5).

2. L'ordre public économique de protection

L'ordre public économique repose sur de fragiles équilibres entre un principe d'action et un principe d'abstention, et entre un objectif de protection et un objectif de direction de plus en plus conçu comme une régulation. L'abstention consiste à laisser jouer librement les rapports de force du marché et l'action permet de promouvoir et orienter l'intervention des opérateurs économiques et de préserver le bon fonctionnement du marché. L'opposition entre un interventionisme qui reposerait sur le principe d'action et une économie libérale appelant l'abstention est évidemment beaucoup trop sommaire. L'Etat régulateur ne peut se dispenser d'intervenir mais il le fera indirectement, avec modération, incitant et orientant plus qu'imposant et encadrant.

Le post-modernisme de l'Etat (CHEVALLIER, 2014) n'a pas manqué d'influencer l'ordre public économique français et les transformations ont été radicales. Il est vrai que le pays s'était construit durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle autour d'un centralisme politique qui, étendu à l'économie, était à l'origine de la prolifération des monopoles, d'une tradition de non transparence dans les relations entre le citoyen et l'administration affectant la passation des marchés, et d'une conception désuète de la liberté d'entreprendre. Le mythe mobilisateur du « service public à la française »,

devenu trop accueillant, apportait une onction quasi sacerdotale au système et l'Etat- providence et gommait les aspérités de l'Etat-gendarme.

Le droit communautaire et sa suprématie sont venus bouleverser ce système solidement établi et donner un nouvel aspect à l'ordre public économique dont on ne parlait guère auparavant. L'ordre public économique est le premier aspect de l'ordre public européen qui après les Traités de Maastricht et de Lisbonne a élargi sa dimension d'un point de vue politique et social où s'interpénètrent dans un mouvement d'harmonisation et de convergence la filiation du *common law* et l'héritage germano-romanique (STIRN, 2015). Selon l'article 88-1 de la Constitution « l'ordre juridique européen est intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (Conseil Constitutionnel, 9 août 2012).

L'ordre public économique européen se présente d'abord comme ayant une *fonction protectrice*. Le grand Marché commun conçoit la libre concurrence comme mise au service du bien être des consommateurs et d'un traitement égalitaire des agents économiques quelque soit leur importance. La transparence et le libre fonctionnement concurrentiel, en appellent au *principe d'abstention* selon lequel les autorités publiques doivent éviter d'intervenir s'il y a risque d'atteinte au jeu concurrentiel. Les marchés ordinaires de biens et services reposent sur des « règles dormantes » et l'ordre public n'intervient qu'en cas de transgression si des atteintes lui sont directement portées (SUPIOT, 2015).

Le modèle français continue cependant à se distinguer du modèle communautaire où l'on entretient la suprématie *a priori* du libéralisme économique . Dans la logique de l'Union européenne les considérations d'ordre public économique et les considérations d'intérêt général restent distinctes et des objectifs économiques si respectables soient-ils, comme la régulation ou la protection d'un marché, ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de l'article 52 TFUE et ne peuvent justifier des atteintes aux libertés protégées par le Traité³ et au marché européen qui se développe à partir des trois libertés économiques de circulation, celle des personnes, des biens et des capitaux.

Le droit français, quant à lui, reste attaché à la notion d'*intérêt général économique* et considère que les préoccupations économiques participent à

³ CJCE 28 avril 1988, « *Bond van Adverteerders* » et 5 juin 1997 « *Ypourgos Ergasias* ». Mais paradoxalement la Cour admet que les Etats membres peuvent utiliser les entreprises du secteur public en tant qu'« instrument de politique économique »: CJCE 23 octobre 1997, « *France c/ Commission* ».

l'intérêt général. Le Conseil d'Etat érige le développement économique en service public, donne aux règles de la concurrence un « but d'intérêt général » estimant que « l'existence d'une situation de concurrence effective sur le marché est d'intérêt public » (CE, 2005). Un objectif économique d'ordre public peut donc justifier une intervention des pouvoirs publics et contrarier une liberté économique. Cette dimension supérieure d'un intérêt général économique distinguerait le droit public du droit privé des affaires : ici encore, les effets du dualisme juridictionnel se font sentir. L'ordre juridique économique à la française ne repose pas sur le modèle anglo-saxon dont l'Union européenne s'est beaucoup inspirée mais conserve sa conception d'un interventionnisme rationalisé modéré.

Ce premier aspect de l'ordre public économique se limite aux marchés imposant à l'autorité publique de s'abstenir d'intervenir ou de ne le faire qu'avec discrétion pour ne pas gêner les libertés économiques de chaque individu: liberté d'entreprendre, de circuler, de contracter, de travailler. Mais très vite cet ordre prend une autre dimension et a besoin pour s'installer plus durablement dans une perspective collective et générale d'en appeler à des autorités chargées de réguler non seulement le marché mais l'ensemble des activités économiques.

3. L'ordre public économique de régulation

La *régulation*, terme à la mode au contenu incertain, est le second visage de l'ordre public économique et on quitte le principe d'abstention pour celui d'action. L'« État régulateur » apparaît comme un arbitre fixant les règles d'un ordre public libéral en abandonnant une partie de son rôle de producteur de biens et services et de donneur d'ordre. L'essentiel du dynamisme économique est recherché dans le mécanisme du marché et non dans l'intervention de l'Etat dont le rôle est « propulsif » (MORAND, 1991). L'État reste présent dans l'économie, mais de manière différente ; il supervise le jeu économique, établit certaines règles et intervient de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, harmoniser les actions des opérateurs et assurer le maintien d'un équilibre entre les divers intérêts publics.

La régulation appelle la *subsidiarité* : l'intervention de l'État n'est légitime qu'en cas d'insuffisance ou de défaillance des mécanismes d'auto-régulation sociale. La proximité des dispositifs propres à résoudre les problèmes est recherchée ainsi que l'association des acteurs sociaux à la

mise en œuvre des actions publiques par des formules de participation, voire de délégation. La régulation s'appuie souvent sur un « droit mou » (*soft law*), formulé en termes d'objectifs, directives, recommandations et sur un processus d'adaptation permanente des normes (CONSEIL D'ETAT, 2014) recherchant la dissuasion plus que la répression.

Certains vont jusqu'à faire du « *droit de la régulation* » une nouvelle branche du droit, qui transcenderait la distinction classique entre droit privé et droit public. L'État se trouverait supplanté dans sa fonction régulatrice par d'autres instances de régulation — au niveau international, au niveau européen et au niveau interne — dans un rapport de complémentarité, d'imbrication voire de substitution: autorégulation par l'auto-organisation et l'auto-discipline des groupes professionnels et co-régulation reposant sur l'intervention conjointe des acteurs publics et des acteurs privés.

L'ordre public économique régulé rencontre cependant les impératifs de la *cohésion sociale* et l'évolution de l'économie de marché rend l'intervention étatique indispensable : complexité croissante des circuits économiques, mutations technologiques, sophistication des produits financiers, mondialisation des échanges, pression croissante de pouvoirs économiques et financiers dont la puissance se renforce du fait de la mondialisation. Il ne s'agit plus seulement de garder les marchés dans l'état concurrentiel où ils sont et de sanctionner des comportements interdits, il faut que des règles d'ordre public exigent des comportements actifs de la part de certains opérateurs et confient à des *institutions spécifiques* la charge de surveiller en permanence les marchés en train de s'organiser.

Les *autorités administratives indépendantes* occupent une large place dans la régulation des secteurs économiques ouverts à la concurrence et aussi dans ceux sensibles au regard des libertés publiques. Elles constituent des « îlots » à part dans l'État et leur développement entraîne l'éclatement de l'action publique, qui prend la forme d'une juxtaposition de régulations sectorielles. En France, en dépit des critiques, la croissance de leur nombre, qui dépasse la quarantaine, reste pour l'instant irrépessible.

Si leur intérêt n'est pas contestable,⁴ la diversité de leur importance, de leurs compétences et de leurs missions fait qu'elles n'ont d'autre unité que leur appartenance à une catégorie juridique sans définition légale et

⁴ « Avec ses forces et ses faiblesses, l'AAI constitue en droit et en fait, un dispositif fiable, particulièrement adapté pour faire face à certaines exigences pesant aujourd'hui sur l'Etat...stimulant indéniable pour l'ensemble de l'appareil d'Etat...elle enrichit la réflexion générale sur la notion de médiation publique au sens large » (RAPPORT PUBLIC DU CONSEIL D'ETAT, 2001).

cette diversité s'accroît d'autant plus que l'on crée désormais des sous-catégories, celle des *autorités publiques indépendantes*, qui disposent quant à elles, de la personnalité juridique quitte à la perdre après l'avoir reçue comme ce fut le cas pour la Commission de régulation de l'énergie. Le désordre est à son comble.⁵

A l'heure actuelle, les autorités administratives indépendantes sont sous le feu des critiques qui concernent à la fois leur trop grand nombre, la justification de leur création ainsi que l'étendue de leurs compétences, interrogations ainsi exprimées: Quelle indépendance et pour quelle utilité? Nécessité, besoin ou alibi? Un récent rapport parlementaire a recensé ces critiques et fait des propositions de réforme.⁶ Le délitement de l'État et la perte de contrôle du Parlement y sont dénoncés ainsi que la fragilité de l'indépendance du fait d'une concentration des pouvoirs entre les représentants des « grands corps de l'État », d'une « déontologie à géométrie variable », d'un coût trop élevé (environ 600 millions d'euros en 2014 et hausse globale des dépenses de + 10 % en cinq ans).

Il est proposé de réserver à la loi le pouvoir de qualifier un organisme d'autorité administrative indépendante, qualité qui serait réservée à une vingtaine d'autorités, des fusions étant souhaitables; de limiter les nominations des membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes et de la Cour de cassation, de rendre les mandats non renouvelables, de consolider les règles de déontologie et de systématiser le dépôt auprès du Parlement d'un rapport annuel (y compris financier) pouvant donner lieu à un contrôle en séance publique. Est dénoncée aussi la tendance de certaines autorités administratives indépendantes à tisser des relations directes et privilégiées avec les institutions européennes, en contournant les instances démocratiques nationales. Structures administratives, ces autorités restent soumises au pouvoir exécutif et judiciaire mais la régulation connaît un tel succès que celles qui opèrent dans le secteur économique sont incitées, du fait de leur indépendance et de la qualité de leur expertise, à jouer un rôle dominant.

⁵ « Qu'est-ce qu'une AAI, sinon un objet administratif non identifié, qui exerce des fonctions relevant de la compétence du Gouvernement, et qui est donc issu d'un abandon de ses attributions par ce dernier? Il n'existe pas de définition; le législateur est hésitant: il y a des « autorités administratives » qui ne sont pas « indépendantes » et des « autorités indépendantes » pas « administratives ». Pourquoi certaines AAI sont-elles dotées de la personnalité morale et pas d'autres? Mystère. ». GELARD, P. Rapport présenté au Sénat en « Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié ».

⁶ « Un État dans l'État: canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler ». Rapport remis au président du Sénat le 28 octobre 2015 (Journal officiel 29 octobre 2015).

4. L'ordre public économique de conception et réglementation

Dans sa fonction dynamique et politique, l'ordre public économique est conçu par le Politique. L'Etat n'est pas seulement protecteur et régulateur des marchés il intervient directement pour concevoir un équilibre social et économique et l'encadrer par un ensemble de règles. L'économie française a longtemps été dominée par un interventionisme puissant où les « *entreprises publiques* » jouaient un rôle dominant. La diversité de leurs statuts était grande, empêchant tout statut général. Par ailleurs, l'Etat n'avait le choix pour mettre en œuvre ses activités économiques qu'entre trois formes principales d'intervention : la régie, les établissements publics industriels et commerciaux et les délégations de service public, modalités juridiques qui conservent leur importance.

Le grand *mouvement de privatisation* qui a affecté l'ensemble des entreprises publiques pouvait faire croire à l'affaiblissement du secteur public dans l'économie française. Il n'en est rien,⁷ le statut des entreprises ou groupes publics est encore plus diversifié qu'auparavant et on assiste à la montée en puissance d'une nouvelle forme d'intervention, celle de *l'actionariat public*. Les sociétés à participation publique se sont développées au niveau de l'Etat, avec parfois un seuil minimal de participation,⁸ ainsi qu'au niveau local où elles sont soit intégralement contrôlées par des personnes publiques (cf. sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement créées en 2010, soit ouvertes aux capitaux privés avec une participation publique majoritaire (cf sociétés d'économie mixte locales) ou plus rarement minoritaire (SEMOP).

Cette transformations des structures est à l'origine d'une redéfinition des missions confiées à l'Etat dans une économie de marché car, client ou fournisseur, il peut intervenir directement pour acquérir ou proposer des biens et services, son intervention comme opérateur économique se faisant dans le respect des règles générales de concurrence. Il peut aussi gérer de manière dynamique son portefeuille de participations au sein des sociétés.⁹

⁷ Le poids du secteur public dans l'économie française est stable. En 2015 la France compte environ 1632 sociétés dont le capital est détenu majoritairement par l'Etat.

⁸ 70% pour EDF, 50% pour Aéroport de Paris, 33% pour GDF-Suez.

⁹ Deux structures ont pour mission de participer à la gestion des participations : l'Agence des participations de l'Etat créée en 2004 et la Banque publique d'investissement, créée en 2012. V. CARTIER-BRESSON, 2010.

L'ordre public économique repose sur ces nouveaux moyens d'intervention d'un Etat « *stratège* » alors que dans les deux autres fonctions il s'agit surtout de tactiques. Il se voit confier la mission d'aide à la création, l'expansion parfois le sauvetage d'entreprises relevant de filières déterminantes pour la croissance économique et dispose de nouveaux moyens et de méthodes plus performantes, s'appuyant alors sur des structures et des règles empruntées au droit privé. La contractualisation et la privatisation du droit public ne devraient pas troubler cet ordre pas plus que la complémentarité des acteurs pour assurer son respect, les entreprises privées se dotant désormais de codes de bonne conduite. Mais ces révolutions ne seront tranquilles qu'à la condition de ne pas être obsédé par la seule logique de performance économique et financière et de continuer à répondre à la satisfaction des besoins fondamentaux du pays : infrastructures de base, besoins des services publics essentiels, respect des lois d'égalité et de solidarité d'un « *service public à la française* » qui n'est pas si agonisant que certains ont voulu le croire.

L'ordre public économique doit, en effet, se préserver d'un risque qui le menace actuellement celui d'une dissolution de l'ordre juridique dans l'ordre économique. *L'analyse économique du droit* est un phénomène en plein essor et personne ne peut nier son intérêt pour éclairer les choix politiques et juridiques. Mais on assiste à une pernicieuse dérive qui consiste à remplacer le langage du droit par celui des économistes : le contrat devient, par exemple, un « ajustement des intérêts », la « compétition » remplace la concurrence. Cette dérive peut aller très loin et conduire certains économistes à faire de l'ordre économique une sorte de « droit naturel » de l'ordre juridique qualifiant les règles économiques de « lois » s'imposant « naturellement » et réduisant le droit à n'être qu'un mode d'exécution des « normes » de l'ordre économique quasiment divinisé. Et d'avancer à l'appui de cette thèse que l'ordre public reste mystérieux (DENOIX DE SAINT-MARC, 1996) alors que la « loi économique » serait claire et s'imposerait par l'évidence, « loi de l'ajustement des désirs » selon une formule à la mode, le marché étant défini comme « l'espace naturel des désirs ».

Les juristes seraient alors conduits à faire des « *efforts juridiques* » (sic) afin de justifier l'édiction de normes qui contrediraient une « règle naturelle économique », comme celle de l'ajustement des intérêts, ou la soumission du faible au fort, ou la prévalence du court terme. Seule la norme juridique

qui servirait la maximisation de l'intérêt particulier irait de soi. Les plus audacieux de ces analystes vont jusqu'à balayer le thème de l'ordre public économique supplanté par la puissance des marchés, principalement financiers où s'ajustent automatiquement les désirs des investisseurs et les désirs des emprunteurs.

L'effacement des politiques devant les économistes est un phénomène qui se justifie par la priorité des données économiques et sociales confrontées à une crise que connaissent la plupart des pays. L'effacement des juristes serait beaucoup plus dangereux. Le langage du droit et l'ordre juridique sont et doivent demeurer distincts du langage et de l'ordre des économistes et ce sont ces derniers qui doivent faire des « efforts » pour aider à une translation de langage. Nul n'ignore que les conflits entre les « écoles » et les pères des « églises » économiques sont beaucoup plus violents que ceux existant entre les chapelles juridiques. L'unité du langage du droit ne cesse de progresser alors que celui des économistes évoque une tour de Babel. Quel danger il y aurait pour la sécurité juridique que l'introduction systématique de concepts nouveaux et obscurs et de termes instables et intraduisibles en droit. L'analyse économique du droit doit pousser les juristes à s'inspirer de certaines conclusions pour affiner les réglementations elle ne saurait s'imposer comme une vérité d'évidence, une orgueilleuse domination, un prétendu ordre naturel.

Cet ordre est d'une toute autre nature. C'est l'ordre public écologique.

5. En guise de conclusion: l'ordre public écologique

L'expression ordre public écologique est récente, peu traitée par la doctrine et non encore reconnue par les textes et la jurisprudence. Mais le principe d'intégration de la dimension environnementale dans l'ensemble des autres politiques, l'unité et la globalité de l'équilibre écologique des espèces, la multiplication des normes conduit à envisager son intronisation en majesté par le droit.

L'ordre public écologique s'est longtemps présenté comme un ensemble de polices administratives spéciales rejoignant aussi la police administrative générale en sa finalité de prévention des troubles à la tranquillité, la salubrité et la sécurité (sanitaire et alimentaire) publiques. Mais plusieurs facteurs contribuèrent à révéler son unité et sa singularité. Il s'agit d'abord de sa relation avec le *risque*. Si les économistes prétendent

avoir des certitudes, les environnementalistes, plus modestes et réalistes, accueillent souvent l'incertitude. Les priorités changent : le primat étatique de la redistribution des richesses cède devant celui de la protection des individus contre les risques » (NAIM-GESBERT, 2007, p. 1333). Comme le risque zéro n'existe pas l'ordre sera recherché dans *l'acceptabilité du risque* et dans la mise en œuvre du *principe de précaution* – rejeté par la plupart des économistes mais seul à même d'appréhender l'incertitude. Les mesures effectives et proportionnées prises au titre de la précaution n'ignorent cependant pas les impératifs économiques puisqu'elles devront respecter un « coût économiquement acceptable ».

Plus largement l'ordre public écologique aspire à un ordre naturel au sens premier du terme, vision écocentriste de la biodiversité et de l'équilibre biologique et vision anthropocentriste d'un lien consubstantiel entre l'homme et la nature en réaction contre l'idée d'une nature dominée par l'homme, son « maître et possesseur ». *L'harmonie de l'homme et des sociétés doit prendre modèle sur l'harmonie de la nature.* (MORAND-DEVILLER, 2011). Ici encore Santi Romano peut servir de guide lorsqu'il estime que : « L'ordre juridique est en soi un corps vivant et son essence vitale est le droit ». Rien à voir, bien entendu avec l'ordre public économique. Ce qui éloigne aussi les deux ordres est leur conception du *Bien commun* : ici l'intérêt général se confond avec l'intérêt individuel, là se manifeste l'idée de biens communs, de solidarité et de partage. Ici la main invisible du marché pourvoit à tout, la propriété privée est sacrée, la gratuité est suspecte pouvant détériorer l'équilibre des échanges, là la survie et la qualité de la vie imposent de réanimer la *res communis*, d'accueillir l'idée de biens et choses inappropriables, d'admettre un Etat seulement gardien et une gestion collective.¹⁰

L'émergence d'un ordre public écologique peut aussi s'appuyer sur la consécration par la Constitution et par de nombreuses conventions internationales de valeurs fondamentales qui lui sont propres et que la Déclaration de Stockholm, pionnière, a magistralement exprimé en proclamant le droit de l'homme à des « conditions de vie satisfaisantes dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien être » et en insistant aussi sur son « devoir solennel » de protection à l'égard des générations futures.

¹⁰ V. CHARDEAUX, 2006.

Si les ordres publics économique et écologique sont de nature différente et souvent en opposition, ils se rejoignent cependant dans cette aspiration à un équilibre mis au service de l'homme et des sociétés. La finalité de développement durable met en valeur la complémentarité et l'indissociabilité de la protection de l'environnement, du développement économique et du progrès social (art. 6, Charte de l'environnement). (PARENT; LAVALLEE; AZARIA, 2008). Les deux ordres ont les mêmes fonctions de protection, régulation et réglementation, ils ont une dimension globale et mondialiste, ils doivent réussir la conciliation entre des intérêts divergents sinon contradictoires, ils associent les partenaires publics et privés et ils reposent sur des normes à la fois impératives et incitatives et sur des « systèmes » qui vont bien au-delà des normes.

Ce qui les unit aussi c'est cette ambition à dépasser un droit « en miettes », technique et étroitement spécialisé dans une approche gestionnaire sans imagination ni grandeur, à bousculer le temps et l'espace en prétendant à l'universalité, à anticiper, prévoir, conceptualiser avant d'élaborer la règle et à poursuivre, chacun à leur manière, la défense du Bien être et du Bien vivre. Oui sans doute, ces deux ordres sont-ils en train d'accéder à cette unité conceptuelle supérieure et de transcender ce rôle purement fonctionnel qui est encore le leur.

6. Références

BERNARD, P. **La notion d'ordre public en droit administratif**. Paris: LGDJ, 1962.

CARTIER-BRESSON, A. **L'Etat actionnaire**. Paris: LGDJ, 2010.

CHARDEAUX, M. A. **Les choses communes**. Paris: LGDJ, 2006.

CHEVALLIER, J. **L'Etat post-moderne**. Paris: LGDJ, 2014.

DENOIX DE SAINT-MARC, R. **Le service public**. Paris: La Documentation Française, 1996.

FARJAT, G. **L'ordre public économique**. Paris: LGDJ, 1963.

FRISON-ROCHE, M.-A. **Les différentes natures de l'ordre public économique**. Archives de philosophie du droit, Paris, n. 58, p. 147-170, 2015.

FRITZ, J. C.; BOUTELET, M. (Dir.). **L'ordre public écologique**. Bruxelles: Bruylant, 2005.

GERVIER, P. **La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public**. Paris: LGDJ, 2014.

LAGARDE, P. **Recherche sur l'ordre public en droit international privé**. Paris: LGDJ, 1959.

LEBEN, Ch. **De quelques doctrines de l'ordre juridique**. Droits, n. 33, p. 19-40, 2001.

MORAND, C-H. (Dir.). **L'État propulsif**. Paris: Publisud, 1991.

MORAND-DEVILLER, J. Ordre naturel, ordre universel: La démocratie environnementale. Elisée Reclus. In: **La conscience des droits**. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Costa. Paris: Dalloz, 2011.

MORAND-DEVILLER, J. Corps biologique et corps social. In: **L'identité**. Paris: PUF, 2003.

NAIM-GESBERT, Eric. L'irrésistible ordre public écologique: risque et Etat de droit. In: **Pour un droit commun de l'environnement**: Mélanges en l'honneur de Michel Prieur. Paris: Dalloz, 2007.

NAIM-GESBERT, Eric. **Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement**. Bruxelles: Bruylant, 1999.

PARENT, Geneviève; LAVALLEE, Sophie; AZZARIA, Georges (Dir.). **Production et consommation durables**: de la gouvernance au consommateur-citoyen. Montréal: Éditions Yvon Blais, 2008.

POLIN, R. (Dir.). **L'Ordre public**. Paris: PUF, 1996.

RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT 2013. **Le droit souple**. Paris: La Documentation Française, 2014.

RAPPORT PUBLIC DU CONSEIL D'ETAT 2001. **Les autorités publiques indépendantes**. Paris: La Documentation Française, 2001.

REDOR, M.-J. (Dir.). **L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux**. Bruxelles: Bruylant, 2001.

RENET, Th. (Dir.). **L'Ordre public à la fin du XXème siècle**. Paris: Dalloz, 1996.

STIRN, B. **Vers un droit public européen**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2015.

SUPIOT, A. L'entreprise face au Marché total. In: SUPIOT, A. (Dir.). **L'entreprise dans un monde sans frontières**: perspectives économiques et juridiques. Paris: Dalloz, 2015.