

**Décision n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012**

*Mme Elisabeth B.*

*(Condition de bonne moralité pour devenir magistrat)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 17 juillet 2012 par le Conseil d'État, (décision n° 358648 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par Mme Elisabeth B. et relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 3° de l'article 16 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature en tant qu'il prévoit que les candidats à l'auditorat doivent être « *de bonne moralité* ». La QPC porte donc sur les mots « *et être de bonne moralité* » figurant à ce 3°.

Dans sa décision n° 2012-278QPC du 5 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions conformes à la Constitution.

**I. – Dispositions contestées et contexte**

**A. – La condition de bonne moralité pour accéder à la magistrature**

– Dans les *Treize livres des parlements de France*, en 1617, Bernard de La Roche Flavin rappelle déjà que « *avant de procéder à l'examen et réception des magistrats, on fait inquisition de leur vie, mœurs et religion... ; et ce avec une grande équité et raison : d'autant qu'ayant à juger des biens, des fortunes, de la vie, et honneur d'autrui, ils doivent être exempt de blâme* » (Livre VI, chapitre II)<sup>1</sup>.

Dans l'ancienne France, les compagnies judiciaires menaient elles-mêmes leurs enquêtes mais à mesure que le pouvoir royal s'est affirmé, les gens du roi ont été progressivement associés à ce contrôle. Les enquêtes de moralité ont formellement été créées par François I<sup>er</sup> par des lettres patentes enregistrées dans les années 1540 par les différents Parlements. Déjà, La Roche Flavin notait les grandes différences locales dans l'appréciation de la moralité : ici on s'attachait à vérifier l'absence de vice notable, là (en l'occurrence à Toulouse) on

---

<sup>1</sup> Marcel Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, p. 236.

examinait « *leur vie privée, mœurs et comportement domestique, vraies marques et indices de leur honneur et vie future* »<sup>2</sup>.

La condition de moralité pouvait également être utilisée à d'autres fins : après la révocation de l'édit de Nantes, en 1685, les candidats à un office de judicature devaient produire une attestation de bonne vie et mœurs rédigée par le curé de la paroisse dans laquelle ils demeuraient ou de son vicaire<sup>3</sup>.

Après la Révolution et jusqu'au statut de la magistrature de 1958, la condition de « moralité » a joué, en fait, une place prépondérante dans un système de recrutement fondé sur les « recommandations », qui accordait moins d'importance à la compétence juridique qu'à l'heure actuelle : « *C'est en effet plus au "civisme", à "l'attachement à l'ordre des choses actuelles", plus à la "moralité" qu'à l'intelligence du droit que l'on s'est attaché pour broser le portrait du bon juge sous le Consulat selon des formules qu'inaugure et que lance pour le long terme le XIX<sup>ème</sup> siècle débutant* »<sup>4</sup>.

- Le 3<sup>o</sup> de l'article 16 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 est inchangé depuis son origine. Ce texte a été pris sur le fondement des dispositions transitoires de l'article 92 de la Constitution, avant la mise en place du Conseil constitutionnel. Il constitue une disposition organique, comme l'ensemble des dispositions relatives au statut de la magistrature, mais il n'a pas été examiné ni *a fortiori* déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Il s'agit de la première QPC portant sur une disposition relative aux conditions de moralité exigées pour remplir certains emplois<sup>5</sup>.

L'article 16 de l'ordonnance fixe les conditions à l'auditorat, c'est-à-dire les conditions pour présenter sa candidature à l'École nationale de la magistrature (ENM). Il est commun aux différentes voies d'accès à l'école (les trois concours prévus par l'article 17 et l'accès sur dossier prévu par l'article 18-1 de l'ordonnance). Cet article s'applique en réalité à l'ensemble des voies d'accès à la magistrature dans la mesure où y font référence tant les articles de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 organisant les autres voies

---

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 238.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 239.

<sup>4</sup> J-P Royer, J-P Jean, B. Durand, N. Derasse et B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, PUF, 2010, p. 458.

<sup>5</sup> Le Conseil d'État, par une décision du 4 avril 2012, *M. Vanmairis*, n° 356637, a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'article L. 911-5 du code de l'éducation, aux termes duquel : « *Sont incapables de diriger un établissement d'enseignement du premier et du second degré ou un établissement d'enseignement technique, qu'ils soient publics ou privés, ou d'y être employés, à quelque titre que ce soit : 1° Ceux qui ont subi une condamnation judiciaire pour crime ou délit contraire à la probité et aux mœurs ; (...)* »

d'accès à la magistrature (articles 22, 23, 40 et 40-1) que les autres textes qui organisent les concours exceptionnels<sup>6</sup>.

Il s'agit également d'une condition applicable aux juges de proximité (article 41-17 de l'ordonnance du 22 décembre 1958).

Les conditions de mise en œuvre de cette disposition et le contrôle qu'exerce le Conseil d'État sur les décisions prises par le ministre de la Justice en application de la disposition contestée doivent être replacées dans le cadre plus large des conditions d'accès à la fonction publique.

## **B. – La condition de bonne moralité dans la fonction publique**

Le pouvoir de l'autorité administrative de s'opposer à l'entrée dans la fonction publique de personnes qui ne présentent pas les « garanties morales désirables » est une création prétorienne très ancienne et constante (CE, 5 juillet 1851, *Rouget*, Lebon, p. 498).

Cette condition est apparue dans le statut de la fonction publique de 1946 et a été reprise au 2° de l'article 16 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires qui imposait que les candidats à la fonction publique fussent « *de bonne moralité* ».

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a toutefois substitué à cette exigence une référence différente, selon laquelle les mentions portées au bulletin n° 2 du casier judiciaire ne doivent pas être incompatibles avec l'exercice des fonctions postulées. C'est toujours l'état du droit s'agissant des fonctionnaires.

Le rapport de M. Labazée déposé à l'Assemblée nationale sur ce projet de loi le 21 avril 1983 indiquait que la nouvelle rédaction « *se substitue à une exigence de "bonne moralité" appréciée de manière discrétionnaire par l'administration* ». Lors des débats tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, ce dernier étant opposé à la suppression de la condition de bonne moralité, le secrétaire d'État, M. Anicet Le Pors, a soutenu cette analyse : « *la notion de bonne moralité ne correspond nullement à une donnée objective. Elle ne répond à aucune définition juridique et se prête donc à des interprétations arbitraires fondées sur des enquêtes qui n'offrent pas nécessairement toute garantie* »<sup>7</sup>.

Cette suppression a eu, en réalité, pour effet principal de supprimer le recours général à l'enquête « de moralité » pour tous les fonctionnaires, mais elle n'a

<sup>6</sup> Loi organique n° 98-105 du 24 février 1998 portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, article 1er (pour l'application en ce sens : CE 3 décembre 2003, *M. Golsenne*, n° 223569).

<sup>7</sup> Assemblée nationale, 3<sup>ème</sup> séance du 3 mai 1983, Journal officiel Débats Assemblée nationale, 4 mai 1983, p. 811 ; argument repris au Sénat, séance du 1<sup>er</sup> juin 1983, Journal officiel Débats Sénat, 2 juin 1983, p. 1274.

pas fait disparaître l'exigence de fond. Le Conseil d'État avait imposé l'exigence de bonne moralité avant qu'elle fût inscrite dans la loi, il l'a maintenue après qu'elle en a été retirée.

Dans une décision *Ministère de la justice c. M. Vizier* du 10 juin 1991<sup>8</sup>, il a jugé que l'administration n'est pas dépossédée du pouvoir de refuser un candidat qui ne présente pas les « garanties requises » pour l'exercice des fonctions auxquelles il postule. Le seul changement est donc que la notion de « garanties requises » a remplacé la notion « d'inaptitude » qui prévalait dans la jurisprudence antérieure. Cette jurisprudence est constante, le Conseil d'État jugeant que, si les dispositions de la loi de 1983 « ont implicitement abrogé celles de l'article 16 de l'ordonnance du 4 février 1959 relatives à la condition de moralité requise pour avoir la qualité de fonctionnaire, elles n'ont pas eu pour objet d'interdire à l'administration d'apprécier si un candidat à un concours présente les garanties nécessaires à l'exercice des fonctions auxquelles il postule »<sup>9</sup>.

Cette continuité *ultra legem* s'explique par le fait que les conditions pour entrer dans la fonction publique ne peuvent être distinguées des conditions nécessaires pour s'y maintenir. Dès lors qu'un comportement immoral peut constituer une faute disciplinaire de nature à justifier la révocation du fonctionnaire, il peut fonder une décision faisant obstacle à son intégration dans la fonction publique<sup>10</sup>.

Cette continuité jurisprudentielle s'est toutefois accompagnée d'une évolution continue du contrôle exercé par le juge. Dans le précédent de 1851 précité, le Conseil d'État avait estimé que l'appréciation des motifs de la décision refusant d'agréer un candidat qui n'a pas les « garanties morales désirables » ne relève pas du contrôle de juge. Dans sa décision *Lingois* du 29 juillet 1953<sup>11</sup>, le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour contrôler l'erreur de droit, l'exactitude matérielle des faits et le détournement de pouvoir. La célèbre décision *Barel* du 28 mai 1954 illustre un cas d'erreur de droit consistant, pour l'autorité administrative, à se fonder exclusivement sur les opinions politiques du candidat. C'est la décision *Ministre de l'éducation nationale c. Rousset* du 21 novembre 1969<sup>12</sup> qui reconnaît le pouvoir du juge de contrôler l'erreur manifeste d'appréciation. Enfin, par deux décisions contemporaines de la réforme législative précitée (décisions *Mulsant* et *Raoult*, respectivement des 18 mars et 10 juin 1983<sup>13</sup>), le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour exercer un contrôle de la qualification juridique des faits, c'est-à-dire un

<sup>8</sup> CE 10 juin 1991, *Ministère de la Justice c. M. Vizier*, n° 107853.

<sup>9</sup> CE 28 juillet 1995, *Ministre de l'intérieur c./M. Casanovas*, n° 85734.

<sup>10</sup> P. Planchet, « Les garanties morales requises des candidats à la fonction publique », *AJDA*, 2005, p. 1016.

<sup>11</sup> CE, 29 juillet 1953, *Lingois*, Rec. p. 413.

<sup>12</sup> CE, 21 novembre 1969, *Ministre de l'éducation nationale c. Rousset*, Rec. p. 532

<sup>13</sup> CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, n° 34782 et 10 juin 1983, *Raoult*, n° 34832.

contrôle normal. Ce contrôle s'exerce notamment au regard de la gravité et éventuellement de l'ancienneté des faits qui motivent la décision de refus ainsi que de la nature des fonctions auxquelles il est prétendu<sup>14</sup>.

Ce contrôle est applicable aux décisions opposées aux candidats à la magistrature. Ainsi le Conseil d'État a-t-il estimé que commet une erreur de droit le garde des Sceaux, qui se fonde sur la condition de bonne moralité pour rejeter la demande d'intégration directe dans la magistrature d'une candidate au seul motif qu'elle a fait l'objet d'une condamnation à une peine de suspension de permis de conduire, prononcée à titre principal, pour refus d'obtempérer et refus de se soumettre aux vérifications relatives à son véhicule automobile<sup>15</sup>.

Les lois n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne et n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure ont introduit, puis élargi, à l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, les pouvoirs d'enquête sur la compatibilité du comportement des candidats avec l'exercice de certaines fonctions de sécurité (désormais « *les emplois publics participant à l'exercice des missions de souveraineté de l'État* »). Elles ont ainsi redonné un fondement textuel aux pratiques (qui n'avaient pas cessé s'agissant de ces fonctions<sup>16</sup>) d'enquête « de moralité » et ont, en outre, permis la consultation de divers fichiers de police permettant d'appréhender, dans le passé des candidats, bien plus d'événements que le bulletin n° 2 du casier judiciaire n'en révèle.

Ces dispositions ont été appliquées aux candidats à la magistrature. Le décret n° 2005-1124 du 6 septembre 2005<sup>17</sup> pris pour l'application de ces dispositions législatives, qui organise ces enquêtes, mentionne dans ses visas l'ordonnance du 22 décembre 1958, et notamment son article 16. Parmi les emplois publics pour lesquels l'enquête administrative permet de consulter les traitements de données personnelles mentionnés à l'article 230-6 du code de procédure pénale à l'occasion du recrutement, le 2° du paragraphe I de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 6 septembre 2005 vise les magistrats.

S'agissant spécialement des magistrats, la jurisprudence du Conseil d'État fixe, compte tenu du statut constitutionnel de la magistrature, une limite à l'application des règles de droit commun applicables aux fonctionnaires : cette limite est constituée par la nomination en qualité de magistrat. Ainsi, dans une

---

<sup>14</sup> Pour une présentation complète de l'évolution jurisprudentielle, C. Maugué et R. Schwartz, « Compatibilité du principe de l'égal accès de tous les citoyens aux emplois publics et du contrôle exercé par l'administration sur l'aptitude des candidats aux fonctions visées », *AJDA*, 1991, p. 504.

<sup>15</sup> CE 21 janvier 1998, *Mlle F*, n° 176435.

<sup>16</sup> Pour une validation d'une décision prise sur enquête administrative malgré l'effacement des dispositions du bulletin n° 2 du casier judiciaire, CE, 21 juin 1993, *Ministre de l'intérieur c. M. L.* n° 135088.

<sup>17</sup> Décret n° 2005-1124 du 6 septembre 2005 pris pour l'application de l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 et fixant la liste des enquêtes administratives donnant lieu à la consultation des traitements automatisés de données personnelles mentionnés à l'article 230-6 du code de procédure pénale

hypothèse où des agissements indéliçats avaient été commis par une auditrice de justice durant les dernières semaines de sa scolarité à l'ENM et avaient conduit à ce que le garde des Sceaux rapporte le décret de nomination en cette qualité, le Conseil d'État a jugé que « *le principe de séparation des pouvoirs et celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire (...) imposent que des garanties particulières s'attachent à la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire ; qu'ils impliquent notamment que ces derniers ne puissent se voir retirer cette qualité et les garanties particulières qui s'y attachent qu'en vertu de dispositions expresses de leur statut et dans les conditions prévues par ces dernières ; qu'aucune disposition ne prévoit qu'un magistrat de l'ordre judiciaire puisse se voir privé de sa qualité en dehors de la procédure disciplinaire régie par les dispositions figurant au chapitre VII de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; qu'il en résulte que le Président de la République ne pouvait rapporter le décret, fût-il illégal, du 18 juillet 2007 et ainsi priver Mme A, en dehors de toute procédure disciplinaire, de la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire que ce décret lui avait conférée* »<sup>18</sup>.

## **II. – Examen de la constitutionnalité**

### **A. – Le grief**

La requérante ne contestait pas le principe selon lequel l'accès à la magistrature doit être conditionné à des garanties de moralité, mais l'absence de précision quant à la notion de « *bonne moralité* » et aux conditions dans lesquelles celle-ci est appréciée par l'autorité administrative. Dans ses écritures, la requérante soutenait « *qu'il revenait au législateur d'organiser de manière complète les conditions de recrutement des magistrats de l'ordre judiciaire en prévoyant notamment les qualités que les candidats doivent présenter. Il lui incombait à ce titre de fixer les modalités d'appréciation de ces qualités par le pouvoir exécutif mais également les garanties tendant à exclure que ledit pouvoir n'exerce ses attributions de manière arbitraire* ».

Il s'agissait donc d'un grief d'incompétence négative qui, selon la requérante, affectait le principe d'égal accès aux emplois publics.

### **B. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel**

– Il n'existe pas de précédent sur la question de l'appréciation de la moralité des candidats à la magistrature. Toutefois, s'agissant de fonctions juridictionnelles, le Conseil constitutionnel a jugé dans une décision du 1<sup>er</sup> avril 2011 que les

---

<sup>18</sup> CE, 1<sup>er</sup> octobre 2010, n° 311938, concl. Mattias Guyomar

dispositions qui fixent certaines conditions pour accéder aux fonctions de juge au tribunal de commerce, ainsi que de membre du collège électoral qui élit ces juges, et qui imposent aux personnes concernées « *de ne pas avoir été condamnées pénalement pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs* », « *ont pour objet d'assurer que les professionnels appelés à exercer les fonctions de juge au tribunal de commerce ou à élire ces juges présentent les garanties d'intégrité et de moralité indispensables à l'exercice de fonctions juridictionnelles* »<sup>19</sup>. Dans cette espèce, toutefois, d'une part, le Conseil n'était pas saisi de griefs tirés de l'imprécision de la notion de « *bonnes mœurs* » et, d'autre part, la loi subordonne l'incapacité à l'existence d'une condamnation pénale, ce qui constitue un critère précis.

– Dans sa décision du 18 juin 2012 sur les régimes spéciaux de sécurité sociale, le Conseil constitutionnel a précisé les conditions dans lesquelles l'incompétence négative du législateur peut être invoquée dans le cadre d'une QPC. Il a jugé que « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »<sup>20</sup>.

– La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'égal accès aux emplois publics est abondante, notamment s'agissant de l'accès à la magistrature. Elle se fonde sur la troisième phrase de l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui dispose que, tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi « *sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Chaque fois qu'il a eu l'occasion d'examiner des dispositions relatives à la participation de non-professionnels à l'exercice de fonctions judiciaires, ou au recrutement dans la magistrature, le Conseil constitutionnel a vérifié que cette exigence de capacité était respectée.

Il a en a été ainsi pour toute intégration dans le corps judiciaire qu'il s'agisse du recrutement par concours pour exercer directement des fonctions en appel<sup>21</sup>, de

<sup>19</sup> Décision n° 2011-114 QPC du 1<sup>er</sup> avril 2011, *M. Didier P. (Déchéance de plein droit des juges consulaires)*, cons. 1 et 5.

<sup>20</sup> Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale)*, cons. 3.

<sup>21</sup> Décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*, cons. 10.

l'intégration directe dans le corps judiciaire<sup>22</sup>, de l'exercice de fonctions à la Cour de cassation à titre extraordinaire<sup>23</sup>, et des magistrats à titre temporaire<sup>24</sup>.

Le Conseil a notamment jugé dans sa décision du 19 février 1998 précitée que « *les règles de recrutement des magistrats de l'ordre judiciaire fixées par le législateur organique doivent concourir, notamment en posant des exigences précises quant à la capacité des intéressés conformes aux conditions découlant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à assurer le respect tant du principe d'égalité devant la justice que de l'indépendance, dans l'exercice de leurs fonctions, des magistrats ainsi recrutés* » (cons. 8).

Cette exigence est donc renforcée s'agissant de la magistrature tandis que, pour les autres corps de la fonction publique, le Conseil constitutionnel a pu accepter une définition parfois imprécise des conditions de capacité dont il juge toutefois que la mise en œuvre, placée sous le contrôle du juge, ne permet pas de procéder à des nominations en méconnaissance des dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789<sup>25</sup>.

Dans sa décision du 5 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a, dans son considérant de principe, présenté la combinaison des exigences constitutionnelles relatives d'une part, au statut de la magistrature et, d'autre part, à l'égal accès aux emplois publics, en jugeant, après avoir cité le troisième alinéa de l'article 64 de la Constitution et l'article 6 de la Déclaration de 1789, que « *les règles de recrutement des magistrats de l'ordre judiciaire fixées par le législateur organique doivent, notamment en posant des exigences précises quant à la capacité des intéressés, assurer le respect du principe d'égal accès aux emplois public et concourir à l'indépendance de l'autorité judiciaire* » (cons. 4).

### **C. – La conformité à la Constitution des dispositions contestées**

La requérante fondait son argumentation en droit sur cette référence, dans la décision précitée de 1998, aux « *exigences précises quant à la capacité* ». Il estimait que ce qui a été exigé pour l'appréciation des « talents » devait être exigé pour l'appréciation des « vertus ».

Le grief d'incompétence négative était recevable : si, comme le soutenait la requérante, la condition de « bonne moralité » avait conféré à l'administration

<sup>22</sup> Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 39 à 43.

<sup>23</sup> *Ibid.*, cons. 66.

<sup>24</sup> Décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, cons. 11.

<sup>25</sup> Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 12 et décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011, *M. Robert C. (Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique)*, cons. 4.



un pouvoir arbitraire pour s'opposer au recrutement des magistrats, l'incompétence négative du législateur eût affecté par elle-même le principe d'égal accès aux emplois publics.

L'imprécision alléguée de la notion de bonne moralité ou de bonnes mœurs tient au fait que le contexte contemporain rend plus difficile une définition unifiée de cette notion et l'existence d'un consensus social à son égard. Cette notion renvoie en effet, selon une formule du doyen Carbonnier, aux « *coutumes des honnêtes gens, spécialement en matière sexuelle pour un lieu et un temps donné* »<sup>26</sup>. Son domaine de prédilection a ainsi donc longtemps été la « *régulation sociale de la sexualité* »<sup>27</sup>, fondée, historiquement, sur un modèle marital. Or, l'évolution des mœurs, la reconnaissance du droit au respect de la vie privée et de l'égalité ont conduit à dissoudre la cohérence de la notion.

Dans le droit pénal, cette évolution a conduit à la disparition de la notion de bonnes mœurs. Le nouveau code pénal, en 1994, a fait disparaître la notion d'attentat aux mœurs (notamment l'outrage aux bonnes mœurs) et les infractions qui ont succédé aux anciennes infractions visent non tant la répression de l'atteinte à un ordre social que la protection d'une catégorie de personnes (protection des mineurs contre la pornographie ou la pédophilie, protection des victimes d'agressions sexuelles). Les notions de « mœurs », de « pudeur », de « débauche » ont ainsi disparu du code pénal.

Daniel Mayer explique cette évolution. D'une part, « *plus une société devient pluri-éthique, hésitante à se regrouper autour d'une morale prédéterminée, moins on peut espérer trouver le critère précis de distinction du bien et du mal dont le droit pénal a besoin pour protéger les bonnes mœurs* ». D'autre part, « *le droit de regard de la société sur les habitudes de vie de chacun, qui sous-tend la protection pénale des bonnes mœurs, entre en conflit avec le droit à la vie privée* »<sup>28</sup>.

Par suite, l'usage de cette notion dans la loi présente le risque de renvoyer soit à des appréciations subjectives de ce qu'est le bien, soit à une forme de « normalité sociale » juridiquement insaisissable et qui ne se limite pas au seul respect des règles d'ordre public. Comme l'écrit Danièle Lochak, ce flou « *importe peu aussi longtemps que les bonnes mœurs vont de soi, c'est lorsqu'elles ne vont plus de soi [qu'il] peut commencer à faire problème* »<sup>29</sup>.

Si, dans les textes de droit civil, la notion de bonnes mœurs reste très présente, en particulier en droit des contrats, des régimes matrimoniaux et des

<sup>26</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, Themis, Paris, 1982, n° 33, p. 132.

<sup>27</sup> B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, Paris, 2005, p. 14.

<sup>28</sup> D. Mayer « Le Droit pénal, promoteur de la liberté des mœurs », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 56.

<sup>29</sup> D. Lochak, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, in CURAPP, *Les Bonnes mœurs*, précité, pp.15-53

libéralités<sup>30</sup>, la jurisprudence civile a fait reculer la teneur morale de cette notion. Elle a jugé notamment « *que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* »<sup>31</sup> ou, plus récemment, que le contrat de courtage matrimonial « *n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée* »<sup>32</sup>.

Une telle évolution avait déjà conduit le doyen Carbonnier à réviser la présentation de la notion de bonnes mœurs dans la dernière édition de son traité de droit civil : « *La notion de bonnes mœurs évoque à la fois la morale et la coutume, sans s'identifier à aucune d'elles. C'est une morale coutumière, facilement celle d'une classe sociale (bourgeoise ? moyenne). Une morale raisonnable, non insusceptible de variation* »<sup>33</sup>.

En droit de la police administrative, le recours à la notion de bonnes mœurs a également reculé et ce d'autant plus qu'une législation particulière encadrant les publications et les projections de films à caractère pornographique est venue priver partiellement de son utilité l'appréciation de l'atteinte aux bonnes mœurs dans les pouvoirs de police. En droit public, subsistent néanmoins des textes souvent anciens comme celui qui faisait l'objet de la présente QPC. La référence à la moralité subsiste dans d'autres codes pour l'accès à d'autres responsabilités professionnelles, par exemple pour l'inscription au tableau du conseil de l'ordre des médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes (article L. 4112-1 du code de la santé publique) ou pour les personnels d'enseignement et de direction des établissements privés d'enseignement à distance (article L. 444-5 du code de l'éducation).

Le débat sur l'imprécision de la notion de bonnes mœurs correspond au fait qu'il s'agit d'une notion à contenu variable, un standard. Le recours à de telles notions est ancien (« équité », « moralité », « intérêt » de l'enfant ou de la famille, « proportionnalité », « ordre public ») et leur place dans l'ordre juridique a eu tendance à croître, depuis la Seconde guerre mondiale, à mesure que la reconnaissance de droits fondamentaux s'affirmait dans le droit positif. Le propre de ces notions est de laisser un plus important pouvoir d'appréciation au juge et, en outre, de revêtir une signification déterminée par le contexte d'énonciation dans la norme qui l'emploie. Ainsi, la notion d'ordre public ne revêt pas la même signification en droit des contrats, en droit international privé ou en droit administratif. De même, la notion de moralité ne revêt pas le même sens lorsqu'il s'agit de protéger la « *moralité de l'enfant* » dans le code civil (articles 375, 348-6, 371-1 et 378-1) ou lorsqu'il s'agit de recruter un magistrat.

<sup>30</sup> Articles 6, 900, 1133, 1172 et 1387 du code civil.

<sup>31</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 1999, n° 96-11946.

<sup>32</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 4 novembre 2011, n° 10-20114.

<sup>33</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, p. 2036.

Depuis plus de deux cents ans, un débat oppose ceux pour qui le recours à ces notions, et, par suite, au pouvoir d'interprétation du juge, est une source d'arbitraire et ceux qui soutiennent qu'il est la condition de la justice. Hors du droit pénal, ce débat n'est en principe pas constitutionnel.

En effet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la précision de la loi pénale rend problématique le recours à de telles notions à contenu variable dans la définition des infractions. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a pu censurer le recours à la notion de « famille » dans la définition de l'inceste<sup>34</sup>. En revanche, hors du droit pénal, le recours à des notions à contenu variable n'est pas, en lui-même, inconstitutionnel.

S'agissant des conditions de recrutement des magistrats la question n'était pas de savoir si, en-elle-même, la notion de bonne moralité était ou non précise, mais si elle conduisait à conférer à l'autorité administrative un pouvoir arbitraire.

Dans sa décision du 5 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a répondu par la négative à cette question. Il a, en premier lieu, relevé que l'article 16 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 fixe les conditions requises s'agissant de la nationalité, de la jouissance des droits civiques, des diplômes et de l'aptitude physique. Le pouvoir d'apprécier la bonne moralité des candidats ne porte donc que sur des questions étrangères à ces conditions. En deuxième lieu, le Conseil n'a pas estimé que la notion de « bonne moralité » renvoyait à l'appréciation subjective du bien ou du mal par le ministre ou le Conseil d'État, à l'état des mœurs chez « les gens honnêtes » à un moment donné, ou au simple respect des lois d'ordre public. Il a estimé que cette notion s'apprécie par un raisonnement finaliste au regard de la fonction postulée et des devoirs auxquels on est tenu à raison de l'état de magistrat. En l'espèce, il s'agit « *de permettre à l'autorité administrative de s'assurer que les candidats présentent les garanties nécessaires pour exercer les fonctions des magistrats et, en particulier, respecter les devoirs qui s'attachent à leur état* ». De même que la discipline des magistrats peut conduire à ce qu'ils soient sanctionnés pour des manquements à la déontologie, le contrôle de l'accès aux fonctions de magistrat peut prendre en compte des faits qui révèlent une certaine inaptitude à respecter cette déontologie.

En troisième et dernier lieu, le Conseil a jugé que ce pouvoir confié à l'autorité administrative d'apprécier « *les faits de nature à mettre sérieusement en doute l'existence de ces garanties* » s'exerce, comme on l'a rappelé, sous le contrôle du juge, de sorte que les exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789

---

<sup>34</sup> Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *M. Claude N. (Définition des délits et crimes incestueux)*.

n'imposent pas que le législateur organique précise la nature de ces faits et les modalités selon lesquelles ils sont appréciés.

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur organique n'était pas resté en-deçà de sa compétence et il a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution.