Document generated on 07/14/2025 6:20 p.m.

Revue générale de droit

AMBIGUÏTÉ DU STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE EN FRANCE ET LE RÉVÉLATEUR JURISPRUDENTIEL

Anne-Marie Jacomy-Millette

Volume 6, Number 2, 1975

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1059665ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1059665ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Jacomy-Millette, A.-M. (1975). AMBIGUÏTÉ DU STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE EN FRANCE ET LE RÉVÉLATEUR JURISPRUDENTIEL. *Revue générale de droit*, *6*(2), 321–338. https://doi.org/10.7202/1059665ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1975

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

AMBIGUÏTÉ DU STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE EN FRANCE ET LE RÉVÉLATEUR JURISPRUDENTIEL

par A. JACOMY-MILLETTE,
maître de recherche au Centre québécois de relations internationales de l'Université Laval.*

La notion de fonctionnaire et son statut sont définis et régis en France par un ensemble de normes qui se dégagent de la législation aux différents niveaux du bloc de la légalité (dispositions constitutionnelles, statut général, statuts particuliers, décrets, arrêtés, circulaires, instructions) et qui éclairent les étapes de cette longue marche vers le sommet de la carrière de chaque agent, inséré à chaque pause dans une hiérarchie généralement rigide[1]. Ces textes sont en grande partie la codification de principes établis par la jurisprudence, essentiellement le Conseil d'État, ou tribunal suprême administratif, mais aussi le Tribunal des Conflits qui joue le rôle d'arbitre entre les deux instances suprêmes, administrative et judiciaire. Ils créent également des droits nouveaux; ils doivent alors souvent être interprétés par les tribunaux. C'est dire l'importance de la jurisprudence en ce domaine qui ressort, en outre, d'une donnée quantitative, le nombre des sujets de ces droits, environ deux millions de fonctionnaires[2].

Cependant les lignes directrices tracées par le Conseil d'État ou, à la limite, par le Tribunal des Conflits s'imposent à l'évidence à des degrés différents, en fonction de la nature des problèmes et de leur diversité. Il est clair que si l'instance suprême peut donner une orientation qui s'impose en matière de définition de la notion d'agent public ou de toute autre question posée *in abstracto*, en dépit des implications concrètes qui en résultent, il en va différemment à l'égard de questions plus concrètes qui s'inscrivent dans le quotidien du fonctionnaire, avec ses impératifs d'ordre pratique et ses revendications, et qui trouvent plutôt leur solution dans la «concertation», c'est-

---

* L'auteur de cette note a fait de la recherche en 1975 à l'Institut international d'administration publique de Paris, sous la direction de M. Gérard Timsit, directeur de la recherche; cette note est une réflexion sur cette recherche et elle doit beaucoup aux directives de M. Timsit.

[1] Un grand nombre d'ouvrages et d'articles traitent de cette question: V. SILVERA, *La fonction publique et ses problèmes actuels*, 1969; E. AYOUB, *La fonction publique*, 1975; A. PLANTEY, *Traité pratique de la fonction publique*, 2 vols, 1971; à comparer avec *La fonction publique canadienne et québécoise* de P. GARANT, 1973; les développements de R. DUSSAULT sur la fonction publique de ces entités dans le vol. 1 de son *Traité de droit administratif*, 1974; A. BACCIGALUPO, *L'administration québécoise*, 1975.

[2] A Comparer avec les effectifs de la fonction publique québécoise, 1965 41 847; 1975: 49 394 (BACCIGALUPO, *op. cit.*, p. 20), auxquels on doit ajouter entre 30 et 70 000 «occasionnels» (*ibidem*).

à-dire dans les négociations entre le gouvernement et les syndicats portant principalement sur les questions de salaires. Aussi cette concertation aboutit-elle à des accords qui sont tenus de par la logique et la pesanteur du rapport des forces en présence mais ne peuvent cependant être invoqués devant le Conseil d'État s'ils vont à l'encontre des textes en vigueur[3].

Les tribunaux sont appelés à définir la notion d'agent public et à en tracer les limites, en opposition à la définition d'agent relevant du droit privé et, de ce fait, de la compétence des tribunaux judiciaires, à l'occasion des litiges qui leur sont soumis. C'est une des conséquences de la distinction établie en France entre tribunaux — et droit — administratifs, et tribunaux judiciaires — et droit privé. Ces décisions font autorité.

Il nous appartient cependant de souligner qu'elles s'inscrivent dans un contexte politico-économique. La situation juridique de l'agent public s'est présentée successivement sous deux aspects. En 1909, les tribunaux parlent encore de contrat de droit public alors qu'en 1937 le caractère légal et réglementaire du statut des fonctionnaires est affirmé[4]. Dans le même sens, les critères adoptés pour définir les deux notions d'agent public et de fonctionnaire varient dans le temps. Le critère fondamental, depuis 1954[5], est celui de «participation directe de l'agent à l'exécution d'un service public[6]».

Des difficultés apparaissent et la jurisprudence donne parfois des solutions peu pratiques, comme dans le cas *Mazerand* où la même personne agent d'exécution est selon le Tribunal des Conflits à la fois agent public et agent re-

---

[3] Conseil d'Etat (C.E.) 23 mars 1973, *Fédération du personnel de la Défense nationale* (C.F.D.T.) Rec. 247; cf. M. VOISSET, *Concertation et contractualisation dans la fonction publique*, Act. jur., D.A., 1970, 388; cf. *infra*, note 79.

[4] C.E. 7 août 1909, *Winke .*, Rec. 826; 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*, Rec. 843; cf. art. 5, Ordonnance de 1959; cf. même évolution au Canada et au Québec où, selon le professeur Garant, on part de la conception contractuelle pour tendre à la conception statutaire (*op. cit.* p. 40), malgré certaines décisions récentes des tribunaux attachées à la première conception (*Vautrin* v. *Le Ministère des Finances et le Procureur général de la province de Québec* (1969) C.S. 390; v. aussi DUSSAULT, *op. cit.* p. 244.

[5] Au Canada et au Québec les lois réglementant la fonction publique sont d'origine récente et de même les définitions: cf. *Loi de la fonction publique*, S.Q. 1965, c. 14, art. 1(5): «fonction publique» désigne l'ensemble des emplois et fonctions relevant du gouvernement de cette province et énumérés à l'article 2; (6) «fonctionnaire» désigne un employé de la fonction publique autre qu'un sous-chef ou un ouvrier (au Québec et au Canada le terme «sous-chef» désigne généralement le sous-ministre); cf. *Loi sur les relations du travail dans la fonction publique*, S.C. 1966-67, C. 72, devenue S.R.C. 1970, c. P-35, art. 2: «fonction publique» désigne l'ensemble des postes qui sont compris dans un ministère, département ou autre élément de la fonction publique du Canada que spécifie à l'occasion l'annexe 1, ou qui en relèvent.

[6] C.E. 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, Rec. 342; 20 mars 1959, *Lauthier*, Rec. 198 (participation directe au fonctionnement du service public du logement); à comparer avec la définition canadienne du fonctionnaire donnée dans *R.* v. *Whitaker* (1914) 10 Cr.A.R.245: «One who discharges any duty in which the public are interested for which he is paid out of moneys provided for the public service; and must be either a «judicial» or «ministerial» officer.»

levant du droit privé[7]. Il est facile d'en déduire que l'unité de juridiction — et aussi de droit applicable — serait peut-être souhaitable en l'espèce. Des problèmes se posent également à l'égard du statut juridique d'agents qui participent à la formulation des décisions, comme les emplois supérieurs et les membres des cabinets ministériels[8].

Agent public est le terme générique qui recouvre parmi ses diverses acceptions la notion, plus limitée, de fonctionnaire. Le concept de fonctionnaire ne se présente pas en France comme un bloc monolithique. En effet, la législation privée — codes civil et pénal — accepte des définitions plus larges que celle qui nous est donnée par le statut général des fonctionnaires formulée de la manière suivante: sont fonctionnaires ceux qui sont «nommés dans un emploi permanent» et qui ont été «titularisés dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'État, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'État[9]».

De plus, le statut général ne couvre pas toutes les catégories de fonctionnaires. Il est de nombreux statuts dérogatoires, particuliers ou spéciaux[10]. Dans la définition précédente, nous relevons les principes directeurs du statut du fonctionnaire français placé dans le contexte du système de carrière, permanence et sécurité de l'emploi, hiérarchie des grades, centralisation, tels que fixés par les textes et la jurisprudence.

L'organisation de la fonction publique française est centrée sur la notion de carrière. Selon le conseiller d'État Louis Fugère, «on entend par système de la carrière un système dans lequel l'agent public une fois recruté devient membre d'un corps ou d'un cadre hiérarchisé comportant des emplois de niveaux différents où il passera toute sa vie professionnelle en franchissant des grades et en occupant divers postes[11]». Ce système s'oppose au système de

---

[7] Tribunal des Conflits, 25 novembre 1963, Rec. 792; il s'agit de l'employée d'une école qui a 2 occupations, surveillance du chauffage et garderie d'enfants; N. aussi C.E. 24 avril 1964, Rec. 240: un médecin vacataire des établissements pénitentiaires participant au fonctionnement du service public est un agent contractuel de droit public; C.E. 6 novembre 1964, Rec. 516: un chirurgien dentiste chargé des soins dentaires dans un centre d'internement administratif ne l'est pas.

[8] Les titulaires de ces postes ne sont pas toujours des fonctionnaires; cependant les tribunaux leur ont généralement reconnu la qualité d'agent public: C.E. 13 mars 1912, Rec. 334; C.E. 11 avril 1919, Rec. 395.

[9] Art. 1, Ordonnance N° 59-244 du 4.2 1959; comparer à art. 106, 107, 427, Code civil; art. 175, 177, 197, 198, 224, Code pénal; art. 2, Statut 14.9.1941; art. 1, Loi 19.10.1946; note Gonidec sous T.C. 25 mars 1957, *Gagliardi*, Sirey 1957.398; même diversité au Canada et au Québec: v. art. 107, S.R.C. 1970, c. C-34 (Code Criminel); S.R.C. 1970, C. P.-32 (*Loi sur l'emploi dans la focntion publique, Can.*); S.Q. 1965, c. 14 (*Loi de la fonction publique, Québec*); v. aussi R. v. *Whitaker* (1941) Cr. App. R. 245;) *R.* v. *MacMorran* (1948) 3 D.L.R. 237; P. GARANT *op. cit.*, p. 2-5; R. DUSSAULT, *op. cit.*, p. 228.

[10] Les corps recrutés par la voie de l'ENA, les corps enseignants (particuliers); les magistrats de l'ordre judiciaire, les militaires, les personnels de police (spéciaux), par exemple; il en est de même au Canada et au Québec où des lois expresses confèrent un statut spécial à certains groupes d'employés, magistrats, substituts du procureur général, agents de la paix, membres de la sûreté du Québec, membres des cabinets ministériels, personnel affecté à des tâches confidentielles, enseignants, agents et délégués généraux du Québec à l'étranger.

[11] *La fonction publique*, études et choix de textes commentés, 1966, p. 154.

l'emploi où l'agent est recruté pour occuper un poste déterminé et est donc plus mobile. Chacun de ces sytèmes a des avantages et des inconvénients[12]. Il convient cependant de souligner qu'une trop grande rigidité structurelle est à rejeter dans une société industrialisée contemporaine.

La réglementation française de cette carrière établie par les textes se caractérise dans la plupart des cas par un manque de souplesse et d'adaptabilité au contexte mouvant de la société nationale et également mondiale. Il en résulte des points de friction ou d'évasion plus ou moins importants qui, dans ce cadre limité de la carrière du fonctionnaire, tendent à opposer l'État à ses agents, pris individuellement ou collectivement. Les arrêts du Conseil d'État qui en sont le principal révélateur, ne traduisent néanmoins que très partiellement l'importance qualitative et quantitative de ces points de divergence. Tout d'abord, ne sont portés devant cet organe étatique que les questions qui ont fait l'objet d'un litige (décisions) ou qui sont susceptibles de créer des conflits (avis). De plus, un grand nombre de ces conflits se traduisent aujourd'hui par des actes dépassant les frontières juridiques et opposant le gouvernement et les syndicats, dans ce climat d'incertitude et de confrontation de fait, créé par la récession économique.

Un point intéressant à noter à l'égard du statut du fonctionnaire est la distinction fondamentale tracée par la doctrine et la jurisprudence entre grade et emploi[13]. Le grade est «le titre qui confère à ses bénéficiaires vocation à occuper l'un des emplois qui leur sont réservés[14]». L'emploi est une fonction: c'est le poste de travail du fonctionnaire, et une entité budgétaire: les crédits budgétaires correspondants. Le fonctionnaire est en quelque sorte «propriétaire» de son grade, par analogie avec les grades de l'armée, mais il n'a pas de droit «acquis» à son emploi. Un grade donné confère bien une «vocation» à occuper un emploi mais si l'intérêt du service l'exige, un fonctionnaire peut être affecté à un emploi réservé normalement au titulaire d'un grade inférieur. Dans le même sens, un fonctionnaire peut avoir comme autorité hiérarchique supérieure un fonctionnaire de grade inférieur. Si le principe était d'application générale, il pourrait en résulter une meilleure utilisation des compétences et énergies. Les illustrations des cas précédents se révèlent cependant à l'analyse peu nombreuses excepté dans la haute administration. On voit d'ailleurs mal les syndicats accepter de telles pratiques pour la masse des fonctionnaires.

---

[12] Cf. *Fougère, op. cit.*; v. aussi les fonctions publiques au Québec et au Canada: dans le 1er cas le système de carrière aurait été adopté récemment, en 1965, alors que dans le 2e cas il s'agirait d'un système original empruntant des éléments aux 2 sources: cf. GARANT, *op. cit.* p. 24-5; pour DUSSAULT, *op. cit.*, p. 237, elles sont au «carrefour des 2 grandes traditions»; cf. BACCIGALUPO, *op. cit.* souligne l'ambivalence du régime juridique de la fonction publique québécoise (21).

[13] R. SAVY, *Le grade et l'emploi*, (1968) Dalloz Sirey, chr. 25; V. SILVERA, *La distinction du grade et de l'emploi dans la fonction publique*, (1958) Act. Jur. D.A. 33; au Québec on retrouve cette distinction «unique en son genre en Amérique du Nord» (GARANT, *op. cit.*, p. 64).

[14] Art. 28, Ordonnance 1959.

Le fonctionnaire français, selon l'expression consacrée, «fait carrière». Son accès à ces emplois bénéficie donc d'une protection particulière qui est précisée par des conditions d'emploi et s'articule autour de principes fondamentaux[15].

L'application de ces garanties dont l'interprétation est donnée principalement par le Conseil d'État à l'occasion des litiges qui lui sont soumis ou des questions qui lui sont posées, engendre des points de friction qui portent parfois sur des questions fondamentales liées à la conception globale de l'homme et de la vie en société à laquelle le fonctionnaire-citoyen adhère. Dans la trilogie, liberté-égalité-fraternité, le deuxième terme l'emporte généralement.

Si dans les pays de *common law*, le citoyen s'attache traditionnellement surtout à l'idée de liberté[16], en France depuis 1789 c'est l'idée-force d'égalité qui sert de fondement aux revendications des agents publics, en particulier à la base de la pyramide. Par contre, au sommet, c'est-à-dire au niveau des hauts fonctionnaires, la notion de liberté et une conception élitiste dominent[17].

Le principe d'égalité des citoyens français pour l'accès à la fonction publique est, dans son application, étroitement surveillé par le fonctionnaire ou par le syndicat auquel il appartient et, de ce fait, par les organismes chargés d'arbitrer ce contrôle au plan juridique, les tribunaux administratifs.

Cette remarque est valable pour la majorité des cas et ce, d'autant plus que le procédé de droit commun d'accès à la fonction publique ou à chacun des corps qui le composent est le concours, différent du procédé de l'examen par son *numerus clausus*[18]. Ce mode de recrutement constitue une des garanties fondamentales auxquelles seule la loi peut déroger ou autoriser à déroger[19]. Il subsiste cependant une marge de choix discrétionnaire reconnue par la jurisprudence, comme dans le cas des emplois supérieurs[20].

---

[15] Cf. conditions de nationalité, droits civiques, obligations militaires et aptitudes physiques; v. au Canada et au Québec: le recrutement repose sur le principe du mérite, c'est-à-dire de la compétence et des aptitudes réelles du candidat (GARANT, *op. cit.*, p. 183).

[16] *Contra* Y. OUELLETTE, «...la tradition juridique britannique... est le produit d'une société farouchement égalitaire»; mais il se place dans une optique particulière, la responsabilité civile des fonctionnaires, (1975) 18(1) *Administration publique du Canada* 1-16, p. 2.

[17] A. DARBEL et D. SCHNAPPER, *Morphologie de la haute administration française*, 1. *Les Agents du système administratif*, 1969; P. LALUMIERE, *les hauts fonctionnaires*, D. 1959, chr. 241.

[18] Art. 18, Ordonnance de 1959; il y a souvent double concours, externe, ouvert sur titres, et interne pour les fonctionnaires: au Québec le procédé de droit commun est l'examen, GARANT, *op. cit.*, p. 186; au fédéral c'est ou bien le concours ou une méthode de sélection répondant au besoin particulier, art. 10, S.R.C. 1970, c. P-32.

[19] Conseil constitutionnel, 19 février 1963, Act. Jur. D.A. 1963.427; la réglementation du concours est souvent lourde et rigide; elle a cependant pour objectif de lutter contre l'arbitraire, en application des idées-force de liberté et démocratie égalitaire; manquant de souplesse, elle s'adapte parfois mal à l'accélération et aux mutations progressives dans le temps et dans l'espace des besoins en ressources humaines.

[20] Il n'existe pas de liste exhaustive de ces emplois «à la discrétion» du gouvernement; un commencement de liste figure dans le décret du 21 mars 1959 et le Conseil d'Etat statue progressivement sur les autres cas qui lui sont soumis. Au Québec il y a également des modes de recrutement particuliers pour quelques catégories de fonctionnaires, S.Q. 1965, c. 14, art. 34, L.Q. 1969, c. 14, art. 30.

Le principe d'égalité a d'abord été tracé par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dans les termes suivants: «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» (art. 6). De nos jours il est repris par le préambule de la Constitution de 1958. Le Conseil d'État contrôle la légalité des mesures refusant l'accès à la fonction publique. Il vérifie notamment si la décision est fondée sur des considérations d'ordre politique, religieux, ou d'inégalité entre les sexes[21].

Le Conseil d'État contrôle également et sanctionne les irrégularités dans l'opération à procédure conduisant à la titularisation, le stage et la nomination, et tout au long de la carrière du fonctionnaire, en matière de notation, avancement, traitement, avantages sociaux, et enfin lors de la cessation d'activité.

Ainsi, par exemple, à l'égard des nominations à un emploi vacant, il s'attache à déceler les nominations 'pour ordre' (qui ont pour objet de donner un titre ou un grade auquel l'intéressé n'a pas droit sans pourvoir à un emploi)[22], rétroactives et anticipées.

La compétence en matière de notation, qui conditionne l'avancement, relève du pouvoir discrétionnaire du chef de service, mais elle est soumise au triple contrôle d'instances paritaires, des autorités hiérarchiques et du juge. Les notes chiffrées données aux fonctionnaires sont des actes administratifs susceptibles d'être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir[23].

Les deux volets du diptyque notation et avancement sont importants dans un système de fonction publique basé sur la notion de carrière où le fonctionnaire n'envisage généralement pas de quitter le secteur public pour le secteur privé, excepté aux couches supérieures de la hiérarchie. Il en résulte que sur ce plan comme précédemment, le principe d'égalité sera revendiqué avec force — et jalousement — par cette base de la pyramide alors que les notions de liberté, choix, mobilité et, en un sens, les privilèges, caractérisent le sommet, c'est-à-dire l'élite de ce corps pesant, structuré et rigide que constitue la fonction publique française.

Les fonctionnaires sont placés dans une position régulière, conforme à leur statut comportant une affectation. Selon le statut général ils sont en activité, en service détaché (ou en délégation pour certains corps), hors cadre, en disponibilité et sous les drapeaux. D'autres positions sont créées par des textes, tel le congé spécial ou l'absence rémunérée. Chacune de ces positions,

---

[21] Nous reverrons ces points ultérieurement.

[22] C.E. 30 juin 1950, *Massonaud*, Rec. 400.

[23] C.E. 23 novembre 1962 *Camara*, Rec. 627; v. pour les militaires, concl. Boutet dans C.E. 7 décembre 1973, *Guillemin*, Act. Jur. D.A. 1974.92; pour les magistrats: C.E. 31 janvier 1975, *Volff, Exertier*, Act. Jur. D.A. 1975.138.

soulignons-le, correspond à des règles précises[24]. Mais il convient de distinguer les positions de fait et de droit, les premières étant le résultat de la rigidité des structures et donc des tentatives d'accommodement. Cependant pour la majorité des fonctionnaires ces questions ne posent pas de problèmes majeurs et ou bien chacun s'intègre dans une position donnée ou l'administration accepte certaines positions de fait.

Il en va différemment au sommet de la hiérarchie ou dans les cas particuliers de membres des cabinets ministériels[25] où le principe d'égalité est souvent ignoré ou contourné au moyen notamment de positions de détachements, délégations, mises en disponibilité, congés spéciaux, etc.[26].

Plusieurs facteurs contribuent à cette déviation dont la concurrence — à ce niveau là — avec le secteur privé, comme les liens entre haute administration et politique[27], ou les impératifs de mobilité du personnel pour un rendement optimum global. Il n'en demeure pas moins que l'utilisation de ces possibilités transforme les données de base du statut en une conception élitiste et individualiste. En effet, le haut fonctionnaire retrouve dans la fonction publique une situation confortable s'il le désire, à l'issue de tentatives dans le secteur privé.

En sens inverse — et c'est la rançon des privilèges — le gouvernement est libre de prendre des décisions fortement teintées d'arbitraire à l'égard de celui qui ou bien n'est plus politiquement indispensable ou simplement utile ou encore a cessé de lui plaire[28]. Il est donc des lignes de tension qui font osciller le pendule et en déforment les règles. Le Conseil d'État tente d'en atténuer les effets en contrôlant particulièrement les modalités de fluidité de ce groupe de fonctionnaires[29].

Tout fonctionnaire a droit, après service fait, à une rémunération dont le montant est fixé en fonction du grade ou de l'emploi. Le droit au traitement est bien une garantie fondamentale que seule la loi peut restreindre[30]. Mais il

---

[24] V. Ordonnance 1959 et décrets d'application.

[25] Le temps de service dans un cabinet compte comme durée de service public effectif, C.E. 9 mars 1962, *Douzans*, Rec. 159; 10 ans dans un cabinet ministériel permettent la nomination (autour extérieur) comme maître des requêtes au Conseil d'Etat, C.E. 11 avril 1919, *Labussière*, Rec. 395.

[26] Pour la majorité des fonctionnaires, petits et moyens, les possibilités de détachement sont réglementées minitieusement et nuisent à la fluidité qui serait souvent bénéfique; A. GANDOLFI, *La mobilité dans la fonction publique*, Rev. adm. 1966.247; A. DEMICHEL, *Les Fregoli de la fonction publique. Remarques critiques sur le détachement*, Dall. Sir. 1969. chr. 29; la fonction publique québécoise n'est pas aussi fermée qu'en France, l'échange entre les secteurs, public et privé, s'effectue plus facilement.

[27] V. *infra*, p. 14.

[28] Les cas récents de déplacement des préfets en constituent une illustration.

[29] C.E. 8 novembre 1974, *Ass. des admin. civils du Min. de la Santé*, Act. Jur. D.A. 1975 43; le C.E. prononce la nullité de nomination dans le corps préfectoral de membres de cabinets ministériels après la démission du gouv.: C.E. 10 mai 1950. Rec. 275; 17 mai 1972, Dal. 1973.351.

[30] C.E. 7 décembre 1962, *Fédération gén. des fonct. C.G.T.-F.O.*, Rec. 677.

est de nombreux moyens pour transformer cette garantie égalitaire en privilèges pour certains, notamment grâce aux primes et indemnités, à tel point que dans la haute fonction publique ou au Ministère des Finances, il est parfois impossible de connaître le salaire réel, si le traitement de base est connu de tous.

Les limites véritables en ce domaine sont apportées par les normes concernant les interdictions de cumul tracées par la législation ou la jurisprudence[31]. Mais là encore, il est des accommodements et dérogations, en particulier au sommet de la pyramide ou pour certains corps.

La cessation définitive des fonctions se produit dans des cas bien délimités. Ses points névralgiques se situent essentiellement dans les modalités du licenciement et de la révocation-sanction que le Conseil d'État contrôle particulièrement, la stabilité de l'emploi étant un point cardinal du statut du fonctionnaire français. Notons cependant que la notion de licenciement «dans l'intérêt du service» peut parfois se poser. Il est alors appuyé sur de sérieuses garanties. Pour la grande majorité des fonctionnaires, le licenciement n'est pas discrétionnaire. Il est prononcé pour insuffisance professionnelle, incapacité physique d'exercer les fonctions ou dans le contexte de suppression d'emploi régie par une législation spéciale. Le Conseil d'État surveille l'application de ces règles et, en fait, le licenciement est presque impossible sauf motif grave ou cas spéciaux.

Parmi ces exceptions figurent les titulaires d'emplois supérieurs pour lesquels le licenciement dans l'intérêt du service est discrétionnaire — le fait du prince — et peut avoir lieu sans aucune faute de la part de l'intéressé[32]. La seule limite consiste en la nécessité de la communication du dossier à celui qui est touché par cette mesure.

La révocation, qui est une sanction pour faute, est prononcée pour manquements professionnels, dans le contexte du pouvoir de l'autorité hiérarchique. Le Conseil d'État est parfois appelé à contrôler la légalité de cette mesure, rarement adoptée et entourée de garanties.

Elle est précédée de la communication du dossier, de la consultation d'un conseil de discipline et éventuellement de la proposition d'un organisme qualifié.

---

[31] J.Y. PLOUVIN, *Les cumuls d'activité des agents publics*, 1974-75 Ann. fonct. publique 147; C.E. 20 mars 1974 *Bourges, Spenale*, Rec. 382.

[32] C.E. 24 juin 1949, Rec. 304 et 20 janvier 1956, Dall. 1957 Jur. 319: *Nègre*; Au Canada et au Québec le licenciement qualifié généralement de mise à pied constitue une des règles du jeu. En cas de cessation d'emploi il y a mise à pied au fédéral. Au Québec la situation semble plus proche du cas français, avec cependant absence de protection juridictionnelle des foncitonnaires qui ne relèvent pas des conventions collectives; alors qu'au fédéral il a été institué un tribunal d'arbitrage habilité à entendre ces cas (GARANT, *L'Ethique dans la fonction publique*, (1975) 18 *Administration publique du Canada* 65-90, p. 83.

Si le fonctionnaire est généralement attaché à la conception égalitaire, il n'en revendique pas moins l'héritage prestigieux des libertés publiques inscrites aujourd'hui comme hier dans la Constitution et énoncées dans différents textes d'application plus immédiate[33].

Le fonctionnaire jouit de la liberté de conscience dans sa vie professionnelle et, avec encore plus de force, dans sa vie privée. Une mention de ses opinions philosophiques, politiques ou religieuses ne doit pas figurer à son dossier et ne doit pas influencer les décisions de l'administration le concernant. Cette liberté de conscience s'applique à tous les domaines. Le Conseil d'État en contrôle les applications.

Ainsi, les opinions politiques de l'intéressé, candidat à la fonction publique ou fonctionnaire, ne doivent pas être présentées comme des motifs justifiant un rejet de candidature ou une mesure disciplinaire[34].

Cependant des nuances et, de ce fait, des distinctions s'imposent. Des dérogations sont apportées à cette règle dans le cas des emplois supérieurs où les intéressés peuvent être relevés de leurs fonctions pour convenances politiques[35].

Dans le même sens, les convictions religieuses ne doivent pas affecter les décisions de l'administration[36].

En matière d'égalité des hommes et des femmes, la jurisprudence a évolué au cours des dernières décennies. Si en 1975 l'égalité est la règle, avec toutefois des tempéraments, il n'en a pas toujours été ainsi. L'évolution jurisprudentielle est marquée notamment par une décision du Conseil d'État de 1936, reconnaissant aux femmes une aptitude légale à occuper des emplois dans la fonction publique, sous réserve des restrictions imposées par les nécessités du service[37].

---

[33] V. art. 10, Déclaration de 1789; Préambules des constitutions de 1946 et 1958; art. 16, loi 19 octobre 1946; art. 13, Ordonnance 4 février 1959; comparer à Déclaration canadienne des droits de l'homme, S.C. 1960, c. 44; le statut général de la fonction publique «manifeste clairement le souci du Parlement de protéger le fonctionnaire dans l'exercice de ses libertés» (GARANT, *op. cit.*, p. 353); et législation québécoise de 1975.

[34] C.E. 28 mai 1954 *Barel*, Rec. 308; 1er octobre 1954 *Guille*, Rec. 496.

[35] V. décrets 20 juillet 1949, 21 mars 1959; concl. Donnedieu de Vabres dans C.E. 13 mars, *Teissier*, D. 1953, Jur. 735; cf. au Canada les hauts fonctionnaires sont les conseillers du pouvoir politique et il doit règner entre ces deux pouvoirs un climat de confiance (GARANT, *L'éthique dans la fonction publique, op. cit.*, p. 81); le règlement québécois du 17 juin 1974 prévoit: art. 8: «Pendant les heures de service le membre de la fonction publique doit faire preuve de neutralité politique»; art. 9: «Sauf le cas où il se porte candidat, le membre de la fonction publique doit, lors d'une élection fédérale ou provinciale s'abstenir de toute activité politique partisane...»; art. 10: «en dehors des heures de service, le membre de la fonction publique doit faire preuve de la réserve qu'impose son rang dans la hiérarchie lors de la manifestation publique d'opinions politiques».

[36] C.E. 3 mai 1950, *Dlle Jamet*, Rec. 247; les opinions religieuses d'un candidat ne peuvent justifier le rejet d'une candidature à un emploi public: C.E. 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau*, Rec. 464.

[37] C.E. 3 juillet 1936, *Dlle Bobard*, Rec. 721.

Cependant un recul est marqué par le régime de Vichy[38].

Le statut de 1946 s'inscrit à nouveau dans l'évolution égalitaire. Il applique le principe fondamental énoncé dans la constitution de la même année de l'égalité des deux sexes[39], en l'assortissant néanmoins de réserves inscrites dans des disposition spéciales et tenant à la nature et aux conditions des fonctions[40]. En 1959 les mêmes principes sont adoptés[41].

Ces principes fondamentaux étant posés, il convient de préciser que la liberté d'expression, ou d'extériorisation de la liberté d'opinion, comporte des limites à la fois dans l'exécution du service et en dehors du service. Ainsi le Conseil d'État contrôle dans quelle mesure l'intérêt du service peut se trouver atteint par la liberté d'expression et justifier l'adoption de mesures disciplinaires.

Les fonctionnaires peuvent exprimer leurs opinions politiques et adhérer à un parti. Cependant ce parti doit respecter les principes de souveraineté nationale et de démocratie. Comme l'écrit Alain Plantey dans son traité, un minimum de loyalisme national et républicain est exigé des fonctionnaires[42]. Il s'agit de l'extension de la notion de devoir de réserve (que nous aborderons ultérieurement) qui est fonction des responsabilités de l'agent. Il est évident que les manifestations de loyalisme à l'égard du (ou des) parti au pouvoir sont en fait favorisées pour un grand nombre de fonctionnaires dans des postes-clés et s'imposent pour les titulaires d'emplois à la discrétion du gouvernement.

Dans le même sens, la pratique religieuse ne doit pas influencer les décisions de l'administration. Comme le souligne la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, «nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi». Cependant en 1912 le Conseil d'État a estimé que l'état ecclésiastique allait à l'encontre du principe fondamental de laïcité de l'enseignement au niveau primaire et secondaire[43].

* * *

[38] Art. 26, loi du 14 septembre 1941: «les femmes ont accès aux emplois publics dans la mesure où leur présence dans l'administration est justifiée par l'intérêt du service.» Cette clause était assortie d'un *numerus clausus*.

[39] Préambule, Constitution du 27 octobre 1946: «La loi garantit à la femme dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme»; art. 7, loi du 19 octobre 1946.

[40] V. par ex. C.E. 6 janvier 1956, Rec. 4; 28 janvier 1972, Rec. 90; 21 avril 1972, Rec. 300.

[41] Art. 7, Ordonnance 4 février 1959; C.E. 2 mai 1959, *Dame Viauroux*, Rec. 280; le principe est appliqué aussi en faveur des hommes: C.E. 23 février 1968 *Michel*, Rec. 132.

[42] *Op. cit.*, No. 524; constitue une faute disciplinaire le refus d'obéir aux instructions de participer aux cérémonies du 11 novembre: C.E. 5 novembre 1952, *Vrécord*, Rec. 487; C.E. 27 mai 1955, *Dame Kowaleski*, Rec. 297.

[43] C.E. 12 mai 1912 *abbé Bouteyre*, Rec. 553: il s'agissait de la candidature d'un ecclésiastique au concours de l'agrégation de philosophie; cependant le Conseil d'Etat a jugé qu'un professeur du niveau secondaire ne peut être écarté de ses fonctions parce qu'il devient ministre du culte (Avis du 21 septembre 1972).

Le principe égalitaire d'application concrète l'emportant sur les revendications d'une liberté idéale — qui reste à définir — la tendance à l'union des fonctionnaires en associations et syndicats chargés de la défense de leurs intérêts s'impose, en dépit de pressions opposées fondées sur l'individualisme, émanant surtout des hauts fonctionnaires qui s'identifient souvent au pouvoir politique de l'heure. Le droit syndical est reconnu aux fonctionnaires tardivement après la deuxième guerre mondiale par la Constitution du 27 octobre 1946 et la loi portant statut général des fonctionnaires, également d'octobre 1946[44]. Ce statut est présenté et commenté par le secrétaire général du parti communiste de l'époque, Maurice Thorez[45].

Certaines catégories de fonctionnaires ne sont cependant pas autorisées à exercer le droit syndical comme préfets, sous-préfets, militaires, diplomates[46].

Les lois de 1946, 1952 et 1959 ainsi que la jurisprudence précisent ce droit syndical dans la fonction publique. C'est essentiellement dans la définition de ces limites que se situent les points de friction. Où se situe la frontière entre la liberté syndicale et respectivement l'obéissance hiérarchique — voire la discipline, le devoir de réserve et la neutralité politique du fonctionnaire[47]? Une réponse globale et définitive n'est pas donnée par le Conseil d'État qui statue pour chaque cas d'espèce en opposant, ou conciliant, les prérogatives du syndicat et les exigences du service public. Une donnée fondamentale soustend cependant les solutions: l'action syndicale doit se limiter à la défense des intérêts «professionnels» communs[48]. Par ailleurs l'exercice du droit syndical associé au devoir de réserve est rendu plus difficile pour certaines catégories de fonctionnaires[49]. Rappelons enfin que certaines catégo-

[44] Préambule, Constitution du 27 octobre 1946: «Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.»

[45] *Le statut général des fonctionnaires*, texte de la loi et commentaire par M. Thorez, Paris, C.D.L.P.; au Canada le droit syndical dans la fonction publique est reconnu en 1967 au niveau fédéral, en 1965 au Québec (*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, S.R.C.1970, c.P-35; S.Q. 1965, c.14, L.Q. 1969, c.14; ce droit est d'autant plus important que le statut de la fonction publique est en partie statutaire et en partie établi sur des négociations (par ex. au niveau fédéral, l'Alliance de la fonction publique négocie directement avec le Conseil du Trésor).

[46] V. au Canada où les agents du ministère des Affaires extérieures ont le droit syndical.

[47] C.E. 18 mai 1956, *Boddaert*, Rec. 213 (l'obligation de déférence à l'égard du supérieur est moins stricte pour celui qui agit comme représentant syndical); cependant v. Trib.adm. Paris, 17 janvier 1956, *Pastra*, Rec. 205 (un représentant syndical ne peut publier d'écrits injurieux pour les supérieurs hiérarchiques ou le gouvernement); cf. au Québec: Grief *Doris Charland*, 10 juin 1969 (le vice-président d'un syndicat local est destitué pour avoir encouragé et appuyé une cessation concertée de travail), Garant *op. cit.*, p. 237.

[48] V. C.E. 18 mai 1956, *Boddaert*, Rec. 213; 14 mars 1958, *Etienne*, Rec. 167; 8 juin 1952, *Frischmann*, Act.Jur. D.A. 1962.443; l'action syndicale ne doit pas présenter un caractère politique — ce qui est difficile à réaliser dans le contexte politique français — par ex. dans le cas C.G.T. — P.C.F. et dans une moindre mesure C.F.D.T. — parti socialiste; cf. art. 73, Loi québécoise de la fonction publique refuse l'affiliation à tout syndicat qui fait de la politique «partisane» ou finance un parti politique; art. 39, Loi fédérale sur les relations de travail dans la fonction publique refuse l'accréditation à l'association d'employés qui perçoit ou verse de l'argent à un parti politique.

[49] Magistrats par ex.: v. S. Grevisse dans C.E. 1er decembre 1972, *Dlle Obrego*, Rec. 771; *Volff* et *Exertier*, C.E. 3 janvier 1975, Act. Jur. D.A. 1975.138.

ries de fonctionnaires ne sont pas autorisées à former des syndicats (préfets et militaires).

Le droit syndical est associé étroitement à son corollaire, le droit de grève. Avant la constitution de 1946 la grève était illicite dans la fonction publique parce qu'elle menaçait le principe fondamental de continuité du service public. L'administration pouvait donc révoquer les grévistes en dehors des garanties apportées par la procédure disciplinaire[50].

Les constituants de 1946 et 1958 ont reconnu ce droit à tous les travailleurs, fonctionnaires inclus. Cependant ils ont prévu que l'exercice de ce droit serait réglementé par la législation[51]. Or une législation d'ensemble n'a pas été adoptée pour la fonction publique. Seules quelques lois interdisent la grève dans certains secteurs (police, C.R.S., services extérieurs de l'administration pénitentiaire, certains personnels de la navigation, personnels des transmissions du ministère de l'Intérieur, magistrats)[52].

Il appartenait donc aux tribunaux, en premier lieu au Conseil d'État, d'en tracer les limites, en particulier par un arrêt de 1950, dans une perspective de conciliation de la défense des intérêts professionnels et de la sauvegarde de l'intérêt général. Fait intéressant à noter, le Conseil habilite le gouvernement à fixer, sous le contrôle du juge, la nature et l'étendue des limitations à apporter à ce droit, en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public[53]. Et, en fait, il déclare illicites les mesures gouvernementales présentant un caractère général[54]. Il cherche à établir si les limitations sont imposées par les exigences du service public et de l'ordre public[55].

Les difficultés demeurent. Ainsi tracer les limites de l'usage abusif dans un contexte de confrontation socio-politique est parfois malaisé. Tout comme les juridictions judiciaires, le Conseil d'État condamne la grève politique mais à cet égard il est parfois amené à porter des jugements de valeur pour fixer une distinction entre grève professionnelle licite et grève politique illicite[56].

Le fonctionnaire français est également défendu et protégé par tout un réseau de garanties qui se placent à différents niveaux, strictement juridique,

---

[50] C.E. 7 août 1909, *Winkell*, Rec. 817; 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*, Rec. 843.

[51] Préambule, Constitution 27 octobre 1946: «Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.»

[52] Comparer au droit québécois interdisant la grève aux agents de la paix, aux agents non syndicables et à ceux n'appartenant pas à la catégorie «salariés».

[53] C.E. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. 426; C.E. 4 février 1966, *Syndicat nat. des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radio-électriques, Rev.drt. publ.* 1966.324.

[54] C.E. 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts F.O.*, Rec. 596.

[55] C.E. 28 novembre 1958, *Lepouse*, *Rev.drt.publ.* 1959.306; à comparer à droit québécois: la grève ne peut intervenir qu'en autant que puissent être maintenus les services essentiels.

[56] Cass. Civ. *Dunlop*, 5 mars 1953, drt soc. 1953.226; C.E. 11 février 1955, *Bernot*, Rec. 97; 8 février 1961, *Rousset*, Rec. 85.

(responsabilité civile et pénale), ou administratif, par ex.[57]. Nous en avons vu certaines illustrations. En fait, ces garanties ont plus ou moins d'efficacité en fonction du rapport des forces en présence, l'État-employeur et les fonctionnaires.

Si le fonctionnaire a des droits il a aussi des obligations. Un des traits essentiels du statut de la fonction publique est la notion de pouvoir hiérarchique érigée en principe général de droit. «On considère très généralement que le principal moteur qui assure à l'administration tout à la fois sa puissance et sa cohésion réside dans le pouvoir hiérarchique[58].»

Le pouvoir hiérarchique du supérieur et sa réciproque, l'obéissance hiérarchique du subordonné, se traduit à l'égard des personnes et des actes. Le subordonné reçoit des instructions — ordres individuels ou prescriptions générales[59]. Il est tenu d'obéir sous peine de sanction disciplinaire, excepté en cas d'illégalité manifeste et de nature à compromettre gravement un intérêt public ou le fonctionnement du service public[60]. Dans cette dernière hypothèse — illégalité manifeste et grave — il y a alors devoir légal de désobéissance[61].

Cependant certaines catégories d'agents bénéficient en raison de la nature de leurs fonctions d'une indépendance plus marquée à l'égard de la hiérarchie. Tel est le cas notamment des magistrats du siège ou des magistrats de la Cour des Comptes qui sont d'ailleurs inamovibles, ou encore dans une certaine mesure des membres du corps enseignant, en particulier au niveau universitaire. Dans le sens contraire, les militaires sont soumis à des règles de hiérarchie et de discipline plus strictes, néanmoins contestées de nos jours dans ce contexte de «malaise» de l'armée.

Le fonctionnaire français doit être «obéissant» mais également «réservé». L'obligation de réserve est une construction de la jurisprudence du Conseil d'État qui statue en fonction des responsabilités assumées par ces fonc-

---

[57] V. les principales garanties fondamentales posées par la loi et mises en oeuvre par l'exécutif; les garanties administratives (par ex.: nécessité d'une motivation de la sanction disciplinaire, C.E. 28 mai 1965, *Dlle Riffault*, Rec. 315; recours administratifs); les garanties juridictionnelles (recours contentieux du fonctionnaire dans ses rapports avec l'administration); protection pénale et civile du fonctionnaire à l'égard du public; comparer avec le rôle de protection joué par les Commissions de la fonction publique (Canada et Québec) lorsqu'elles agissent comme tribunal administratif, et les différents organes et procédures décrits dans GARANT, *op. cit.*

[58] P. DI MALTA, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, 1961; cf. DUSSAULT, *op. cit.* p. 200: «Sur le plan formel l'Administration, fédérale et québécoise, repose sur des structures hiérarchiques. La présence de la ligne hiérarchique constitue en fait le pivot de toute l'organisation administrative autour duquel gravitent plusieurs autres principes.»

[59] V. art. 18 *Loi de la fonction publique* (Québec): «le sous-chef possède un pouvoir général de surveillance et de direction sur chaque employé du Ministère»; GARANT, *op. cit.*, p. 235, *et seq.* (sous-chefs: présidents d'organismes, sous-ministres en titre, associés et adjoints).

[60] C.E. 18 janvier 1963, *Perreur*, Dal. 1963.234; 12 novembre 1944, *Langneur*, Rec. 288. cf. Au Canada: *Chaput* v. *Romain*, 1955 R.C.S. 834; grief *Evangéline Bourdages*, 23 octobre 1970 (-notion d'illégalité grave et flagrante).

[61] Art. 114, 184, 190 C. Pénal (France); au Canada: art. 199 et 200, Code Criminel.

tionnaires dans la vie sociale, en raison de leur rang dans la hiérarchie et de la nature de leurs fonctions[62].

Les fonctionnaires chargés d'un mandat syndical échappent parfois aux obligations dont ils sont tenus comme fonctionnaires, mais uniquement dans la mesure où l'exercice de ce mandat évolue dans le cadre de la défense des intérêts professionnels[63]. Les difficultés d'application de cette règle sont évidentes et entraînent une sorte d'inadaptation de l'obligation de réserve à l'activité syndicale.

Lorsque cette obligation de réserve porte sur les activités dans l'exécution du service, il est déjà parfois difficile d'en tracer les contours. Mais que dire de l'application que la jurisprudence en fait parfois en portant des jugements sur la vie privée des fonctionnaires[64]. Où s'arrête le droit de regard de l'État à l'égard de la vie privée de l'individu? En outre, une plus grande réserve est exigée des agents ou bien occupant un emploi supérieur «à la discrétion» du gouvernement ou étant simplement de hauts fonctionnaires ne figurant pas sur la liste des emplois supérieurs. Comme l'écrivait le commissaire du gouvernement dans l'affaire *Guille*, «certains emplois supérieurs sont si étroitement associés à l'action gouvernementale qu'ils en sont une sorte de reflet sur le plan administratif et qu'il est dans la nature des choses d'attendre de leurs titulaires non pas une simple réserve, mais un véritable loyalisme envers les institutions et même le gouvernement[65]». Nous l'avons déjà souligné.

Un manquement à obligation de réserve peut justifier des mesures disciplinaires plus ou moins graves, comme dans le cas de la mise à la retraite d'office du Général de Bollardière en juillet 1973 à l'occasion des essais nucléaires français en Polynésie.

En liaison avec l'obligation générale de réserve se pose la question de la neutralité politique et religieuse. Sur le premier plan, politique, le Conseil d'État étudie si les faits reprochés au fonctionnaire étaient ou n'étaient pas incompatibles ou inconciliables avec sa fonction, qu'ils se soient produits ou non dans l'exécution du service. Dans le deuxième cas, religieux, le Conseil d'État porte son attention sur les faits relevés dans l'exécution du service[66].

La doctrine relève d'autres catégories d'obligations dans le service et hors du service. Elle relève notamment que le fonctionnaire doit se consacrer

---

[62] SILVERA, *op. cit.*, N° 126; Québec: V. GARANT, *L'Ethique dans la fonction publique, op. cit.*: «l'obligation de réserve en matière politique n'a pas un contenu fixe: elle varie suivant les circonstances, la nature des fonctions occupées, la matière concernée et la manière de s'exprimer.»

[63] *Supra*, note 48.

[64] C.E. 20 juin 1958, *Louis*, Rec. 368; 22 décembre 1965, *V.*, Act.Jur. D.A. 1966.373.

[65] Concl.Laurent, C.E. 1er octobre 1954. *Guille*, Rec.496.

[66] R. BOURDONCLE, *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français*, 1957; G. VEDEL, *Apprentis sorciers et chasse aux sorcières*, Preuves, décembre 1954; R. CATHERINE et G. THUILLIER, *Conscience et pouvoir*, 1974.

exclusivement à sa fonction et être désintéressé, ce qui prohibe les cumuls d'emplois et les différentes modalités de trafic d'influence, concussion, ingérence et corruption, condamnées par le Code pénal[67].

Les sanctions des obligations que nous avons esquissées se situent à différents niveaux, civil, pénal, budgétaire, administratif et disciplinaire. C'est le dernier point qui nous intéresse aujourd'hui. En premier lieu notons qu'il n'est pas de définition légale de la faute disciplinaire. Il appartient à l'autorité responsable de la définir pour chaque cas d'espèce sous le contrôle du juge[68]. L'autorité responsable est généralement le supérieur hiérarchique: le pouvoir disciplinaire est une des branches du pouvoir hiérarchique. Cependant les sanctions disciplinaires sont prévues par les textes. La peine disciplinaire revêt un caractère fonctionnel. Elle porte sur les intérêts de carrière du fonctionnaire et sur ses avantages statutaires.

Le fonctionnaire qui estime la sanction illégale peut en appeler au juge administratif en vue de son annulation.

L'ensemble du contentieux de la fonction publique, qui comprend la question des sanctions disciplinaires, relève de la compétence des juridictions administratives[69]. Or on constate au cours des dernières années un accroissement important du nombre des recours des fonctionnaires, environ la moitié du contentieux administratif, ce qui — selon Plantey — traduit une crise de confiance de la part des agents[70]. De plus, les recours sont essentiellement formés par des fonctionnaires d'un rang élevé, le petit fonctionnaire ou le cadre moyen préférant agir par l'intermédiaire de son syndicat[71].

La gestion de la fonction publique relève d'organismes traditionnels et de nouvelles institutions issues des bouleversements politiques, sociaux et économiques de la deuxième guerre mondiale et mises en place par le statut de 1946. Deux tendances se dégagent principalement, coordination et participation. Coordination par les organismes centraux, participation essentiellement au niveau des organismes ministériels.

---

[67] Au Canada le Code pénal (qui relève de la compétence fédérale)règlemente des problèmes similaires (cf. art.107-117); voir *Lemire* v. *La Reine* (1965) R.C.S. 174; voir aussi le serment d'office des fonctionnaires (GARANT, *op. cit.*, p. 259); lire la controverse Baccigalupo-Loiselle dans le *Devoir* des 20-2-1975 et 7- 4-1975 sur les rapports entre les hommes politiques et les fonctionnaires.

[68] C.E. 28 mai 1965, *Dlle Riffault* Rec. 315, aux termes du statut général (art. 31) la sanction doit être motivée.

[69] Plantey relève en 1971 que pensions, traitements et indemnités font l'objet de 42% des requêtes; recrutement et classement, 18%; positions, 10%; droit disciplinaire, 8% (*op. cit.*, N° 2992).

[70] *Op. cit.*, N° 2991; il s'agit peut-être d'une crise de confiance mais la solution du recours au tribunal me semble être souvent supérieure pour le bien-être de la collectivité à celle des moyens de pression collectifs tels que la grève fréquemment utilisée dans les démocraties occidentales tant pour des questions importantes que pour des problèmes mineurs ou n'impliquant qu'un petit nombre d'employés de l'Etat, conflits qui trouveraient peut-être leur solution devant un tribunal.

[71] Conseil d'Etat, *Etudes et documents*, Paris, 1967, p. 171.

Le statut de 1946 charge le premier ministre de veiller globalement à l'application du statut, avec l'aide de la nouvelle Direction de la Fonction publique[72]. Le chef du gouvernement délègue ses pouvoirs à un ministre ou à un secrétaire d'État chargé à la fois de veiller à l'application du statut et à promouvoir la réforme administrative. Dans ces deux domaines la tâche est facilitée par les avis du Conseil d'État qui a une longue tradition de conseiller du gouvernement. La direction de la fonction publique agit en collaboration, ou en opposition, avec un organe traditionnel, la direction du budget du Ministère des Finances qui n'a pas renoncé aux prérogatives de fait qu'elle s'était attribuées avant 1946, dépassant largement ses compétences en matière de contrôle financier[73]. À la tête de chaque ministère le ministre traditionnellement responsable de cette gestion avant l'adoption du statut de 1946, a vu ses pouvoirs s'amenuiser progressivement et, de ce fait, a perdu une partie de ses pouvoirs discrétionnaires[74].

La nouvelle législation a également pour objet d'assurer la participation institutionnelle du personnel à la gestion de l'ensemble des rouages administratifs dans le cadre du Conseil supérieur de la fonction publique à l'échelon national, et des commissions administratives et comités techniques au niveau ministériel. Comme l'écrivait Maurice Thorez, «le statut prévoit la participation étroite des syndicats de fonctionnaires à la gestion du personnel et aux questions d'organisation et de techniques par le moyen d'organismes paritaires de deux sortes, les commissions administratives et les comités techniques[75]».

Cependant si le statut de 1946 tendait à donner un rôle important aux organes de participation, l'ordonnance de 1959 portant modification du statut général, a restreint leurs pouvoirs[76]. À part les cas particuliers fixés limitativement par les textes notamment en ce qui concerne les commissions administratives paritaires, la compétence de ces organes est facultative. Ils sont donc simplement des acteurs secondaires au niveau de la prise de décision.

Ces organismes consultatifs sont composés en nombre égal de représentants de l'administration et des fonctionnaires (ceux-ci étant généralement désignés par les organisations syndicales les plus représentatives).

Le Conseil Supérieur et les comités techniques ont une compétence d'ordre général, le premier, par exemple, devant être consulté pour l'élabo-

---

[72] Cf. art. 17, loi du 19 octobre 1946; art. 15, Ordonnance du 4 février 1959.

[73] SILVERA, *op. cit.*, N° 46; PLANTEY, *op. cit.*, N°s 970 *et seq.*

[74] C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir règlementaire des ministres*, 1970; comparer avec le Canada où le Cabinet dans son ensemble joue un rôle, ainsi que le «sous-chef» (GARANT, *op. cit.*, p. 55-6).

[75] *Supra*, note 45.

[76] Ordonnance du 4 février 1959, décret N° 59-306 du 14 février 1959; cf. l'évolution des pouvoirs du Conseil supérieur de la fonction publique devenu simple chambre d'enregistrement, par J. SIWEK-POUYDESSEAU, dans (1971-72) *Ann. Int. de la fonction publique*, pp. 161-179.

ration des statuts particuliers, les deuxièmes donnant des avis, à l'initiative du ministre intéressé, sur l'organisation et le fonctionnement de leur administration, et les modifications des règles statutaires. Les commissions administratives paritaires, par contre, connaissent des mesures individuelles concernant la carrière du fonctionnaire, en particulier l'avancement et la discipline[77]. C'est donc essentiellement au niveau de la commission que se dégagent les multiples points de friction, révélateurs de la complexité de la réglementation du quotidien du fonctionnaire, dans les perspectives d'avenir de carrière[78].

Ainsi au niveau conceptuel de l'organisation de l'administration les textes de 1946 et 1959 ont bien prévu une participation syndicale aux travaux du Conseil et des comités techniques. La plupart des auteurs soulignent cependant la faible portée de cette représentation syndicale en ce domaine. En revanche, au plan pratique, ces dispositions facilitent les rencontres, le dialogue et peuvent conduire à l'ébauche de négociations se concrétisant ultérieurement par des accords.

Coordination et participation formelles, deux termes qui ne sont pas obligatoirement antinomiques, cèdent donc le pas devant la concertation de fait. Car c'est au niveau des négociations entre le gouvernement et les syndicats que les problèmes considérés par les fonctionnaires comme prioritaires sont discutés et trouvent des solutions qui ne sont généralement pas définitives. Le Conseil d'État, dans son rôle contentieux, ne reconnaît pas la valeur juridique des accords ainsi élaborés en matière de conditions de travail et salaires lorsque — selon la formule — ils vont à l'encontre des textes en vigueur[79].

Au terme de cette recherche, l'impossibilité d'appliquer un corps de législation globale, structurée et articulée, couvrant tous les personnels et réglementant tous les aspects de la fonction publique, s'impose à l'évidence.

Il existe bien un statut général à l'ordonnancement logique qui, à la lecture, semble donner des réponses à la plupart des questions que l'on se pose en ce domaine. Cependant des failles apparaissent dans l'édifice. D'une part, de nombreux statuts particuliers et spéciaux, adoptés avant ou après 1946, apportent des dérogations au statut général. D'autre part, des pratiques utilisées comme palliatifs à une situation de fait temporaire, s'installent dans la continuité et le presque définitif, comme en témoigne le nombre des «non-titulaires» de toutes sortes — auxiliaires ou contractuels — recrutés par l'administration.

---

[77] Il existe une commission par corps de fonctionnaires.

[78] C.E. 27 novembre 1964, *Féd. gén. des Synd. chrétiens*, Act.Jur. D.A. 1964.713.

[79] C.E. 23 mars 1973, *Fed. du pers. de la Déf. Nat.* (CFDT) Act.Jur. D.A. 1973.503; Y. SAINT-JOURS, *Reflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique*, *Drt. Soc.* 1975.225; cf. *supra*, note 3.

Le rôle du Conseil d'État en la matière se révèle à l'analyse primordial. Au plan conceptuel tout d'abord, la rédaction des divers statuts cristallise et reproduit souvent les principes qu'il a dégagés progressivement dans ses avis ou ses décisions. Au plan pratique de la protection réelle du fonctionnaire, par ailleurs, le Conseil signale les abus, les points chauds à corriger et propose des solutions qui tout en n'étant pas révolutionnaires se caractérisent souvent par leur bon sens et sagesse.

Il demeure cependant que les grands problèmes socio-économiques de l'heure trouvent leurs solutions partielles, fragmentées en dehors des cadres strictement juridiques. On va au delà du *legal realism* qui nie le rôle déterminant de la règle de droit — les statuts en l'espèce — pour mettre en exergue les décisions du juge — ici essentiellement le Conseil d'État. On se place alors dans maintes instances au niveau du Verbe, des négociations et surtout de la confrontation permanente.

Le droit de la fonction publique devient à la limite la transposition au plan national de la conception Mcdougalienne du droit international, un processus continu de création (si le mot n'est pas trop grand) qui doit s'adapter à l'évolution générale de la société. Les auteurs de ce droit ne sont plus seulement les Conseillers d'État, orientés vers le passé juridique du pays, mais aussi les parties aux conflits à la recherche de solutions de compromis et d'un équilibre qui à peine réalisé devient instable.