

Valeurs du service public, éthique et déontologie des personnels d'encadrement

Philippe RAIMBAULT

Professeur de droit public,
directeur de l'institut d'études politiques (IEP) de Toulouse

ESEN - Séminaire APAENES - 18 novembre 2010

La **sociologie des organisations et les théories du management** font un constat classique : tout changement dans l'organisation ou le fonctionnement d'une institution est **anxiogène** et **génère de ce fait des résistances**. La **différence entre le travail prescrit et le travail réel** en est une illustration, particulièrement patente dans un contexte d'évolution importante.

En tant qu'institution, la **fonction publique n'échappe évidemment pas à cette logique**. Il est donc tout à fait **pertinent de s'interroger sur les valeurs** qui fondent l'action du service public et des fonctionnaires qui le servent. Celles-ci constituent en effet d'**utiles repères** pour ces derniers, surtout ceux d'encadrement, dans la mesure où, même si les modalités d'action évoluent, les **valeurs qui fondent le service public** demeurent quant à elles pour l'essentiel **inchangées**.

En outre, l'**intégration du fonctionnaire dans une fonction publique de carrière** – contrairement au *spoils system* *anglo-saxon* - dont l'**organisation hiérarchique est une des principales caractéristiques le conduit à s'engager durablement au service d'une institution**. Pour autant, ses **droits et libertés fondamentaux individuels ne sauraient être éludés**. Il est totalement impossible d'imposer un **reniement complet de l'individu, même dans l'armée** depuis l'imposition d'une **obligation de désobéissance par jurisprudence du Tribunal de Nuremberg**.

Dès lors, les **contraintes résultant de l'appartenance à la fonction publique doivent être conciliées avec les droits et libertés du citoyen**. L'une des façons de bien prendre conscience de l'ensemble de ces enjeux consiste à d'abord **rappeler les finalités de leur action**, notamment en **qualité de personnels d'encadrement** et les **principes d'action du service public** (§1), avant de **s'attarder sur ce qui constitue la déontologie du fonctionnaire**, à savoir **certaines de ses obligations statutaires** (§2).

1. LES VALEURS DU SERVICE PUBLIC

Le terme de valeurs peut ici revêtir **deux significations** : il peut en effet d'abord s'agir des **notions qui fondent l'intervention de la puissance publique** et justifient l'existence du service public (A), mais il est également possible de **renvoyer aux règles qui structurent le fonctionnement du service public** (B).

1.1. Les notions fondatrices

La notion fondamentale, quasi identitaire pour le service public et le droit administratif qui le régit, est celle d'intérêt général. En effet, même si **l'intérêt général peut parfaitement être présent dans l'action privée**, parfois de **manière involontaire ou inconsciente** (ex. : pharmacie, boulangerie... qui servent l'aménagement du territoire) et **ne se limite donc pas à l'action publique**, son **importance est fondamentale** pour l'administration. De fait, **l'intérêt général constitue véritablement la raison d'être** – obligation et non faculté – de **l'action publique** en tant qu'il exprime un **besoin collectif**. L'intérêt général est donc une **constante dans la définition des missions de l'État** et de l'action administrative. Sa satisfaction constitue d'ailleurs **l'élément fonctionnel du service public**. La **multiplicité des références** à cette notion d'intérêt général **dans les discours politiques et les textes juridiques** témoigne que la **fonction d'arbitrage assignée aux collectivités publiques** reste **d'une grande actualité**. Mais les nombreuses utilisations ne permettent en rien de définir l'intérêt général : la **notion est approximative dans la jurisprudence et dans la législation**.

Il faut néanmoins **s'efforcer de préciser ce que recouvre l'expression**, tâche relativement ardue car **deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent** : la **conception utilitariste** fait de l'intérêt commun la **somme des intérêts particuliers** (cf. *Adam Smith*) alors qu'une **vision volontariste** ne se satisfait pas d'une conjonction des intérêts - essentiellement économiques - l'intérêt général est alors l'expression de la volonté générale politiquement déterminée, ce qui **confère à l'État des missions d'arbitrage particulières**. La **tradition républicaine française** s'inscrit dans la **filiation volontariste** de l'intérêt général mais un débat existe toujours entre ces deux conceptions¹.

¹ Conseil d'État, *Rapport annuel 1999. Réflexions sur l'intérêt général*, EDCE, La Documentation française.

Pour qui cherche à l'identifier de manière abstraite, l'intérêt général est le « *Bien Commun* » laïcisé, mais sa portée est **plus philosophique que juridique**. Il faut dès lors s'efforcer de le **circonscrire concrètement, grâce à ses démembrements** : police, enseignement, protection de la santé... Historiquement, on constate alors une **extension et une diversification incessante de l'intérêt général**. Dans les **1920**, l'intérêt général est **limité par l'idéologie libérale dominante**. L'État libéral **préfère encadrer les activités par le biais de la police administrative** plutôt que de les concurrencer par ses services publics. Il se limite généralement aux fonctions régaliennes de l'État gendarme. **Entre les deux guerres**, le libéralisme cède du terrain, **l'interventionnisme augmente** et de **nouveaux besoins apparaissent et sont peu à peu pris en compte** :

- dans le domaine économique, mouvement du **socialisme municipal** ;
- dans le **domaine culturel**, le théâtre voit sa position à l'égard du service public évoluer dans la jurisprudence : CE 7 avril 1916 *Astruc* ; CE, 21 janvier 1944, *Léoni* ;
- dans le **domaine social**, **l'évolution de la Sécurité sociale illustre cette extension** de l'intérêt général.

Ainsi, l'intérêt général a **d'abord été compris comme ordre public administratif**, ce qui n'autorisait pas son utilisation dans le domaine industriel et commercial **avant d'être envisagé simplement comme un besoin collectif** qui montre l'existence d'un service public potentiel. Par ailleurs, **l'intérêt général peut recouvrir des réalités différentes selon le niveau territorial auquel il est pris en compte**. Cette **notion relative** reste donc très **dépendante du contexte social et politique** qui **ne peut donc pas avoir de rôle unificateur dans l'ordonnement juridique, ni même au sein du droit administratif**.

Ce constat est d'autant plus vrai qu'il n'y a **pas de lien entre l'existence d'un intérêt général à satisfaire et la nature de l'organisme qui le réalise, d'où la dévolution possible à des personnes privées**. Cette **évolution montre bien que l'intérêt général ne saurait être le critère de définition de l'action publique**.

Malgré le **caractère imprécis de la notion**, qui **ne facilite pas le contrôle juridictionnel** et permet parfois à **l'administration d'échapper au respect du droit**, elle demeure et ne saurait être **condamnée car elle assure une certaine cohérence et la légitimité de l'action publique**. Son imprécision tient certainement au fait qu'elle n'est peut-être que **l'habillage juridique d'une conception politique**.

Pour **conclure** sur ce point, il faut insister sur le fait que **l'intérêt général est bien un concept à la fois juridique, politique et philosophique**. Son **importance** est donc **capitale pour comprendre les ressorts, fondements et limites de l'action publique**.

Une **autre notion mérite d'être évoquée**, bien qu'elle n'ait pas de consécration juridique véritable : celle de **satisfaction des usagers**. L'administration est effectivement censée agir dans cet objectif. **Longtemps dissimulée derrière l'intérêt général** et sans traduction juridique réelle, elle est aujourd'hui **mise en exergue dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (RGPP)**, qui s'efforce de **valoriser la qualité de prestation des services publics**.

A côté de ces notions fondatrices, d'autres **valeurs se déploient** dans l'organisation et le fonctionnement des services publics : les « **lois** » **du service public**.

1.2. Les « lois » du service public

Il est **traditionnellement admis que trois principes** – dénommés « lois de Rolland » - sont **applicables à tous les services publics**, qu'ils soient administratifs (SPA) ou industriels et commerciaux (SPIC), gérés par une personne publique ou privée. Il s'agit des **principes de mutabilité, de continuité et d'égalité**, lesquels connaissent des évolutions importantes dans leurs formes classiques (1) et sont enrichis par **l'émergence de nouveaux principes** (2).

La subjectivation des lois de Rolland.

Fruits d'une systématisation doctrinale de la jurisprudence du début du XX^{ème} siècle, **trois principes se sont diffusés** et fait connaître à compter des années 30 **sous l'appellation relativement malencontreuse de « lois de Rolland »**. En dépit de l'hommage qu'elle rend au maître qui les a identifiés² et du prestige législatif dont elle auréole les principes, la **formule n'est effectivement pas des plus précises** et ne saurait **en rien renseigner sur la valeur juridique à leur attribuer**³. Elle s'est **néanmoins ancrée dans le patrimoine juridique**, offrant aux « lois » en cause une telle **notoriété** que **l'administré le plus rétif aux secrets de l'alchimie juridique** est désormais capable, de **manière certes plus intuitive** que le spécialiste, **d'évoquer les plus célèbres en citant sans coup férir l'égalité et la continuité**.

² Le travail de systématisation de la jurisprudence est effectivement opéré par L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, Paris, 1934, n° 23, pp. 15-16.

³ Le terme de « lois » doit alors être entendu au sens que lui attribuait Montesquieu dans l'Esprit des lois, à savoir « *comme des rapports nécessaires qui résultent de la nature des choses* ».

Ces divergences minimes quant à la détermination des principes n'altèrent de toute façon pas le **consensus doctrinal relatif à leurs justifications**. Tous les auteurs soulignent effectivement que ces « lois » expriment « **l'essence du service public** »⁴ dans la mesure où elles **imposent à l'administration de satisfaire l'intérêt général dans des conditions qui correspondent toujours aux besoins collectifs**. Ce faisant, elles contribuent évidemment à **assurer la légitimité des services publics**, leur respect permettant à ces derniers de répondre concrètement aux exigences des usagers. C'est d'ailleurs pourquoi ces principes sont souvent **présentés comme étant prioritairement tournés vers la satisfaction du public**. Si cette analyse ne peut être contestée, il convient néanmoins de remarquer que **l'affirmation de ces lois justifie classiquement pour l'essentiel l'octroi de prérogatives exorbitantes au bénéfice de la puissance publique**. En effet, la nécessité de concrétiser les objectifs de continuité ou de mutabilité oblige à conférer à l'Etat ou aux personnes chargées de la gestion du service public des pouvoirs spécifiques. Ainsi par exemple, le fonctionnement « *sans heurts, sans à-coups, sans arrêts* »⁵ du service public au profit des citoyens justifie jusqu'en 1946 que les pouvoirs publics **interdisent la grève aux fonctionnaires**⁶ ou, aujourd'hui encore, qu'ils imposent à leurs cocontractants de **poursuivre l'exécution du contrat, y compris dans des conditions économiques particulièrement défavorables**. De même, la « loi de changement » du service public qui correspond normalement à la fourniture d'un niveau de prestations adapté aux besoins des usagers peut-elle en quelque sorte se retourner contre ces derniers, lorsqu'elle permet de **justifier la fermeture d'un service public**, du fait de **l'absence de droit acquis à son maintien**. Ainsi, **exception faite de l'égalité** qui semble plus nettement porteuse de droits individuels, il apparaît que les « lois du service public » **ne profitent habituellement pas directement aux usagers**, mais qu'elles **servent d'abord à justifier l'existence de prérogatives spécifiques au bénéfice des gestionnaires des services publics**. L'objectif final est certes la satisfaction des individus, mais **ce but permet – avant tout ? - de légitimer les pouvoirs octroyés à la puissance publique**.

Cette lecture du phénomène est du reste **confortée a contrario** par le constat classique du **refus du juge d'admettre la transformation de ces principes en droits subjectifs des administrés**. Dès lors, il est bien clair que les « lois du service public » correspondent dans leur acception traditionnelle à **un arsenal de justification des mécanismes exorbitants mis au service de la puissance publique**. Dans cette perspective, elles ne sont évidemment **pas directement mobilisables par des administrés qui souhaiteraient en obtenir l'application**.

Pendant, **la jurisprudence administrative des trente dernières années** conduit à **relativiser un peu ce constat**. Plusieurs arrêts, parfois prolongés par les textes, convergent en effet pour **instiller une dose de subjectivation dans l'ordre objectif des « lois du service public »**. Il ne s'agit certes pas de considérer qu'une transformation totale de nature affecte ces principes, désormais devenus de réels droits subjectifs des administrés. Mais il apparaît toutefois que **la description classique du phénomène ne suffit plus à rendre compte du droit positif, lui-même influencé par un contexte politique individualiste** beaucoup plus marqué. Il n'est donc **en rien question de récuser la logique objective** qui anime les « lois du service public », mais **simplement de montrer qu'une lecture subjective de cette réalité peut également être proposée**. Loin de se substituer au prisme traditionnel, **l'interprétation subjective s'y superpose** pour aider à mieux comprendre les évolutions du droit des services publics. Il semble donc à la fois **possible et légitime de s'interroger sur le degré de subjectivation des « lois du service public »** afin de **déterminer dans quelle mesure les individus se les sont appropriées pour en revendiquer l'application directe à leur situation**.

De ce point de vue, il semble indispensable de **distinguer le cas de l'égalité**, dont la subjectivation était prévisible tant elle est inscrite au cœur d'un principe marqué par sa dualité (a), **de celui des deux autres « lois du service public »**, dont la subjectivation est plutôt prescrite par les progrès de l'individualisme juridique (b).

1.2.1. L'égalité, une subjectivation inscrite dans le dualisme du principe

Placé, comme l'illustre la devise républicaine, au cœur du corpus juridique français par les révolutionnaires, le **principe d'égalité** n'a depuis lors **jamais subi de réelles contestations**. Logiquement doté d'une **valeur constitutionnelle**, il est d'ailleurs aujourd'hui le **principe le plus souvent invoqué dans les saisines du Conseil constitutionnel et du juge administratif**, ce qui témoigne du **profond attachement des requérants à son respect**. Il n'est du reste **nul besoin d'insister sur son importance dans le droit positif national**.

Il n'y a sur un sujet aussi connu guère d'espoir d'innover et mieux vaut donc d'emblée, à l'instar d'une doctrine unanime sur ce point, **adopter l'image mythologique** de François Luchaire, lequel qualifie l'égalité de « **Janus constitutionnel** »⁷ pour exprimer l'idée d'un principe à deux faces.

⁴ Les auteurs de la plupart des manuels usuels empruntent l'expression au commissaire du gouvernement TARDIEU, lequel l'utilise dans ses « Conclusions sur CE, 7 août 1909, Winkell », Rec. p. 1302.

⁵ L. ROLLAND, Précis de droit administratif, op. cit., p. 16.

⁶ CE, 7 août 1909, Winkell, Rec. p. 826 et p. 1294, concl. Tardieu ; S. 1909, III, p. 145, concl., note Hauriou ; RDP 1909, p. 494, note Jèze.

⁷ F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », RDP 1986, p. 1229 et s.

Dans sa **version la plus classique**, souvent dite **formelle**, l'égalité se présente alors comme **l'affirmation d'une nécessaire identité de traitement** et revient par là-même à **exclure toute idée de discrimination**. Le droit positif porte de multiples traces attestant l'importance de cette conception de l'égalité, depuis l'article 1^{er} de la Constitution qui interdit les distinctions fondées sur la race, l'origine ou la religion jusqu'au mécanisme de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Dans cette perspective qui est à n'en pas douter celle des premiers arrêts imposant le respect du principe d'égalité aux services publics⁸, **tous les citoyens doivent bénéficier des mêmes prestations**.

La **critique d'une telle conception** s'est toutefois vite exprimée. Vulgarisée par le discours marxiste, elle consiste principalement en une **dénonciation de l'ignorance feinte des différences sociales existantes**, l'égalité demeurant de ce fait largement insusceptible se réaliser concrètement. Elle **ne peut dès lors être conçue comme un simple moyen juridique**, mais doit être **envisagée comme un objectif du droit**. C'est pourquoi, **dans une version plus tardive**, indistinctement qualifiée de réelle ou matérielle, **l'égalité correspond à une revendication de traitement différencié**, demande elle-même fondée sur la nécessité de pallier les écarts entre les situations sociales initiales des individus pour construire une réelle égalité dans la société.

Assez vite conscient de la **légitimité politique de chacune de ces deux conceptions**, le **juge administratif** s'est finalement **efforcé de ne pas vraiment trancher** entre elles, en consacrant des **possibilités de dérogation à l'égalité formelle qui traduisent en fait la recherche d'une égalité réelle**. C'est ainsi qu'il a admis dès 1958 que **l'intérêt général puisse justifier des différences de traitement**, avant de consentir dans la foulée à ce que des **différences de situation produisent le même effet**. Ayant peaufiné sa formulation, il énonce aujourd'hui dans une proposition devenue classique, qu'une **différence de traitement « implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure »**⁹. Quant au **juge constitutionnel**, il **s'est aligné sur cette jurisprudence** pour finalement établir dans un considérant évidemment purgé de la référence à la loi, « *que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹⁰. Cette belle unanimité sur le choix des critères de dérogation à l'égalité formelle confirme avec éclat que **les deux conceptions de l'égalité sont finalement consacrées par les juges nationaux**. La première – **l'égalité formelle** – bénéficie certes de l'onction **d'une qualification de principe**, mais son **caractère d'exception n'empêche toutefois pas l'égalité réelle de s'affirmer avec force**, notamment dans la jurisprudence relative au fonctionnement des services publics. Une telle consécration atteste manifestement le **développement de l'égalité réelle dans le corpus juridique national** et, n'annihilant pas pour autant toute référence à l'égalité formelle, **rappelle le dualisme fondamental du principe**. Dans ces conditions, **la tentation de subjectivation du principe, notamment sous la forme d'un droit à un traitement différencié** censé rétablir l'égalité entre les individus, **s'explique plus aisément** car elle représente finalement l'aboutissement d'une logique inscrite au cœur même du principe.

Des **tentations de subjectivation du principe d'égalité se font donc jour**. Ainsi, la **revendication de traitement différencié**, popularisée dans le discours politique sous l'expression contestable de « **discrimination positive** »¹¹, représente à n'en pas douter la **figure la plus perceptible du mouvement de subjectivation** évoqué, mais elle n'en constitue pourtant **pas l'unique expression**. Sous une forme certes plus implicite, émerge en effet une demande tendant à la **reconnaissance d'un droit à un traitement identique**.

L'idée d'un droit à la différence s'inscrit à l'évidence **dans le prolongement de la catégorie jurisprudentielle des « différences de situations »** qui justifient certaines dérogations au principe d'égalité. Une pure assimilation n'est cependant pas possible dans la mesure où « *l'idée de discrimination positive va plus loin car son objet même est de réduire les inégalités de fait et pas seulement de tenir compte de différences de situations de toute nature* »¹².

⁸ Affirmant l'égalité des usagers du service public : CE, 1^{er} juillet 1936, Veyre, Rec. p. 713 ; CE Assemblée, 1^{er} avril 1938, Société l'alcool dénaturé de Coubert, Rec. p. 337.

⁹ CE Section, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, Rec. p. 274 ; D. 1975, p. 393, note Tedeschi ; AJDA 1974, p. 298, chr. Franc et Boyon ; RDP 1974, p. 467, note Waline ; RA 1974, p. 440, note Moderne.

¹⁰ Pour une illustration : CC 87-232 DC, 7 janvier 1988, consid. 10, Rec. p. 17 ; Pouvoirs 1988, n° 46, p. 179, chr. Avril et Gicquel ; RDP 1989, p. 399, chr. Favoreu ; AIJC 1988, p. 403, chr. Genevois.

¹¹ L'ambiguïté de la formule est souvent dénoncée, ses adversaires invoquant le fait que toute discrimination revêt nécessairement un aspect négatif et un aspect positif, sa qualification dépendant alors simplement du prisme adopté.

¹² CONSEIL D'ÉTAT, Sur le principe d'égalité..., *op. cit.*, p. 86. Cette différence d'objet rejaillit d'ailleurs sur la définition que la haute assemblée donne de la discrimination positive, à savoir « une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité » (p. 87).

Ainsi, le **droit à un traitement différencié** apparaît comme l'**aboutissement de la logique instituée dans le cadre jurisprudentiel traditionnel**, le but étant de mieux prendre en compte les spécificités des situations individuelles. Cet approfondissement de la démarche jurisprudentielle habituelle rend alors **possible une réelle subjectivation du principe au bénéfice des citoyens**. Ce mouvement n'est pas totalement nouveau, dans la mesure où des dispositions instaurant des « **emplois réservés** » au profit des handicapés existent depuis l'Ancien Régime, leur permettant aujourd'hui de bénéficier d'un quota de postes dans les plus importantes structures ou leur apportant des garanties supplémentaires en cas de licenciement¹³. Le **handicap** constitue donc bien un **critère accepté de discriminations positives**, tout comme l'**âge**¹⁴, la **localisation géographique**¹⁵, voire le **sexe en droit du travail**¹⁶ ou **en matière électorale**¹⁷. Il n'est donc nul besoin de viser l'**exhaustivité du catalogue pour établir la constante multiplication de ces mesures**. Il faut d'ailleurs admettre que **cette tolérance prétorienne a progressivement permis d'installer les discriminations positives dans le droit national**, facilitant leur infiltration au cœur du débat politique et médiatique. Dès lors, par-delà le sort qui sera finalement fait à ce dernier critère, très contesté, il faut se rendre à l'évidence : **une certaine subjectivation du principe d'égalité s'opère à travers la diffusion des discriminations positives**, lesquelles conduisent les administrés à **revendiquer une adaptation du droit à leur situation individuelle**.

L'évolution se révèle d'autant plus importante que cette **logique subjective se retrouve**, dans une perspective pourtant inverse, **lorsque les citoyens cherchent à faire valoir un droit à un traitement identique**.

Les bons connaisseurs de la jurisprudence administrative pourraient s'offusquer de l'évocation d'une subjectivation du principe d'égalité dans le sens d'un droit à un traitement identique tant la **tradition prétorienne témoigne du contraire**. De fait, contrairement à la CJUE, le **juge administratif refuse avec une remarquable constance d'admettre qu'un requérant se prévale du traitement favorable réservé par l'administration à une demande formulée par une autre personne placée dans des circonstances semblables à sa situation**¹⁸. Les motifs invoqués par les pouvoirs publics pour réfuter cette transformation de l'égalité en un droit subjectif à l'identité de traitement juridique sont des plus variables, mais ils permettent d'affirmer que **le principe d'égalité n'est pas un moyen contentieux permettant de faire du précédent administratif une « source de légalité »**¹⁹. Il apparaît donc *a priori* difficile d'affirmer qu'une subjectivation du principe s'opère en ce sens. Pourtant, **quelques frémissements jurisprudentiels laissent penser qu'une évolution est en cours** et que le juge pourrait surmonter sa réticence habituelle et peu à peu améliorer l'effectivité du principe d'égalité ainsi entendu. Le Commissaire du gouvernement Denis Kessler l'a du reste invité à opérer **une application systématique de ce principe** dès lors que sont réunies trois conditions : « **l'unité de temps, car ne sont comparables que des décisions prises au même moment, l'unité de décideur car l'arbitraire n'est caractérisé que lorsque la même personne n'apporte pas la même réponse à des demandes identiques, et l'unité de question c'est-à-dire que les décisions doivent avoir**

¹³ L'article L. 323-7 du Code du travail prévoit ainsi que la durée du délai-congé est doublée.

¹⁴ En matière d'insertion professionnelle, les textes tendent souvent à privilégier les jeunes par la mise en place de mécanismes variés dont plusieurs exemples sont fournis par F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité...*, op. cit., p. 220. A l'inverse, des mécanismes de protection de l'emploi peuvent aussi bénéficier aux « salariés âgés », sans que le Conseil constitutionnel n'y voit autre chose que « l'application [du principe d'égalité] à des situations différenciées » : CC 89-257 DC, 25 juillet 1989, consid. 12, Rec. p. 59 ; Pouvoirs 1990, p. 187, chr. Avril et Gicquel ; AJDA 1989, p. 796, note Benoit-Rohmer ; AIJC 1989, p. 488, chr. Genevois ; DS 1989, p. 703, note Prétot.

¹⁵ De multiples illustrations existent, depuis les zones d'éducation prioritaires jusqu'au régime fiscal spécifique à la Corse, en passant par diverses mesures bénéficiant aux personnes habitant ou investissant dans les collectivités d'outre-mer - indemnité de cherté de vie au profit des fonctionnaires en poste dans les DOM, défiscalisation des investissements qui y sont réalisés...

¹⁶ En matière d'accès aux emplois publics, certaines catégories de femmes - mères de trois enfants et plus, veuves non remariées... - ne peuvent plus se voir opposer les limites d'âge depuis la loi n° 79-569 du 7 juillet 1979. Plus généralement, l'article L. 123-3 du Code du travail, reprenant les objectifs de la directive européenne n° 76-206 du 9 février 1976, dispose que le principe d'égalité ne fait « pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ». L'article L. 900-5 du même code concrétise ces affirmations en accordant la possibilité de réaliser des actions positives au profit des femmes en matière de formation professionnelle.

¹⁷ L'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 ajoute effectivement à l'article 3 de la Constitution que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Ainsi, la réticence marquée par le Conseil dans sa fameuse jurisprudence Quotas par sexe - CC 82-146 DC, 18 novembre 1982, consid. 7, Rec. p. 66 ; Pouvoirs 1983, p. 190, chr. Avril et Gicquel ; AJDA 1983, p. 74, note Boulouis ; RDP 1983, p. 333, note Favoreu ; D. 1984, SC, p. 469, note Hamon ; DS 1983, p. 131, note Lochak ; JCP 1983, n° 19946, note Marchand ; GDCC p. 546 - d'ailleurs réitérée - CC 98-407 DC, 14 janvier 1999 Quotas par sexe II, consid. 12, Rec. p. 21 ; RFDC 1999, p. 142, note Ghevontian ; AJDA 1999, p. 149, note Schoettl ; RFDA 2000, p. 109, note Baghestani-Perrey et Verpeaux ; LPA 1999, n° 4, p. 13, note Viola ; JCP 1999, Act. p. 449, note Zarka ; GDCC p. 546 - n'a plus lieu d'être.

¹⁸ Quelques espèces isolées font cependant droit à de telles demandes, mais le CONSEIL D'ETAT lui-même considère que « ces précédents sont rares alors qu'ils paraissent satisfaire le sens le plus commun de l'égalité », in *Sur le principe d'égalité...*, op. cit., p. 57. A titre d'exemples, se reporter à CE, 8 juillet 1970, Commune de L'Hermitage, Rec. p. 469, où est sanctionné le refus de mettre à disposition d'une association une cantine municipale habituellement laissée à d'autres groupes. Voir également la censure d'un refus d'inscrire sur une liste de notoriété un médecin disposant de titres au moins équivalents à ceux de candidats dont l'inscription a été acceptée : CE, 30 avril 1965, *Sieur Brault*, Rec. p. 255 ; DS 1966, p. 57, concl. Braibant ; D. 1966, p. 125, note Dupeyroux et Garagnon.

¹⁹ A. WERNER, « Le précédent administratif, source de légalité », *AJDA* 1987, p. 435 et s.

exactement le même objet »²⁰. Le contrôle proposé s'est concrétisé quelques temps plus tard par la **censure d'une décision refusant une demande de dérogation de secteur scolaire** fondée sur la proximité du lieu de travail alors que des requêtes venaient d'être acceptées sur la base du même critère²¹. **L'évolution reste certes timide et pour l'heure essentiellement circonscrite à ce domaine spécifique**²², mais elle peut constituer la première étape d'une amélioration de l'utilité contentieuse du principe d'égalité, dans le sens d'une subjectivation.

Un renforcement de ce mécanisme a en outre d'ores et déjà été envisagé par le biais d'une obligation de motiver explicitement toutes les décisions de refus afin de faciliter le contrôle du juge²³. Tout un faisceau d'indices atteste donc que la subjectivation de l'égalité est possible, aussi bien pour faire naître un droit à un traitement identique qu'à l'inverse pour engendrer un droit à un traitement différent. Les domaines distincts dans lesquels se produisent ces deux mouvements de subjectivation leur permettent de coexister, cette double évolution révélant qu'une **logique subjective transversale est à l'œuvre pour transformer le principe d'égalité en une arme revendicative des citoyens**. Pour autant, il ne s'agit en rien d'annoncer la mort de la conception formelle classique de l'égalité qui demeure d'actualité en droit positif. Cette dernière apparaît simplement désormais concurrencée par une perspective plus individualiste, qui se retrouve d'ailleurs dans l'application contemporaine des deux autres « lois du service public » et explique qu'elles soient l'objet d'un même mouvement de subjectivation.

1.2.2 La mutabilité et la continuité, une subjectivation prescrite par un individualisme de principe

Si le mouvement de subjectivation décrit à propos de l'égalité semble s'expliquer par son inscription au cœur même de ce principe, le constat ne paraît en revanche pas applicable aux deux autres « lois du service public », lesquelles sont plus directement tournées vers la satisfaction des besoins administratifs. La jurisprudence contemporaine laisse néanmoins percevoir **une certaine appropriation de ces principes par les citoyens**, permettant d'établir que la mutabilité devient une revendication opposable aux pouvoirs publics tandis que la continuité se présente comme une nouvelle exigence de prestation du service public.

La difficulté des administrés à définir le contenu juridique du principe de mutabilité du service public explique vraisemblablement que cette « loi » demeure **la moins connue des trois**. Le potentiel de satisfaction des citoyens est pourtant important puisque le principe correspond *a priori* à la **nécessité d'adapter l'organisation du service public aux besoins des usagers**. Mais ces derniers perçoivent parfaitement, intuitivement ou d'expérience, que la **formulation est porteuse d'effets pervers**. De fait, sachant que les autorités administratives bénéficient du monopole de la détermination de l'intérêt général, elles disposent là d'un **moyen de justification particulièrement puissant permettant de faire évoluer les services publics** comme elles l'entendent. Il leur est ainsi facile d'opposer aux individus l'évolution de leurs besoins et l'absence de droits acquis au maintien du service public pour en imposer la suppression. La jurisprudence admet cette argumentation depuis longtemps et la propension récente à vouloir rentabiliser les services publics n'a fait qu'apporter un peu plus de consistance économique à la définition de l'intérêt général, offrant de la sorte **une justification quasi-systématique à la fermeture de certains services publics**. Comme le principe engendre en outre bon nombre de prérogatives exorbitantes au bénéfice de l'administration et que sa valeur juridique reste assez incertaine, il est compréhensible qu'il ne soit pas habituellement placé par les individus au panthéon des principes protecteurs.

Il semble pourtant qu'une autre lecture du principe, plus subjective, soit possible. Dans cette perspective, l'aspect « **devoir d'adaptation** »²⁴ de la mutabilité est alors privilégié, en s'attachant d'abord à la **satisfaction des revendications exprimées par les usagers**. C'est la jurisprudence qui, la première, s'est livrée à cet exercice, en s'efforçant d'encadrer les prérogatives administratives liées au principe. Le juge précise ainsi que la **fixation des horaires ne doit avoir « pour effet de limiter dans des conditions anormales le droit d'accès des usagers au service public »**²⁵ ou encore **interdit à l'administration de modifier les modalités d'exécution d'un service public dès lors qu'elles sont définies par la loi ou la Constitution**.

²⁰ Résumé de son argumentation fourni par le CONSEIL D'ETAT, *Sur le principe d'égalité...*, *op. cit.*, p. 57, ses conclusions n'étant pas disponibles au service de documentation de la Haute Assemblée.

²¹ CE, 10 juillet 1995, *Contremoulin*, Rec. p. 213 ; AJDA 1995, p. 925, concl. Aguila.

²² Une décision récente annule toutefois un acte réglementaire – certes seulement un règlement d'application de la loi – au motif que son champ d'application est trop restreint, ce qui revient à admettre une violation du principe d'égalité au profit des personnes illégalement oubliées : CE 28 mars 2001 *CFDT et autres*, Req. n° 219567.

²³ La proposition, faite par G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Paris, 1996, p. 39, est reprise à son compte par le CONSEIL D'ETAT, *Sur le principe d'égalité...*, *op. cit.*, p. 57.

²⁴ Se reporter sur ce point à l'analyse de J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 589 et s.

²⁵ CE, 25 juin 1969, *Sieur Vincent*, Rec. p. 334 ; AJDA 1969, p. 555, chr. Dewost et Denoix de Saint-Marc ; JCP 1969, II, 15952, note Doll.

Ces quelques frémissements jurisprudentiels sont en outre relayés par l'apparition de plus en plus fréquente du principe directement dans la loi²⁶. L'évocation relève parfois plus de l'incantation et de l'affichage d'objectif que de la normativité, mais la présence croissante de la référence s'avère néanmoins significative.

De fait, dans un contexte où les droits des usagers sont mieux pris en considération, les mentions textuelles sont destinées à rappeler aux pouvoirs publics que « *ce principe vise au départ l'adaptation des services publics à l'administré et non l'inverse* »²⁷. Peu importe alors que les lois ne concrétisent que rarement l'affirmation par des dispositifs obligatoires d'adaptation, l'essentiel réside en effet dans l'énoncé qui atteste, avec les indices jurisprudentiels sus-évoqués, la **subjectivation de la mutabilité**. Par ces procédés, les **individus parviennent à se réapproprier en douceur un principe initialement tourné vers eux, mais que la pratique avait progressivement orienté au bénéfice de l'administration**.

En outre, la multiplication des mécanismes contentieux permettant une mobilisation individuelle du principe de mutabilité semble ainsi susceptible de **faire naître une nouvelle contrainte pour l'administration**. Celle-ci est effectivement **tenue d'adapter les services publics aux besoins des administrés, sous peine de les voir tenter de lui imposer ces évolutions par la voie contentieuse**. Là encore, il n'est nullement nécessaire de cautionner cette distinction pour admettre que sa formulation révèle à quel point le principe est travaillé par une logique subjective. Pour autant, **une subjectivation complète ne paraît réalisable sans condamner les objectifs initiaux du principe**. C'est pourquoi il revêt aujourd'hui une **double dimension**, pouvant être **mobilisé, au gré des besoins, au bénéfice de l'administration ou des usagers**. Le **retournement du principe est donc réel, même s'il n'est qu'occasionnel**, la dimension objective ne pouvant être totalement éludée, tout comme ne peut l'être celle du principe de continuité.

S'agissant de ce dernier, il **se justifie par la continuité de l'État** qu'il convient de préserver à tout prix. L'évocation de la **continuité sert donc traditionnellement d'abord l'Etat** et les gestionnaires des services publics, lesquels l'opposent selon les hypothèses aux agents ou aux usagers. La présentation est usuelle et l'idée est d'ailleurs si bien implantée qu'elle **justifie également une attitude restrictive du juge sur le terrain de l'indemnisation pour faits de grève constituant une rupture de continuité du service public**.

En dépit de cette **acception classique plutôt contraignante pour les individus** confrontés au service public, la **jurisprudence semble faire émerger une interprétation plus subjective du principe** en admettant qu'il soit **mobilisé par les usagers pour imposer le fonctionnement régulier des services publics à leurs gestionnaires**. Le service public de l'éducation est pionnier en ce domaine puisque la **fermeture anticipée d'un collège pour l'organisation du baccalauréat a d'abord été jugée illégale**, avant que la **carence d'enseignement ne soit considérée comme une faute** susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat.

Ce **mouvement**, certes relativement circonscrit, **de subjectivation du principe** est d'autant plus intéressant qu'il **ne va pas sans ambiguïté**. L'**aspiration des citoyens à la continuité des services publics** est en effet exploitée, voire **instrumentalisée par la puissance publique** dans le cadre du débat récurrent sur le droit de grève des fonctionnaires et du service minimum. Il s'est même **concrétisé dans deux lois successives visant à instaurer un « service minimum »**, d'abord dans les **transports publics**²⁸, puis pour **l'accueil dans les écoles**²⁹.

Cet exemple permet en outre **d'insister sur ce qui constitue vraisemblablement le point d'achoppement d'un subjectivisme forcené**, à savoir la **question des titulaires des droits et de la conciliation entre les différentes prérogatives subjectives accordées**. Il y a certainement là **une explication au fait que la subjectivation qui touche l'ensemble des « lois du service public » ne se substitue pas purement et simplement à leur conception classique**. L'**objectivisme traditionnel** du système français se trouve donc **seulement atténué** par quelques **touches subjectives**, le juge se décidant plus fréquemment depuis quelques années à exploiter le potentiel de satisfaction des individus que recèlent de manière plus ou moins explicite les « lois du service public ». **L'équilibre qu'il retient désormais entre les intérêts collectifs et individuels fait donc une plus large place aux seconds, sans pour autant que ces derniers ne priment systématiquement**. Quant à savoir si les évolutions observées marquent les prémices d'un mouvement de plus large ampleur ou se suffisent à elles mêmes, il faut pour le dire analyser plus en détail les principes émergents.

²⁶ De nombreuses illustrations du phénomène sont proposées par J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité... », *op. cit.*, pp. 596-597.

²⁷ J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité... », *op. cit.*, p. 594.

²⁸ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

²⁹ Loi n° 2008-790 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire.

1.3. L'enrichissement des lois de Rolland ?

A côté des trois principes classiques, des extensions sont envisagées depuis assez longtemps par la doctrine. C'est ainsi que certains ont pu envisager de consacrer parmi les lois du service public le principe de gratuité des services publics. Cependant, si des dispositions législatives peuvent évidemment l'imposer ou l'exclure (ex : loi de 1881 sur l'enseignement primaire), cette décision dépend d'un choix politique. Ainsi, la gratuité n'est pas au nombre des lois du service public, notamment du fait de l'existence des SPIC. Elle ne s'applique même pas de façon générale pour l'ensemble des SPA. Concernant les SPA, l'existence d'une contrepartie pécuniaire - qui peuvent être des prix - est possible lorsqu'ils ont un caractère facultatif ou qu'elle est prévue par un texte (ex : Loi de 1984 pour les universités).

Par contre, quand l'exécution d'un SPA est légalement obligatoire et appartient au minimum dû à la population, les prestations doivent être gratuites ; il ne pourra y avoir lieu à redevances que dans les cas où les usagers du service ont directement bénéficié de prestations particulières, personnalisées et telles qu'ils apparaissent comme des usagers privatifs du service.

Si la gratuité n'est donc pas une nouvelle loi du service public, il pourrait en aller autrement du principe de transparence administrative que certains auteurs qualifient déjà de « loi du service public ». En effet, l'évolution législative depuis 1978 semble vouloir mettre fin au secret administratif (CNIL, CADA, motivation...), renforcée par les exigences communautaires (principe de confiance légitime). De ce point de vue, le développement de droits subjectifs qui s'y rattachent est patent, comme le droit à la participation ou à l'information.

Enfin, on peut aujourd'hui s'interroger, notamment du fait de la LOLF, sur le développement d'un principe d'efficacité de l'action publique, de plus en plus fréquemment promu. S'il n'est pas consacré sous forme de droit, sa prégnance dans les discours juridiques et politiques est réelle et pourrait déboucher à terme sur une consécration plus aboutie.

Au-delà de ces valeurs essentielles qui guident l'action des services, les fonctionnaires eux-mêmes sont tenus par diverses règles qui constituent ce qu'il est possible de nommer leur déontologie.

2. LA DÉONTOLOGIE DES FONCTIONNAIRES

2.1 Éléments de définition

Le terme « déontologie » - parfois distingué de l'éthique, notamment en opposant l'éthique personnelle de la déontologie professionnelle³⁰ - n'est habituellement pas employé s'agissant de la fonction publique. Ce vocable renvoie en effet à une interrogation sur la nature des missions du fonctionnaire, sur sa philosophie professionnelle et sur les comportements attendus de sa part. Or, l'analyse est plus fréquemment menée par le prisme des obligations juridiques statutaires : l'appréciation du sens du service public d'un fonctionnaire est généralement effectuée par rapport à la connaissance et au respect de ses obligations, telles qu'elles résultent pour l'essentiel du titre I du statut général de la fonction publique. La déontologie serait elle plus large dans la mesure où elle renvoie à un devoir-être en situation.

Les incertitudes qui ressortent de la mise en œuvre jurisprudentielle de plusieurs obligations juridiques des fonctionnaires témoignent du reste que cette perspective plus large est particulièrement heuristique. De ce point de vue, deux obligations méritent une attention particulière. En effet, outre la liberté individuelle qui peut être affectée par l'encadrement du pantouflage, ce sont principalement l'obligation d'obéissance hiérarchique (A) et la liberté d'expression (B) qui peuvent poser problème

2.2 L'étendue de l'obligation d'obéissance hiérarchique

Un principe aux contours larges.

Dans une organisation pyramidale et hiérarchisée comme l'est l'administration, l'obligation d'obéissance hiérarchique sonne comme une évidence et il s'agit d'une obligation pour toute agent public : CE, 5 mai 1911, *Giraud*. Il appartient donc aux fonctionnaires de respecter la volonté de l'autorité hiérarchique, de faire preuve de correction à son égard (CE, 29 mars 1993, *Ministre de l'Intérieur c./ M.B.*, où un agent est sanctionné pour s'être rendu en short à une convocation de son chef lors qu'il était en service et normalement astreint au port de l'uniforme), et bien entendu de ne pas la contester. Le statut indique du reste que « tout fonctionnaire (...) doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique » sous peine de sanction disciplinaire et ni l'opportunité, ni la légalité des ordres ne peuvent être discutés devant le juge : CE, 29 juin 1961, *Delle Gander*. A ce titre, les agents ne peuvent donc normalement pas demander au juge l'annulation d'une mesure

³⁰ A. TAILLEFAIT, « Déontologie des fonctionnaires et principes du service public de l'Education nationale », www.esen.education.fr, dont les propos servent de trames à ce paragraphe.

d'organisation du service, ceci afin de ne pas saper l'autorité : CE, 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, **sauf dans l'hypothèse où l'acte en cause porte atteinte à leurs droits et prérogatives ou remet en cause leurs conditions d'emploi ou de travail**. Sont dès lors **insusceptibles de recours l'interdiction opposée à un enseignant d'utiliser une salle de cours** (CE, 8 mars 1993, *Riollet*) ou la modification d'affectation d'un agent au sein d'un service sans réduction de son niveau de responsabilité (CE, 8 mars 1999, *Butler*). Le **statut des fonctionnaires civils** conforte cette idée en affirmant que **le fonctionnaire** est, quelque soit son rang dans la hiérarchie, **responsable des tâches qui lui sont confiées**.

Aussi trouve-t-on **une jurisprudence assez abondante** s'agissant du **non respect de l'obligation d'obéissance hiérarchique**³¹, illustrée par CAA Nantes, 30 mai 2003, *Duchemin*, pour une révocation d'un brigadier chef d'une police municipale refusant d'exécuter des tâches qu'il avait vocation à accomplir. C'est également dans cette perspective que doit être appréhendé le **mouvement actuel des désobéisseurs** dans l'enseignement primaire : la **sanction disciplinaire est logique** face à ce type de comportement, la **seule question qui se pose étant celle de son caractère proportionné** (et de l'articulation éventuelle avec les retenues sur traitement qui sanctionnent l'absence de service fait et ne sont donc pas des sanctions disciplinaires).

Cette **obligation se prolonge par une obligation de loyauté** à l'égard du supérieur, dont la violation comporte **différents stades** : **dissimulation d'informations, mensonge, contestation discrète** des instructions, **révolte directe** contre l'autorité. Tous ces comportements sont **interdits**, mais la **graduation permet de proportionner les sanctions**. Ces hypothèses sont notamment illustrées par le **contentieux épistolaire** (CE, 15 mars 2004, *Pinon*, où un commissaire de police présente de manière tendancieuse dans une lettre à un supérieur les propos tenus par un autre responsable lors d'une réunion et qui critique sans retenue dans un courrier au préfet les décisions de sa hiérarchie).

Bien qu'ils soient **tenus à ce devoir d'obéissance**, les **fonctionnaires ne sauraient toutefois être totalement privés du droit de résistance à l'oppression** posé par l'article 2 DDHC. Aussi existe-t-il un **équilibre établi par la jurisprudence** qui ménage quelques exceptions.

Des exceptions limitées.

C'est dans un **arrêt de 1944** que le Conseil d'État a affirmé que les **agents publics ne sont pas tenus d'exécuter les instructions qui leur sont données** quand elles **sont de toute évidence illégales et compromettent gravement le fonctionnement du service public** : **CE Section, 10 novembre 1944, Langneur**, où un agent est révoqué pour avoir obéi à un ordre du maire visant à permettre à ses agents électoraux de percevoir indûment des allocations chômage.

Cette **affirmation** est désormais **consacrée par le statut des fonctionnaires civils** puisque la loi du 13 juillet 1983 précise que le **fonctionnaire doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public**. **Deux conditions cumulatives** sont donc **exigées pour délivrer le fonctionnaire de son obligation d'obéissance** et, lorsqu'elles sont satisfaites, la situation se trouve inversée : le fonctionnaire a **alors l'obligation de désobéir, sauf à commettre une faute disciplinaire**. Une illustration est offerte par CE, 3 mai 1961, *Pouzelgues*, où un commissaire de police remplace sur ordre une pierre précieuse sous scellé qui avait disparu par une pierre sans valeur avant de la transmettre à l'autorité judiciaire ; CAA Paris, 27 janvier 2000, *Primard*.

Ainsi, le **devoir de désobéissance ne résulte pas tant du caractère scélérat de l'ordre donné que de l'atteinte potentielle au fonctionnement du service** : ce n'est donc **pas une réaction en conscience** de l'agent, laquelle n'existe qu'en matière médicale, en particulier pour les IVG.

Par ailleurs, il faut **noter une extension récente de la faculté de désobéir** puisqu'une **loi du 9 mai 2001** admet cette possibilité **en cas d'agissements de harcèlement dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle** et que cette disposition a été **étendue aux victimes de harcèlement moral** par la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Ainsi, un **comportement vexatoire** de l'administration à l'encontre d'un agent **sur une longue durée** constitue une **faute de nature à engager sa responsabilité** : CE Ass., 24 novembre 2006, *Mme B. c./ Office national de la chasse*.

En outre, une jurisprudence de TA a également déjà admis que **l'agent public dispose**, sauf dans les services de secours et de sécurité, **d'une forme de droit de retrait de sa situation de travail** lorsqu'il a « **un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé** », sur le fondement de décrets de 1982 (FPE) et 2000 (FPT). La **tentative de mise en œuvre de cette procédure par des enseignants après des violences d'élèves** semble toutefois **vouée à l'échec** et l'absence peut alors s'analyser comme un **défaut de service fait** ou une **grève illégale** et donner lieu à un **retrait de traitement ou une sanction disciplinaire**.

³¹ J. MEKHANTAR, *AJDA* 2004, p. 1681 et s

Enfin, il faut préciser que des **dispositions spéciales sont applicables aux agents de police** du fait des codes de déontologie qui leur sont propres, **ainsi qu'aux militaires**, lesquels ne peuvent accomplir des actes contraires aux lois et coutumes de guerre et aux conventions internationales humanitaires.

L'ensemble de ces règles doit être articulées avec celles du Code pénal, dont l'article 122-4 dispose que **n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal**. Dès lors les **conditions de désobéissance ne correspondent que partiellement**, ce qui signifie qu'un **agent qui désobéit à un acte manifestement illégal, mais ne portant pas atteinte à un intérêt public peut être sanctionné disciplinairement, mais non pénalement**. A l'inverse, **s'il exécute un tel ordre, sa responsabilité pénale peut être reconnue, mais il ne viole pas son obligation d'obéissance**.

2.3 L'étendue de la liberté d'expression

Condition de la liberté d'expression, la **liberté d'opinion** est pour sa part exprimée par l'article 10 DDHC qui dispose que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public établi par la loi* ». Elle est reprise par l'alinéa 5 du Préambule de 1946. L'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 concrétise l'exigence en la garantissant aux fonctionnaires et énumère **un certain nombre de distinctions interdites : celles opérées selon les opinions politiques, religieuses, syndicales ou philosophiques**. Cette liberté est également **garantie par l'article 9 CEDH** qui affirme le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Elle est enfin **une liberté fondamentale** au sens de l'article L. 521-2 CJA, ce qui autorise un fonctionnaire victime d'une atteinte grave à cette liberté à former un référé-liberté : CE Section, 28 février 2001, *Casanovas*.

Sa **véritable signification** n'est pas tant de permettre de penser librement que d'offrir « *la garantie de n'être lésé dans aucun de ses droits, de n'être l'objet d'aucune discrimination en conséquence de l'usage que l'on fait de cette liberté* » (P. Fombeur). C'est pourquoi, outre l'**absence de serment personnel** (cf. Vichy), il **ne peut être fait état dans le dossier** ou dans tout document administratif **d'un fonctionnaire de ses opinions et activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques** : CE Section, 3 mai 1950, *Delle Jamet*, où est annulé le refus de titularisation d'une institutrice fondé sur sa fréquentation, durant ses heures de loisirs, d'un groupe confessionnel ; CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, à propos de l'éviction illégale des candidats communistes du concours d'entrée à l'ENA ; CE Section, 1^{er} octobre 1954, *Guille*, où il est indiqué que l'adhésion d'un inspecteur d'académie au PC ne constitue pas une faute. Cette **disposition prend tout son sens au regard du droit à communication du dossier** (article 65 de la loi du 22 avril 1905 né de l'affaire de fiches sous le gouvernement Combes, où les officiers militaires étaient « étiquetés » Corinthe – *non licet omnibus adire Corinthum* - et Carthage – *Carthago delenda est* - selon leurs pratiques religieuses pour déterminer la suite de leur carrière) qui vaut pour toute mesure prise en considération de la personne : CE Section, 24 juin 1949, *Nègre*.

La **seule hypothèse où la prise en compte des opinions est admise correspond aux emplois supérieurs**, dits **à la discrétion du gouvernement** dans la fonction publique d'État, mais qui existent également dans la **fonction publique territoriale ou hospitalière** : CE Ass., 13 mars 1953, *Teissier*, admettant la révocation du directeur du CNRS après son refus de se désolidariser d'une lettre critiquant la politique du gouvernement en matière d'immigration. La **dimension politique des postes concernés justifie cette connaissance et cette prise en considération** (ex. : mention des opinions admises dans le dossier pour les préfets et sous-préfets).

Mais **l'ensemble des libertés ne bénéficie pas d'une protection aussi absolue** et la **liberté d'expression** doit pour sa part **se concilier plus restrictivement avec les obligations des fonctionnaires**.

Une liberté bien consacrée.

Cette liberté dispose d'un double ancrage : **constitutionnel** à travers l'article 11 DDHC sur la libre communication des pensées et des opinions et **conventionnel** du fait de l'article 10 CEDH qui reconnaît la liberté d'expression, entendue comme la **liberté de recevoir et de communiquer des informations sans ingérence des autorités publiques** (CEDH 26 septembre 1995 *Vogt c/ Allemagne* : enseignante révoquée pour manquement à son obligation de loyauté du fait de son appartenance au PC et présentation à diverses élections. La cour estime la sanction disproportionnée, même si l'instauration d'une obligation de réserve par la réglementation nationale est possible ; par contre, conventionnalité de la révocation d'un maître de l'enseignement privé sous contrat ayant publié un texte raciste dans le bulletin interne de l'établissement).

En revanche, le **statut de la fonction publique civile reste muet sur la question**, le gouvernement ayant estimé que la jurisprudence permettait de bien appréhender ce problème.

Des restrictions jurisprudentielles variables.

Il faut ici **distinguer selon que l'extériorisation des opinions a lieu dans le cadre ou en dehors du service.** Dans le **cadre du service**, la règle est simple puisque les **agents ne doivent pas exprimer leurs opinions politiques ou religieuses** : CE Avis 3 mai 2000, **Marteaux**. Toute manifestation d'une telle opinion est donc constitutive d'une faute disciplinaire. Dans l'EN, la circulaire du 18 mai 2004 rappelle que les agents, « **quels que soient leur fonction et leur statut, sont soumis à un strict devoir de neutralité qui leur interdit le port de tout signe d'appartenance religieuse, même discret. Ils doivent également s'abstenir de toute attitude qui pourrait être interprétée comme une marque d'adhésion ou au contraire comme une critique à l'égard d'une croyance particulière** », position normalement compatible avec les exigences européennes : CEDH, 15 février 2001, *Dahlab c./ Suisse*. Cependant, la **gravité de la faute** – et donc celle de la sanction – est **fonction de la nature et du degré du caractère ostentatoire du signe arboré.**

Il faut en outre préciser que **dans le cadre scolaire**, des **restrictions sont apportées** aussi bien du fait de la **nécessaire neutralité religieuse** qu'en raison de **l'absence de maturité du public** : TC, 2 juin 1908, *Girodet c./ Morizot*, à propos des affirmations « *ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles* » et « *le Bon Dieu est un portemonnaie bien garni* », mais aussi des propos faisant des soldats français « *des lâches et des voyous* », énonçant que « *les allemands ont bien fait en 1870 de tuer les enfants au berceau* »... Ainsi, dans **l'enseignement primaire et secondaire**, la circulaire du 12 décembre 1989 impose aux agents « **d'éviter dans l'exercice de leurs fonctions toute marque distinctive de nature philosophique, religieuse ou politique qui porte atteinte à la liberté de conscience des enfants ainsi qu'au rôle éducatif reconnu aux familles** ».

Par ailleurs, **l'obligation de neutralité impose de ne pas utiliser les moyens du service pour véhiculer des convictions personnelles**, sauf à commettre une **faute disciplinaire** : CE, 15 octobre 2003, *M. Odent*, manquement à l'obligation de neutralité du fait de l'usage du mail professionnel pour communiquer et apparaître sur le site internet de l'Église du révérend Moon. En revanche, la **simple appartenance à un groupe dit sectaire**, en l'absence de comportement incompatible avec l'exercice des fonctions, **ne constitue pas une faute** : CAA Lyon, 4 octobre 2005, *Ministre de l'Éducation c./ M. T.*, où la révocation d'un enseignant contractuel d'un établissement privé pour son appartenance au groupe Horus est annulée ; TA de Melun, 15 février 2005, *Melle L.*, où le déplacement d'office d'une animatrice de cantine du fait de son appartenance au mouvement raélien est jugée illégal.

L'exigence de neutralité religieuse est relayée dans le domaine politique où l'expression de préférences politiques est interdit : CAA Lyon, 12 décembre 1995, *Coutelle* à propos du licenciement d'un agent de police municipale du fait de son absence de neutralité politique. A ce titre, il est **interdit à un agent public de participer à une campagne électorale ou à sa préparation durant ses heures de service** (cf. article L. 50 du Code électoral pour l'interdiction de distribuer des bulletins de vote et professions de foi). Les **propos racistes, négationnistes ou révisionnistes** sont enfin **susceptibles de sanctions, graduées** en fonction du niveau dans la hiérarchie : CE, 22 novembre 2004, *Ministre de l'Éducation c./ M. A.*, où est jugée légale la suspension d'un enseignant de collège après de tels propos en classe d'histoire-géographie ; CE, 18 octobre 2000, *M. Terrail*, mise à la retraite d'office d'un avocat général près la Cour de cassation pour propos antisémites contre un collègue dans une publication syndicale.

La **neutralité** peut enfin **se décliner sous la forme de l'obligation d'impartialité** qui peut être **mise en doute lorsqu'un agent a un intérêt personnel** dans un dossier, **en cas d'animosité personnelle** contre un usager ou un subordonné (CE, 31 octobre 1973, *Dame Gilles*, pour une mutation d'office illégale consécutive à l'animosité personnelle du chef de service envers l'époux d'une subordonnée) ou **de prise de position publique antérieure.**

Il faut **également y rattacher**, même si elle **relève plus des comportements et des attitudes que des propos**, une **obligation de ne pas ternir l'image de l'administration en évitant de porter atteinte à la dignité de ses fonctions** : CE, 25 janvier 2006, *M. Joseph X.*, où un inspecteur général de l'EN est sanctionné pour avoir fait croire, alors qu'il présidait un jury de CAPES, à la divulgation des sujets du concours par un faux collectif d'étudiants obligeant ainsi l'administration à imprimer de nouveaux sujets ; tenues vestimentaires ou coiffures négligées : TA Cayenne, 3 juin 2003, *Onno c./ Recteur de l'académie de Guyane*, n° 992877, à propos d'une interdiction légale de port du bermuda par un proviseur ; CE Section, 9 juin 1978, *Lebon*, à propos d'un instituteur qui commet des gestes indécents sur des fillettes de sa classe.

En revanche, **en dehors du service**, la **liberté d'expression de l'agent est normalement totale**, même s'il faut indiquer qu'il existe une **obligation de loyalisme à l'égard des institutions républicaines** : CE, 25 janvier 1935, *Defrance*, pour une sanction de baisse d'échelon et retenue sur traitement durant un an d'un comptable pour avoir affirmé que « *c'est le drapeau rouge qui abattra l'ignoble drapeau tricolore* » ; CE, 5 novembre 1952, *Vrecord*, à propos d'un instituteur sanctionné pour avoir refusé de participer aux cérémonies officielles commémorant le 11 novembre 1918. Cette **obligation se confond aujourd'hui avec le respect de la neutralité** et les **jurisprudences contemporaines sont très rares.**

Il faut de plus **concilier cette liberté avec l'obligation de secret et de discrétion professionnels** (article 26 de la loi du 13 juillet 1983). L'obligation de secret vise à **garantir les secrets des administrés**, tandis que **l'obligation de discrétion s'oppose à la divulgation de secrets de l'administration**.

Le premier lie les fonctionnaires dans le **cadre des règles instituées par le Code pénal** (article 26-13 qui prévoit un an d'emprisonnement et 15 000€ d'amende) : policiers, travailleurs sociaux, magistrats, agents du fisc... mais **peut céder face à d'autres obligations** – contribuer à une enquête criminelle, protéger des mineurs victimes de mauvais traitements... voir dans l'éducation nationale la **circulaire n° 97-119 du 15 mai 1997 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des élèves** ; à noter que la Cour de cassation semble considérer qu'un rapport écrit d'un professeur au chef d'établissement est de nature à satisfaire l'obligation de transmission, alors même qu'il devrait normalement dénoncer directement en vertu de l'article 40-2 du Code de procédure pénale qui l'emporte normalement sur l'obligation d'obéissance : Cass. Crim., 14 décembre 2000, n° 7611 - ou avec l'accord de la personne concernée. Par ailleurs, **l'article 40-2 du Code de procédure pénale contraint « toute autorité constituée, toute autorité publique ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs »**, texte dont la mise en œuvre est parfois extensive : CE, 10 juillet 1996, *M. Lecanu*, où un policier membre d'un parti d'extrême droite est sanctionné pour, après avoir assisté hors service à une démonstration sur la fabrication de bombes utilisées dans des attentats, s'être abstenu de le signaler à sa hiérarchie.

La discrétion, qui peut prendre la **forme du secret de la défense nationale**, consiste en une **interdiction de divulguer des faits, informations ou documents dont l'agent a connaissance à l'occasion de ses fonctions** (ex : information d'un DRH d'une collectivité du litige opposant un fonctionnaire qui demande sa mutation dans celle-ci à un de ses collègues ; révélation par un commissaire de police d'informations sur une affaire en cours justifie une suspension de 6 mois dont 4 avec sursis : CE, 21 novembre 2003, *Poukalo* ; diffusion d'informations relatives à la vie familiale d'un élève...). Elle **s'impose à tous les fonctionnaires et n'est pas modifiée par l'exercice d'un mandat syndical** (CE Section, 6 mars 1953, *Delle Faucheux*).

Enfin, c'est **l'obligation jurisprudentielle de l'obligation de réserve qui régit la matière et impose aux agents de respecter une certaine retenue dans l'extériorisation de leurs opinions. L'étendue de cette obligation est variable et dépend de plusieurs éléments :**

- **la nature des fonctions** : obligation **plus stricte en cas de fonctions régaliennes** (opposition possible entre fonctionnaires techniques et fonctionnaires politiques) : CE, 5 mai 1982, *Bidalou*, à propos d'un magistrat.
- **le rang hiérarchique de l'agent** : l'exigence est **plus stricte à l'égard des cadres** : CE, 5 mai 1983, *Marchand*, pour le licenciement d'une collaboratrice d'un préfet qui a vertement critiqué une réforme administrative en tant que responsable associative.
- **Le lien entre les propos et le service** : plus il est important, plus la réserve s'impose.
- **La publicité du comportement de l'agent et ses effets sur le service** : CE Section, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, à propos d'une magistrate participant à la publicité de sa critique d'une décision de service du président de juridiction ; CE, 10 novembre 1999, *Sako*, pour la suspension d'un policier ayant organisé chez lui le congrès d'un mouvement politique et une conférence de presse susceptible d'avoir des effets sur le fonctionnement du service.
- **Le lieu où l'agent s'exprime** : la **réserve est plus importante** s'il s'exprime **à l'étranger** : CE, 8 mars 1968, *Plenel*, à propos d'un inspecteur d'académie se prononçant en Algérie sur la situation en Martinique.
- **L'exercice d'activités syndicales qui atténue cette obligation** : CE, 18 mai 1956, *Boddaert*, où est annulée une sanction intervenue après une lettre véhémement d'un syndicaliste au ministre après la sanction d'un collègue ; CE, 29 décembre 2000, *Syndicat Sud travail*, où est censurée une circulaire prévoyant la soumission préalable au supérieur hiérarchique des articles ou ouvrages critiquant la politique du gouvernement ou relatifs à leurs fonctions, alors qu'est légale une procédure de contrôle des réponses apportées aux journalistes sur des sujets professionnels. **De telles fonctions ne font pas pour autant disparaître cette obligation** : CE, 23 avril 1997, *Bitauld*, où est validée la sanction d'un brigadier de police qui a violemment critiqué la politique gouvernementale, mi en cause en termes injurieux des autorités de l'État et incité à l'indiscipline collective.

Là encore, **l'obligation de dignité joue au-delà des paroles, dans les actes** : elle impose à l'agent de **s'abstenir de tout acte contraire à l'honneur et à la probité**. Certains **comportements privés sont ainsi contraires par nature à cette obligation** : CAA Paris, 9 mai 2001, pour une policière ayant joué dans un film pornographique ; CE, 14 mai 1986, *Ministre de l'Intérieur c./ B.*, pour la cohabitation d'un policier avec une prostituée ; CE, 8 juillet 2002, *Ministre de l'Éducation c./ X*, pour la **détention par un professeur irréprochable en cours de cassettes pédophiles** ; CE, 16 septembre 1994, *Mme P.*, pour une utilisation abusive par une magistrate de son titre et de ses fonctions en enjoignant à un maire, par lettre à entête du tribunal de faire cesser des nuisances liées au passage de camions près de son domicile. Pour **conclure à une faute disciplinaire en dehors du service**, le juge s'appuie sur **trois critères** : la **nature des fonctions** (niveau hiérarchique et exemplarité), la **gravité des faits et la publicité**

donnée au comportement fautif. Quand ils sont **tous réunis**, les **affaires sont assez navrantes** : CE, 1^{er} février 2006, *Touzard*, à propos d'un commissaire de police stagiaire récidiviste révoqué après son expulsion d'une boîte de nuit consécutive à une rixe qui, en état d'ébriété, s'est prévalu de sa qualité de policier pour entrer et était irrégulièrement en possession de son arme de service !

Il faut en outre signaler **quelques dispositions statutaires exceptionnelles** relatives à la **liberté d'expression** :

- **article L. 952-2 du Code de l'éducation** à propos des **enseignants chercheurs** – mais pas les PRAG : CE, 10 novembre 2004, *Denis R.* - qui **jouissent d'une entière liberté d'expression sous réserve des principes de tolérance et d'objectivité**, ce qui n'induit des **poursuites qu'en cas de négationnisme ou révisionnisme** : CE, 28 septembre 1998, *Notin*, sanctionnant l'article négationniste d'un maître de conférences.
- **loi du 24 mars 2005 à propos des militaires qui ne peuvent exprimer leurs opinions « qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire »**
- **statut des magistrats** qui prévoit que **toute manifestation d'hostilité aux institutions républicaines et toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve** imposée par leurs fonctions **sont interdites** aux magistrats.

Il est enfin **important que le fonctionnaire puisse participer à la vie politique sans restriction trop importante**. C'est pourquoi l'article 7 de la loi du 13 juillet 1983 précise que la **carrière d'un fonctionnaire civil candidat ou élu à un mandat électif national ou local ne peut en aucune manière être affectée par les votes ou opinions émis par ce fonctionnaire durant la campagne électorale ou au cours de son mandat**.

En revanche, il existe un **régime assez strict d'inéligibilités et d'incompatibilités**. **L'interdiction de se présenter à certains scrutins** fait l'objet d'un encadrement législatif assez touffu qui relève du droit électoral. A titre d'exemple, l'article L. 231 du Code électoral prévoit **l'inéligibilité au conseil municipal d'une commune située dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois de divers fonctionnaires d'autorité** : magistrats, policiers, comptables publics³²... Il en va **de même pour les agents municipaux dans la commune qui les emploie**.

Dans **d'autres hypothèses**, il existe une **obligation de choisir entre certaines fonctions politiques et la fonction d'activité dans la fonction publique**. Le fonctionnaire peut alors se présenter aux élections, mais, **s'il est élu, il doit choisir entre son mandat et sa fonction** (article LO 142 du code électoral), ce qui peut le **conduire à être placé en position de détachement** s'il s'agit d'un mandat électif important.

³² Ne sont pas éligibles dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de trois ans les préfets de région et les préfets, depuis moins d'un an les sous-préfets, les secrétaires généraux de préfecture, les directeurs de cabinet de préfet, les sous-préfets chargés de mission auprès d'un préfet et les secrétaires généraux ou chargés de mission pour les affaires régionales ou pour les affaires de Corse.

Ne peuvent être élus conseillers municipaux dans les communes situées dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois :

1° Les magistrats des cours d'appel ;

2° Les membres des tribunaux administratifs et des chambres régionales des comptes ;

3° Les officiers des armées de terre, de mer et de l'air, dans les communes comprises dans le ressort de leur commandement territorial ;

4° Les magistrats des tribunaux de grande instance et d'instance ;

5° Les fonctionnaires des corps actifs de la police nationale ;

6° Les comptables des deniers communaux agissant en qualité de fonctionnaire et les entrepreneurs de services municipaux ;

7° Les directeurs et les chefs de bureau de préfecture et les secrétaires en chef de sous-préfecture ;

8° Les directeurs de cabinet du président du conseil général et du président du conseil régional, les directeurs généraux, les directeurs, les directeurs adjoints, chefs de service et chefs de bureau de conseil général et de conseil régional, le directeur de cabinet du président de l'assemblée et le directeur de cabinet du président du conseil exécutif de Corse, les directeurs généraux, les directeurs, les directeurs adjoints, chefs de service et chefs de bureau de la collectivité territoriale de Corse et de ses établissements publics ;

9° En tant que chargés d'une circonscription territoriale de voirie : les ingénieurs en chef, ingénieurs divisionnaires et ingénieurs des travaux publics de l'Etat, les chefs de section principaux et chefs de section des travaux publics de l'Etat.

Les agents salariés communaux ne peuvent être élus au conseil municipal de la commune qui les emploie. Ne sont pas compris dans cette catégorie ceux qui, étant fonctionnaires publics ou exerçant une profession indépendante, ne reçoivent une indemnité de la commune qu'à raison des services qu'ils lui rendent dans l'exercice de cette profession, ainsi que, dans les communes comptant moins de 1 000 habitants, ceux qui ne sont agents salariés de la commune qu'au titre d'une activité saisonnière ou occasionnelle.

Les délais mentionnés aux alinéas ci-dessus ne sont pas opposables aux candidats qui, au jour de l'élection, auront été admis à faire valoir leurs droits à la retraite.