



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Concours externe

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Moyenne copie

Note : 12/20

« Une démocratie n'attend pas de ses serviteurs ce que les despotes exigent d'eux ». Ainsi que l'exprime F. BLOCH-LAINÉ dans l'ouvrage Profession : fonctionnaire, le fonctionnaire, dans un Etat de droit, dispose d'une marge de manœuvre pour réaliser la mission d'intérêt général qui lui est confiée. Son action s'inscrit dans un ensemble de normes hiérarchisées, selon la logique pyramidale théorisée par H. KELSEN, ce qui en fait moins l'objet que le sujet du droit administratif.

Le fonctionnaire, agent statutaire de droit public dont la carrière progresse à l'avancement, dispose, dans l'exercice de ses missions, de prérogatives de puissance publique. Cela justifie que ses actes et décisions soient attaquables devant le juge administratif (JA) et non le juge judiciaire. Le premier statut de la fonction publique date de 1946. Les lois de 1984 relatives aux fonctions publiques d'Etat (FPE) et territoriale (FPT) puis celle de 1986 relative à la fonction publique hospitalière (FPH) unifient et systématisent les régimes juridiques des fonctionnaires.

S'interroger sur l'éthique du fonctionnaire incite à étudier la pratique des droits et devoirs des agents publics. L'éthique renvoie à l'application de règles supérieures d'ordre moral. Terme venant de la philosophie, l'éthique fait appel, dans le domaine juridique à la déontologie, c'est-à-dire au code de conduite des fonctionnaires. Ce dernier s'exerce vis-à-vis d'autrui : le caractère éthique d'un acte s'évalue à l'aune de l'effet qu'il produit sur la personne à l'égard de qui l'on agit de façon éthique. Cette logique de réciprocité est au cœur du pacte républicain, la liberté individuelle n'ayant de « bornes que celles permettant aux autres Membres de la Société la jouissance [des] mêmes droits » (art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789).

Le fonctionnaire, à la fois citoyens et serviteur de l'Etat, possède à cet égard un positionnement éthique particulier. D'une part, sa liberté individuelle peut être bornée par des obligations envers l'Etat, telles que le devoir de réserve (CE, 2009, Guigue). D'autre part, il est redevable envers ses concitoyens en vertu de l'article 15 de la DDHC, qui dispose le « droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

Les droits et devoirs des fonctionnaires sont donc gouvernés par le double impératif de servir l'Etat, et les citoyens. Si le service de l'intérêt général, d'inspiration rousseauiste, n'est en principe pas opposé au service des citoyens – au contraire -, le développement de l'« Etat providence » (G. ESPIG-ANDERSEN, 1990) peut concourir à faire émerger des droits de seconde génération (ou droits-créances), qui favorise l'intérêt individuel.

Pour les fonctionnaires se pose alors la question suivante : dans quelle mesure l'obéissance aux principes de l'Etat de droit permet-elle de servir l'intérêt général ?

L'éthique du fonctionnaire, s'exerçant à l'égard de l'Etat et des administrés, a pris corps dans des principes déontologiques, qui trouvent à s'appliquer au quotidien (I).

Le développement d'une « éthique de la responsabilité » (H. JONAS, 1979) peut toutefois fragiliser l'action administrative en facilitant sa mise en cause, ce qui incite à trouver un équilibre entre exemplarité et protection des fonctionnaires (II).

* *

*

L'éthique du fonctionnaire, qui repose sur des fondements constitutionnels, a été développée par la jurisprudence et inscrite dans un corpus juridique qui forme aujourd'hui la déontologie des fonctionnaires (A).

L'exercice de prérogatives de puissance publique, qui suppose des droits exorbitants du droit commun, a pour corollaire des obligations à l'égard des fonctionnaires.

Le « privilège du préalable » dont bénéficient les actes unilatéraux de l'administration implique ainsi que les recours pour excès de pouvoir (REP) à leur encontre ne sont pas suspensifs (CE, 1982, Huglo). Par ailleurs, les contrats passés par l'administration peuvent faire l'objet d'un contrôle de l'exécution (CE, 1932, Léonard), d'une résiliation unilatérale (CE, 1958, Distillerie de Magnac-Laval) ou de modification unilatérale (CE, 1941, Hôpital-hospice de Chauny). De telles prérogatives exorbitantes de droit commun sont subordonnées et justifiées par des motifs d'intérêt général. Elles n'emportent pas moins l'obligation, pour l'administration, de devoir rendre compte de son action ex ante – par la publicité des marchés publics par exemple – et ex post – par des rapports sur sa gestion tels que les rapports annuels de performance RAP annexés aux lois de finances rectificatives, mais également par la possibilité pour les administrés de former un REP contre tout acte administratif (CE, 1950, Dame Lamotte).

Pour les fonctionnaires, qui mettent en œuvre ces décisions exorbitantes de droit commun, ces prérogatives ont pour corollaire un ensemble de droits et de devoirs.

L'égal accès de tous les citoyens aux « dignités, places et emplois publics » (art. 6 DDHC) est avant tout une garantie de la compétence des fonctionnaires. En outre, l'obligation de rendre des comptes (art. 15 DDHC) permet d'empêcher le détournement des prérogatives de puissance publique pour servir un intérêt particulier.

Afin de prévenir toute dérive, les fonctionnaires sont soumis à des obligations à l'égard de l'Etat, qui ont notamment été rappelées dans la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. L'impératif de discrétion et de secret professionnel implique un devoir de réserve des fonctionnaires. Ainsi un sous-préfet tenant des propos polémiques sur la politique étrangère de la France peut-il faire l'objet d'une sanction disciplinaire (CE, 2009, Guigue) et un capitaine de gendarmerie critiquant de façon virulente, même sous pseudonyme peut se voir infliger un blâme (CE, 27 juin 2018).

Par ailleurs, afin d'assurer l'égalité des citoyens devant les services publics, les fonctionnaires sont soumis à une obligation de neutralité, qui implique qu'ils ne peuvent pas occuper une fonction religieuse (CE, 1912, Abbé Bouteyre), ni porter de signe distinctif d'appartenance à une religion (CE, 2000, Mlle Marteaux)

Les prérogatives de puissance publique dont sont investis les fonctionnaires justifient que des obligations s'imposent à eux, qui garantissent leur impartialité.

Si ces obligations s'exercent avant tout à l'égard de l'Etat, elles sont également des garanties pour les citoyens.

*

L'encadrement de l'action des fonctionnaires a été un moyen de garantir aux citoyens l'exercice de leurs droits fondamentaux (B).

La rationalisation du statut des fonctionnaires par la mise en place de lois relatives à la déontologie s'inscrit dans une logique de justification des prérogatives exorbitantes des fonctionnaires.

Le statut des fonctionnaires leur permet de bénéficier de droits spécifiques, qui peuvent sembler dérogatoires notamment au regard du droit du travail pour les citoyens. En effet, ils disposent d'une assurance contre les risques sur leur lieu de travail (CE, 1977, Mme Deleuze), ainsi que de conditions favorables de cotisation pour la retraite (prise en compte des 25 meilleures années contre les 6 derniers mois dans le privé) pour ne citer que ces exemples.

Si M. HAURIOU avait pu évoquer que les fonctionnaires ne sont « pas des citoyens » comme les autres, cela se justifie toutefois par des devoirs spécifiques comparativement aux autres citoyens.

Le devoir d'obéissance hiérarchique, auquel il ne peut être fait défaut qu'en cas d'ordre manifestement illégal allant à l'encontre de l'ordre public (CE, 1944, Langneur) est le garant du respect de la hiérarchie des normes existant dans un Etat de droit.

Par ailleurs, les conflits d'intérêt des fonctionnaires font l'objet d'une attention particulière. En vertu de la loi de 2013 sur la transparence dans la vie publique, 8000 élus et hauts fonctionnaires doivent présenter un rapport patrimonial à l'occasion de leur nomination afin de prévenir tout risque de conflit d'intérêt. Une nomination à un des postes de l'art. 13 de la Constitution de 1958 peut être contestée si 3/5^e des parlementaires s'y opposent.

Les exigences de dignité, impartialité, intégrité et probité rappelées par la loi de 2016 relative à la déontologie des fonctionnaires constituent donc un horizon éthique pour les fonctionnaires, qui peuvent voir leur responsabilité engagée, notamment en cas de faute ou de manquement à ces obligations.

* *

*

Le développement d'une « éthique de la responsabilité » des fonctionnaires s'accompagne d'une possibilité croissante de mise en cause des agents administratifs (II A).

Les obligations s'exerçant à l'égard des fonctionnaires impliquent de possibles sanctions d'un manquement ou d'une faute.

Depuis la reconnaissance d'une faute personnelle et d'une faute de service depuis la décision du Conseil d'Etat Pelletier de 1873, les actions fautives des agents peuvent engager leur responsabilité ainsi que celle de l'administration. Si la reconnaissance de la faute personnelle, qui témoigne des « passions de l'homme » (CE, 1911, Anguet), peut conduire à condamner l'agent, elle n'exonère pas nécessairement l'administration de ses responsabilités. Ainsi, dans la décision du CE Papon, datant de 2002, l'Etat a été condamné à payer la moitié de la somme demandée par les requérants au motif que les ordres de l'Etat de 1941 à 1944 pouvaient être considérés comme fautifs.

L'intervention croissante du droit public dans la sphère économique et sociale a également participé à rechercher, plutôt que la faute du fonctionnaire, la personne la plus à même – d'indemniser les victimes lorsqu'un dommage est causé – par l'administration ou non – à un citoyen. Le procédé de l'action récursoire, dégagée par les décisions du CE de 1951 Laruelle et Delville, permet ainsi à un agent mis en cause pour faute personnelle de se retourner contre l'administration, et inversement.

En parallèle de la mise en cause pour faute, l'administration doit désormais veiller à l'application du principe de précaution, consacré à l'art. 5 de la Charte de l'Environnement.

L'étude du CE de 2017 intitulé « la prise de risque et les décideurs publics » relève que ce principe implique pour les décideurs, au premier lieu desquels les fonctionnaires, une prise de risque qui peut être un frein à une action publique courageuse et audacieuse. En effet, par crainte de voir leur responsabilité mise en cause – notamment au niveau pénal -, les fonctionnaires peuvent préférer une action plus prudente, qui,

à terme, pourrait freiner l'adaptation de l'administration aux enjeux de demain, notamment le numérique (rapport 2018 : Action publique et plateforme numérique).

Le développement d'une « éthique de la responsabilité » traduite par une mise en cause plus aisée de la responsabilité des agents, appelle donc à une meilleure protection de l'action publique, afin que cette dernière puisse être plus ambitieuse.

*

Une éthique des fonctionnaires qui permette à la fois la protection des citoyens et celle de l'action publique se dessine à travers les récentes avancées de la jurisprudence administrative et les garanties législatives en faveur d'une action publique ambitieuse (B).

La protection de l'administration a été accrue pour préserver la latitude des fonctionnaires dans leur pratique quotidienne.

Par la décision de 2009, Commune de Crégols, le Conseil d'Etat a rejeté la demande d'annulation de la décision d'un maire qui, en l'application du principe de précaution, avait fait fermer une centrale nucléaire, au motif que, au regard des informations dont il disposait au moment des faits, la mesure était légitime. Cette application hétérodoxe dans le cadre d'un REP montre que la justice administrative laisse une place croissante à la prise de décision des fonctionnaires lorsqu'elle vise la protection des citoyens.

Par ailleurs, la révision des conditions de mise en cause de la responsabilité des décideurs publics à la suite des catastrophes de Furiani et de l'incident du DRAC dans les années 1990, par la loi FAUCHON de 2000, permet aujourd'hui de mieux prendre en compte les conditions concrètes d'exercice des fonctions des agents publics.

Ce mouvement se fait aussi bien au niveau national qu'europpéen, avec, notamment la mise en place de régime de protection pour les lanceurs d'alerte par la loi de 2016 en France et les discussions en vue d'une directive européenne émise par le Parlement en avril 2018.

Une éthique des fonctionnaires qui est protectrice de leur action ne se justifie toutefois que par la poursuite de l'intérêt général, et l'impératif d'exemples.

Ainsi, la CEDH a-t-elle conditionné, dans un arrêt Guja c/ Moldova de 2018, la protection de la liberté d'expression d'un fonctionnaire, en violation de son devoir de réserve, à l'« authenticité » des informations divulguées, ainsi qu'à sa bonne foi.

Cette nécessaire exemplarité se retrouve dans les exigences de transparence de la vie publique développées par la Charte Marianne, créée en 2005 ainsi que dans le code des relations entre le public et l'administration, qui permettent aux administrés de se prévaloir plus aisément de leurs droits envers l'administration.

* *

*

En conclusion, l'éthique du fonctionnaire est ce qui permet aux fonctionnaires de servir au mieux l'intérêt général, en obéissant aux principes de l'Etat de droit, les citoyens peuvent ainsi être assurés de leur égalité devant les services publics.