



## Sens du service public

<https://www.sens-du-service-public.fr>

JUIN 2024

### État de droit : que peuvent les agents publics ?

#### Dans quelle mesure les agents publics ont-ils vocation à constituer un « rempart » ?

La perspective d'une éventuelle victoire de l'extrême droite à l'occasion des élections législatives du 30 juin et du 7 juillet prochains suscite de nombreuses interrogations et une profonde inquiétude parmi les agents publics.

Sur les 5,7 millions de fonctionnaires que compte la fonction publique dans son ensemble, **ce sont les 2,5 millions d'agents de la fonction publique d'État qui seraient en première ligne de l'action d'un Gouvernement d'extrême droite**. Mais un tel changement politique emporterait en réalité des répercussions pour l'ensemble de l'action publique et de celles et ceux qui la servent.

En effet, **les évolutions normatives (réglementaires comme législatives) ainsi que la politique conduite par le Gouvernement affecteraient nécessairement** l'ensemble des pouvoirs et établissements publics (jusqu'aux collectivités territoriales et aux établissements hospitaliers) et, partant, **toutes celles et ceux qui sont là pour garantir la continuité du service public et pourvoir aux besoins de la population**.

Alors que certains discours ont pu mettre à mal les singularités de l'action publique et la banaliser, à force de considérer que le service public devait répondre aux mêmes logiques que celles d'une prestation délivrée par une entreprise, **on rappellera au contraire que travailler pour le service public et ses usagers ce n'est pas travailler pour n'importe quelle finalité et dans n'importe quel cadre**.

Ce cadre est à la fois statutaire et déontologique, fondé sur les valeurs républicaines et tourné vers le seul service de l'intérêt public, au-delà de tout intérêt particulier et dans le respect des principes de notre Constitution.

**Au sein de ce cadre, on soulignera en particulier que l'action des agents publics est guidée par le principe d'égalité d'accès au service public et de non-discrimination.**

L'extrême droite au pouvoir serait-elle susceptible de bouleverser en profondeur le cadre de la légalité républicaine et de l'État de droit, fondement des missions du fonctionnaire ? Existe-t-il un droit à la désobéissance qui trouverait son fondement dans la sauvegarde de principes républicains qui apparaîtraient menacés à l'occasion de l'application d'un texte ou d'un ordre hiérarchique ?

**Contrairement à la caricature que d'aucuns voudraient en opérer, le débat objet de cette note n'est pas le fait de tenants d'un État supposé « profond »** qui tenteraient ainsi de résister à l'expression du suffrage universel pour faire valoir une continuité d'intérêts occultes, supposés propres : **il répond à une introspection légitime de la part de tout agent public mû par le sens non seulement des valeurs mais d'une certaine éthique républicaine.**

**Poser les termes de ce débat impose toutefois une première clarification :** dès lors que le cadre et les équilibres institutionnels tels qu'ils existent aujourd'hui continuent d'apporter la garantie des principes de l'État de droit, notamment sur le plan constitutionnel et législatif, et ce quelle que soit l'inspiration politique du Gouvernement, **attendre des fonctionnaires qu'ils constituent un « premier rempart » ou prétendre à un tel rôle est contestable. Cette responsabilité incombe en premier lieu à nos institutions et à l'expression souveraine des citoyens, dont elles tirent leur légitimité.** C'est en revanche dans le cadre du fonctionnement du service public, dont ils sont les acteurs, que les fonctionnaires sont pleinement fondés à se questionner sur la compatibilité des décisions à mettre en œuvre ou des ordres qu'ils reçoivent avec les principes de l'État de droit.

## **L'action gouvernementale est-elle réductible au champ institutionnel et normatif ?**

Avant d'en arriver directement à ces questionnements, il convient de resituer le pouvoir d'un Gouvernement s'appuyant sur une majorité à l'Assemblée nationale.

**S'agissant de la loi, on rappellera notamment les « garde-fous » institutionnels que constituent le bicaméralisme** – qui n'est cependant pas symétrique en France, l'Assemblée nationale ayant, en cas de navette, le dernier mot lors de la deuxième lecture d'un texte – **et le rôle du Conseil constitutionnel** (au titre du contrôle de constitutionnalité qu'il opère a priori avant promulgation de la loi et a posteriori s'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité) **mais aussi celui du Conseil d'État, et plus largement du juge administratif** (au travers de l'exception d'illégalité qui permet d'écarter l'application d'un acte jugé illégal et d'obtenir l'annulation d'une décision qui serait fondée sur cet acte).

**Mais l'action gouvernementale ne saurait être appréhendée sous ce seul angle. En effet, l'action de l'État s'inscrit également dans l'édition de normes infra-législatives** – qui peuvent certes être contestées devant le juge – **mais peut aussi, indépendamment de tout acte de droit positif, se manifester par des mesures d'ordre interne ou des actions opérationnelles sur le terrain**, par exemple au titre de l'ordre public et dans le cadre des doctrines d'emploi et d'intervention en matière de sécurité.

Aussi, sans se perdre en conjectures sur ce que pourrait représenter une action gouvernementale de l'extrême droite, **il est permis d'envisager l'hypothèse selon laquelle un Gouvernement issu d'une victoire aux prochaines élections législatives se monterait soucieux de se présenter sous**

un visage « raisonnable » sur les plans normatif et institutionnel et de veiller avant tout à mettre en scène et prendre à témoin de son « empêchement d’agir » selon son programme politique, et ce devant les gardiens de l’ordre juridique, qu’il s’agisse du Conseil constitutionnel ou du Conseil d’État.

Il est donc d’autant plus important de mesurer concrètement ce que représente le pouvoir d’agir « infra-normatif » d’un Gouvernement qui serait tenté de mobiliser ce levier, à savoir au travers de mesures d’organisation interne, d’instructions aux services (circulaires ou notes de service) ou encore d’ordres hiérarchiques, qui ressortent tous des prérogatives ministérielles **sans qu’il soit nécessaire d’être habilité par une loi ou un décret.**

### Un pouvoir gouvernemental du quotidien, en-deçà des « radars » constitutionnels et législatifs...

Le débat public national reste souvent focalisé sur les moyens institutionnels dont disposerait un Gouvernement issu d’une majorité à l’Assemblée nationale pour appliquer son programme.

Or il convient d’autant moins de survaloriser le rôle du champ institutionnel et normatif au plan national qu’il existe également, « sous les radars » législatifs et constitutionnels, un pouvoir d’agir opérationnel du quotidien et sur le terrain, pouvant se traduire concrètement, non pas par des actes de droit positif mais par des instructions – sous la forme de notes ou circulaires – aux services ou des mesures d’organisation interne (par exemple, dans le but, de réaffecter des agents « dans l’intérêt du service » et sans que cela ne puisse être regardé au plan statutaire comme une sanction disciplinaire détournée). A telle enseigne que ce pouvoir décisionnel « infra-législatif » et même « infra-décrétal » a été consacré par le Conseil d’État qui reconnaît aux ministres, en qualité de chef de service, un pouvoir réglementaire minimal, dont ils disposent en l’absence de toute habilitation par une loi ou un décret, afin de prendre les mesures nécessaires à l’organisation de leurs services (Conseil d’État, 7 février 1936, *Jamart*).

On relèvera également que les instructions données à ce titre pourraient être non pas seulement **des consignes d’action** – comme on pourrait l’envisager spontanément – **mais aussi des consignes d’inaction** soit dans un dossier individuel, soit selon une politique plus générale consistant à ne plus délivrer tel ou tel service aux usagers.

### Existe-t-il réellement un droit à la désobéissance des fonctionnaires ?

Dans le cadre statutaire en vigueur, la désobéissance du fonctionnaire n’est pas un droit : l’agent est soumis à un devoir d’obéissance hiérarchique. La seule exception à ce devoir intervient uniquement dans le cas où « l’ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public » selon les termes de l’article L. 121-10 du code général de la fonction publique, dans la continuité de la jurisprudence (Conseil d’État, 10 novembre 1944, *Langneur*).

Dans ce cas, c’est même un **devoir de désobéissance** qui pèse sur l’agent public, sous peine de sanction voire d’engagement de sa responsabilité pénale (article 122-4 du code pénal).

## L'obéissance est la règle et la désobéissance une (très rare) exception...

Il n'existe pas à proprement parler de droit à la désobéissance du fonctionnaire mais, au contraire, un devoir d'obéissance qui connaît une exception : la situation dans laquelle l'agent reçoit un ordre manifestement illégal et compromettant l'intérêt public. En ce cas, c'est même un devoir de désobéissance qui incombe à l'agent, sous peine de sanction.

L'article L. 121-10 du code général de la fonction publique offre une lecture consolidée des devoirs des agents publics, qu'ils soient contractuels ou titulaires, à cet égard : « *L'agent public 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.* »

**Le champ de cette exception est donc apprécié de manière extrêmement restrictive** – l'illégalité doit être manifeste et porter atteinte à l'intérêt public – et ne saurait être imprudemment étendu à ce qui relève de la conscience individuelle de l'agent.

**Ainsi, le seul désaccord – si important soit-il – avec les priorités politiques d'un Gouvernement d'extrême droite ne saurait évidemment constituer le fondement d'un acte de désobéissance.**

Pour résumer la situation parfois délicate dans laquelle peut se trouver un agent public, on citera volontiers les mots de Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État, dans un discours prononcé le 27 mars 2013 à l'École nationale d'administration : « *Désobéir dans la légalité n'est pas chose aisée. Cette problématique place le fonctionnaire dans une situation risquée à un double point de vue, car l'obéissance, comme la désobéissance, peut être coupable.* »

**Aussi il convient de se garder d'une approche simpliste ou encore moralisatrice de la désobéissance**, qui fasse fi, au-delà de la conscience individuelle des agents publics, de leur devoir de loyauté et des enjeux de continuité de l'État et du service public.

On rappellera également que, compte tenu de la séparation du grade et de l'emploi, les agents sont titulaires de leur grade et ne sont aucunement « propriétaires » de leur emploi, contrairement aux idées reçues. **Leur affectation reste donc à la disposition de leur autorité hiérarchique, pour peu qu'elle tienne compte de leur grade.** Ainsi, on peut aisément songer à ce qu'un Gouvernement désireux de disposer d'une fonction publique dont le comportement soit conforme à ses orientations pourrait être amené à faire : **prendre des mesures de rétorsion et de mise à l'écart, « déguisées » sous les apparences de mutations opérées dans l'intérêt du service** sur des emplois correspondant au grade de l'agent.

## Quels enjeux pour les emplois d'encadrement supérieur, exposés par nature au « spoils system » ?

Une telle éventualité se pose avec une acuité toute particulière s'agissant des emplois d'encadrement supérieur de l'État, pourvus à la discrétion du Gouvernement (préfets, ambassadeurs, directeurs généraux d'administration centrale, etc.). Au nombre de 500, ils sont un rouage essentiel de l'État et de l'action gouvernementale.

**S'il ne s'agit nullement ici de contester le principe-même de la logique de nomination qui préside à ces emplois**, on soulignera que la loyauté et la nature du lien de confiance entre le Gouvernement et celles et ceux qui occupent ces fonctions sont déterminants des conditions dans lesquelles ces emplois sont pourvus. Aussi, le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement s'applique aussi bien à la nomination sur ces emplois qu'aux conditions dans lesquelles il peut être mis fin aux fonctions des agents occupant ces emplois.

Le Rassemblement national se veut aujourd'hui rassurant dans le cadre de la campagne électorale et se défend de toute intention, en cas de victoire aux élections législatives, de faire usage de ce pouvoir de nomination pour appliquer **une logique de « spoils system », c'est-à-dire de renouveler les nominations sur ces emplois supérieurs selon un principe de loyauté politique et partisane.**

On peut sans doute percevoir dans ces déclarations à la fois une volonté de rassurer et une expression de prudence quant à la réalité des options dont le RN disposerait concrètement pour nommer à ces postes des personnes de confiance.

**Pour autant, dans l'absolu rien ne lui empêcherait – à l'image de gouvernements précédents – d'en faire massivement un tel usage**, ce qui invite à replacer aussi dans cette perspective particulière des emplois d'encadrement supérieur le débat sur la loyauté, la désobéissance et la continuité de l'État.

Ainsi, à ce titre, un Préfet dont l'attitude déplairait au pouvoir ou conduirait ce dernier à questionner sa loyauté serait exposé à des mesures de mobilité ou à la privation d'affectation au travers d'un positionnement « hors cadre ».

## **Comment l'éthique du fonctionnaire peut-elle être placée au service de sa vigilance et de son action ?**

Loin de toute considération de conviction politique – et encore moins partisane – **c'est l'éthique (de responsabilité) du fonctionnaire qui guide son action d'agent au service de l'intérêt public et de la Nation.**

**Qu'ils soient agents de terrain ou cadres supérieurs, les agents publics ne sont pas des « automates » animés par l'exécution « aveugle » et sans états d'âme de décisions ou d'ordres hiérarchiques** : avec indépendance d'esprit, et quelles que soient leurs fonctions, ils sont nécessairement amenés à réfléchir à leur action, à alerter, à conseiller et, le cas échéant, à éclairer la décision.

**C'est cette éthique qui peut, en s'exerçant à titre individuel, conduire un fonctionnaire à se déclarer incompetent et à se déporter**, s'il s'agit, par exemple, de signer une décision manifestement illégale et contraire à l'intérêt public comme de mettre œuvre une décision d'expulsion d'étrangers qui ne respecterait pas les lois de la République ou encore une décision qui retirerait indûment des droits à une personne ou un groupe de personnes.

En cas de désaccord profond, l'exercice de son éthique pourra même conduire un fonctionnaire, le cas échéant, **à démissionner, à effectuer une mobilité ou à solliciter un détachement ou une mise en disponibilité.** Pour autant, cette « option », qui relève de la conscience de chacun, ne

saurait ni être idéalisée – elle se heurte aux possibilités et contraintes de chacun – ni s’accompagner d’une approche moralisatrice qui serait déconnectée des enjeux de continuité de l’État et du service public auxquels les agents publics sont également légitimement sensibles.

On ajoutera également que **le statut de lanceur d’alerte constitue une protection supplémentaire, introduite en 2016, pour les agents publics** : il permet de signaler tout crime, délit, conflit d’intérêt, menace ou préjudice pour l’intérêt général, violation du droit de l’Union européenne ou d’un engagement international, en garantissant pour le fonctionnaire auteur d’une alerte une protection contre toute forme de discrimination, menace, sanction, etc. Le lanceur d’alerte doit alors alerter la cellule dédiée au sein de son administration, son supérieur hiérarchique, ou si cela reste sans résultat le Défenseur des droits ou le procureur de la République, ou enfin rendre public le signalement si cela est « *nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause* ».

On indiquera aussi que, comme le rappelle l’article L. 121-11 du code général de la fonction publique, **tout fonctionnaire doit se conformer à l’article 40 du code de procédure pénale, c’est-à-dire qu’il est tenu de signaler au procureur de la République tout crime ou délit dont il aurait connaissance dans l’exercice de ses fonctions**. Ceci vaut notamment à l’égard des constats d’atteintes à la liberté individuelle (article 432-4 du code pénal) et d’actes à caractère discriminatoire (article 432-7 du code pénal) commis par des dépositaires de l’autorité publique.

Enfin, on rappellera utilement que **le devoir de réserve n’est en aucune manière un « bâillon » de la liberté d’expression du fonctionnaire** qui, sous réserve du respect des obligations liées aux fonctions qu’il exerce, est légitime, comme tout citoyen, à participer au débat d’idées.

### Que faire en présence d’un ordre qui apparaît manifestement illégal ?

1. Si l’ordre hiérarchique n’a pas été formalisé, **il est fortement recommandé de demander un ordre écrit.**
2. **Sur la base de l’ordre écrit, il convient de demander conseil sur les suites à donner** et sur le fait de déterminer si cet ordre peut être considéré comme relevant de l’exception posée par l’article L.121-10 du code général de la fonction publique, à savoir s’il est « *manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ».
3. Il peut être utile de se renseigner, selon les moyens dont l’agent dispose, pour **savoir si cet ordre correspond, au-delà du cas d’espèce, à des instructions plus générales qui relèveraient d’une note de service, d’une instruction ou d’une circulaire.**
4. Le cas échéant, **l’agent peut être lanceur d’alerte**, dans les conditions prévues qui encadrent ce statut et disposer des protections prévues à ce titre. Le lanceur d’alerte doit alors alerter la cellule dédiée au sein de son administration, son supérieur hiérarchique, ou, si cela reste sans résultat, le Défenseur des droits ou le procureur de la République, ou enfin rendre public le signalement si cela est « *nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause* ».

5. **Les organisations syndicales** peuvent apporter le cas échéant l'accompagnement et dispenser les conseils nécessaires, jusqu'à appuyer l'agent dans ses démarches pour contester, le cas échéant, toute mesure de rétorsion que prendrait l'administration à l'égard de l'agent. Les syndicats peuvent même être fondés à engager des **actions de groupe** en la matière. En effet, le législateur a ouvert la possibilité d'actions de groupe, permettant à un syndicat de fonctionnaires, agissant au nom de fonctionnaires sur le fondement de l'article L. 77-11-2 du code de justice administrative, d'**intenter une action visant à mettre fin à une discrimination subie par ces fonctionnaires ou à réparer le préjudice résultant d'une telle discrimination**, ceux-ci pouvant ensuite individuellement se prévaloir du résultat ainsi obtenu en leur nom devant le juge.
  
6. **En parallèle et au préalable, si l'ordre apparaît manifestement illégal et de nature à compromettre gravement l'intérêt public, il est évidemment vivement conseillé de s'abstenir de l'appliquer**, notamment en se prévalant auprès de sa hiérarchie de la loi pénale (art. 122-4 du code pénal).