



HAL
open science

Loyal à qui, loyal à quoi ? Les marges de manœuvre du fonctionnaire entre devoir d'obéissance et fidélité à des valeurs

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle Lochak. Loyal à qui, loyal à quoi ? Les marges de manœuvre du fonctionnaire entre devoir d'obéissance et fidélité à des valeurs. Niquègue, Sylvain. Les figures de la loyauté en droit public, Mare & Martin, pp. 487-502, 2017, Droit public, 978-2-84934-291-6. hal-01647246

HAL Id: hal-01647246

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647246>

Submitted on 28 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Loyal à qui, loyal à quoi, loyal comment ?

Les marges de manœuvre du fonctionnaire entre devoir d'obéissance
et fidélité à des valeurs

Danièle Lochak

in S. Niquège (dir.), *Figures de la loyauté en droit public*,
Mare et Martin, 2017, pp. 487-502.

Entre le serviteur qui obéit sans états d'âme et le héros qui s'insurge au risque, dans le meilleur des cas, d'être sanctionné ou révoqué, dans le pire des cas de sacrifier sa liberté ou sa vie, y a-t-il place pour un fonctionnaire qui accepte les contraintes inhérentes à son statut sans abdiquer son libre-arbitre de citoyen ? Plus concrètement, de quelles marges de manœuvre dispose ce fonctionnaire lorsque la mission qu'on lui confie lui paraît incompatible avec les valeurs auxquelles il croit et qui devraient normalement guider l'exercice de son métier ?

La question se pose avec une acuité particulière dans les périodes d'exception ou de dictature¹. Vichy fournit l'exemple archétypique des dilemmes auxquels peut être confronté le fonctionnaire et qui sont d'autant plus aigus que les risques encourus en cas de désobéissance sont majeurs. Mais la guerre d'Algérie a aussi fourni son contingent de problèmes de conscience à ceux qui n'ont pas accepté de couvrir les actes de torture.

En « temps normal », lorsque la démocratie et l'État de droit sont peu ou prou préservés, on s'intéresse moins aux problèmes de conscience des fonctionnaires. On se contente de rappeler le droit – ou le devoir..., on y reviendra – de désobéir à l'ordre manifestement illégal et dont l'exécution serait de nature à nuire gravement à la bonne marche du service ou à un intérêt général. Mais n'a-t-on pas tort de minimiser les dilemmes moraux auxquels peuvent être confrontés les fonctionnaires dans l'accomplissement de leurs tâches ? La montée en puissance de la thématique de l'alerte éthique qui concerne directement, même si son champ est beaucoup plus large, la fonction publique, le laisse en tous cas penser. Et puis, il subsiste toujours, au sein de l'État de droit, des îlots d'État de police régis par des procédures dérogatoires : les tâches assignées et les ordres reçus dans ce cadre peuvent susciter des interrogations chez ceux qui sont chargés de les exécuter.

Après avoir inventorié la palette des choix potentiellement ouverts au fonctionnaire pris dans un conflit de loyauté, nous concentrerons notre analyse sur le cas de celui qui reste à son poste et continue à exercer son métier : de quelles marges de manœuvre dispose-t-il pour rendre compatible la mission qu'on lui a confiée avec ses propres convictions éthiques ? Il convient toutefois, auparavant, d'insister sur cet élément de contexte propre à la fonction publique : la prégnance du « sens hiérarchique » qu'elle s'efforce, en général avec succès, d'inculquer à ses agents.

1/ La socialisation des fonctionnaires et l'inculcation du sens hiérarchique

La fonction publique – si l'on met à part le cas spécifique des magistrats, sur lequel on reviendra, et celui des universitaires dont l'indépendance est inhérente à leur statut – est gouvernée par le principe hiérarchique qui implique obéissance hiérarchique et loyauté. Mais ces obligations, consignées par les textes ou la jurisprudence, ne reflètent qu'imparfaitement la nature des contraintes qui pèsent sur le comportement des fonctionnaires dont la socialisation

¹ Voir à cet égard le grand colloque co-organisé par l'EHESS et le Conseil d'État en 2013 et publié sous la direction de Marc-Olivier Baruch : *Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948*, La Documentation Française, 2014

visé à leur inculquer le « sens » hiérarchique.

L'obéissance

Si l'obligation d'obéissance, corollaire du principe hiérarchique, est affirmée avec une force particulière dans les régimes autoritaires², elle vaut aussi dans les régimes démocratiques, avec toutefois un autre fondement : le bon fonctionnement de l'administration implique que ses agents se conforment à l'intérêt général tel qu'il est défini par le pouvoir politique ; en obéissant à ses supérieurs hiérarchiques le fonctionnaire obéit en dernière analyse à la loi, expression de la volonté générale, conformément aux exigences de l'État de droit et de la démocratie représentative. L'obéissance hiérarchique n'est en somme, dans cette perspective, qu'une application particulière de l'obéissance à la loi, l'autorité hiérarchique n'existant elle-même qu'en vertu d'une habilitation légale³.

Force est toutefois de reconnaître que cette construction théorique ne reflète pas le droit positif, et encore moins la réalité concrète. Il n'appartient pas au fonctionnaire subordonné d'interpréter la loi pour vérifier que l'ordre reçu y est conforme, et il n'est délié de son devoir d'obéissance que dans des conditions très strictes⁴. Le principe hiérarchique fait au demeurant tellement partie de l'univers du fonctionnaire que la force obligatoire des ordres ou instructions est nécessairement plus grande à ses yeux que l'ensemble des lois et règlements. Il en va de même des circulaires qui valent toujours plus aux yeux des agents que les textes dont elles sont censées donner des directives d'application. Dire qu'en obéissant à ses supérieurs le fonctionnaire obéit en dernière instance à la loi, c'est donc avant tout une façon de justifier le principe hiérarchique dans un État de droit.

Au-delà des obligations de service au jour le jour, la carrière entière du fonctionnaire dépend du supérieur hiérarchique, ce qui contribue à entretenir déférence et soumission. Entre l'allégeance à ses supérieurs et la conception qu'il peut avoir par ailleurs de l'intérêt général, l'agent hésite rarement. Le statut de la fonction publique ne dit nulle part, au demeurant, que le fonctionnaire est au service de l'intérêt général et qu'il doit respecter la légalité, mais il énonce explicitement qu'il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique⁵. Et donc si, au départ, l'obéissance hiérarchique apparaît comme une simple obligation de service, elle finit par primer toute autre considération pour le fonctionnaire dont le principal souci est d'exécuter les instructions reçues. Une fois pris, le pli hiérarchique est difficile à perdre.

Loyauté et loyalisme.

Les termes de loyauté et de loyalisme, bien que dérivés du même adjectif, correspondent à deux notions distinctes. Le loyalisme, d'après les dictionnaires, désigne la fidélité au régime établi, aux institutions, aux autorités légitimes, tandis que la loyauté renvoie plutôt à des qualités humaines, comme la fidélité aux engagements pris, la droiture, l'honnêteté. Mais dans le langage juridique, où ces notions ne sont définies par aucun texte, leur utilisation est entourée

² « Les fonctionnaires, à tous les rangs de la hiérarchie, sont soumis à une discipline fondée sur l'autorité des chefs, l'obéissance et la fidélité des subordonnés », énonçait le statut des fonctionnaires de 1941

³ Pour Carré de Malberg, le pouvoir hiérarchique des supérieurs comme le devoir d'obéissance des subordonnés n'ont d'autre objet ni d'autre justification que l'exécution des lois (*Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, p. 518 et s.).

⁴ C'est du reste ce que reconnaît Carré de Malberg : l'interprétation du supérieur s'impose aux fonctionnaires subalternes qui ne sont pas maîtres de n'exécuter les ordres qu'après avoir en avoir apprécié la régularité). L'obligation d'obéissance ne disparaît que « si l'ordre excède ouvertement les pouvoirs fixés par une loi non équivoque ou va directement à l'encontre d'une prescription formelle des lois (*ibid.*)».

⁵ En revanche, le code de déontologie de la police nationale (édicte par le décret du 18 mars 1986) dispose en son article 2 que « la police nationale s'acquitte de ses missions dans le respect de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Constitution, des conventions internationales et de lois ».

d'un certain flou.

La loyauté, en tant qu'obligation déontologique du fonctionnaire, doit être interprétée, dit Christian Vigouroux, comme une loyauté « fonctionnelle », n'impliquant rien d'autre qu'un comportement intègre et l'acceptation de l'autorité : il faut simplement que le supérieur puisse compter sur son subordonné, qu'il puisse lui faire confiance⁶. Et de poursuivre : « elle n'est ni l'adhésion, ni la fidélité ni le loyalisme ni encore moins l'allégeance ». Cette présentation laisse donc penser que les deux notions s'opposent. Mais plus loin l'auteur propose de distinguer trois dimensions de la loyauté : la loyauté vis-à-vis du supérieur hiérarchique, qui suppose la coopération loyale pour l'exécution des ordres reçus ; la loyauté vis-à-vis des autorités politiques démocratiquement élues, le fonctionnaire ne devant pas faire prévaloir ses propres orientations sur les ordres que ces autorités lui ont légalement donnés ; la loyauté vis-à-vis des institutions – l'institution que le fonctionnaire sert directement mais aussi, plus largement, les institutions républicaines. Or ces deux dernières dimensions de la loyauté correspondent précisément à ce qu'on a coutume de désigner sous le nom de loyalisme.

Il semble bien, par conséquent, que le fonctionnaire n'ait pas seulement une obligation de loyauté, dont on peut penser qu'elle inclut l'obligation d'obéissance même si elle la dépasse, mais aussi une obligation de loyalisme, entendue comme une obligation générale de fidélité envers les institutions et les valeurs fondamentales qui sous-tendent l'ordre constitutionnel. Si le statut général de la fonction publique est muet sur ce point, le code de déontologie de la police nationale dispose que le fonctionnaire est « loyal envers les institutions républicaines ». Les magistrats, de façon encore plus explicite, se voient interdire « toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République ». On retrouve dans la jurisprudence quelques cas de sanctions prononcées pour ce qui apparaît, même si le terme n'y figure pas, comme un manquement à l'obligation de loyalisme : telle la sanction visant un fonctionnaire qui avait déclaré, dans une réunion publique : « c'est le drapeau rouge qui abattra l'ignoble drapeau tricolore »⁷ ou encore un directeur d'école qui avait refusé de participer aux cérémonies commémoratives de l'armistice du 11 novembre 1918⁸. Rappelons enfin que les hauts fonctionnaires occupant des emplois discrétionnaires sont tenus à une obligation de loyalisme non seulement à l'égard des institutions mais aussi, de fait, vis-à-vis du gouvernement en place qui peut les révoquer aussi librement qu'il les a nommés.

Présenter l'obligation de loyalisme comme une obligation de fidélité envers les institutions républicaines présuppose toutefois qu'on est dans le cadre d'un régime... républicain. C'est donc une vision restrictive du loyalisme qui doit en réalité s'analyser plus généralement comme l'obligation de servir le régime en place. Dans le cadre d'un régime autoritaire ou dictatorial elle dégénère facilement en loyalisme à l'égard du chef : c'est ainsi que, sous Vichy, le loyalisme s'est concrétisé dans l'obligation de prêter serment de fidélité au maréchal Pétain.

Mais, au-delà des hésitations sémantiques, on voit bien comment ces dimensions multiples de la loyauté et du loyalisme peuvent entrer en conflit. C'est le cas, à l'évidence, lorsque le régime que le fonctionnaire doit servir bafoue ouvertement les valeurs de la démocratie et de l'État de droit. Mais en dehors même de cette hypothèse extrême, la loyauté vis-à-vis de l'institution particulière à laquelle le fonctionnaire appartient ou de ses supérieurs hiérarchiques peut se révéler incompatible avec le loyalisme à l'égard des institutions républicaines lorsque les ordres reçus paraissent porter atteinte aux valeurs qui sous-tendent celles-ci.

⁶ Ch. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, 2^e éd., Dalloz, 2012, p. 360

⁷ CE, 25 janv. 1935, *Defrance*, Rec. p. 105.

⁸ CE, 5 nov. 1952, *Vrecord*, Rec. p. 487.

2/ Conflits de loyauté et prise de risque : quels choix ?

Compte tenu des éléments de contexte que l'on vient de rappeler, l'idée qu'un fonctionnaire peut avoir à faire des choix ne tombe pas sous le sens : comme le rappelle Marc-Olivier Baruch⁹, « n'est-ce pas au contraire le propre des fonctionnaires que de mettre un point d'honneur à ne pas choisir », puisqu'ils disent servir non un gouvernement, non un régime, mais l'État, de sorte que le réflexe est bien est bien d'obéir aux ordres de ceux qui représentent cet État. Mais à supposer qu'il dépasse ce réflexe, quels choix sont offerts à celui qui n'adhère pas à l'idéologie du régime qu'il est censé servir ou qui, plus simplement, estime que les missions qui lui sont imparties contredisent des principes de valeur supérieure ?

Revenons un instant à l'exemple de Vichy. En ces temps extrêmes, rappelle Paxton, il fallait « choisir – et le choix était dramatique – entre deux solutions : faire son travail, donc courir des risques moraux et abstraits, ou pratiquer la désobéissance civile, donc s'exposer à des dangers physiques et immédiats ». On a assisté sous Vichy aux attitudes les plus variées, allant du zèle à la résistance, en passant par la poursuite ordinaire du métier. Avec ou sans états d'âme, dans ce dernier cas ? Si les reins et les cœurs sont insondables, on peut raisonnablement faire l'hypothèse que la grande majorité des fonctionnaires a servi sans se poser trop de questions, l'obligation de neutralité et l'obligation d'obéissance étant des justifications suffisantes pour... obéir. Mais à partir de quel moment, en pensant faire normalement son métier, entre-t-on dans la voie de la compromission ? Peut-on au demeurant faire normalement son métier dans un régime dont on réproouve – si tel est le cas – les fondements politiques, idéologiques, moraux ? N'y a-t-il pas un moment où, si l'on ne veut pas se salir les mains, on n'a plus d'autre choix que de démissionner ? La réponse n'est pas univoque, car elle est pour partie fonction du type de tâches auxquelles le fonctionnaire est affecté. Mais même ceux qui n'étaient pas affectés à des tâches ignominieuses ont quand même assisté, le plus souvent en silence, à l'épuration qui a frappé la fonction publique, conduisant notamment à l'exclusion des naturalisés puis des juifs.

Rester ou partir, se salir les mains ou résister

Les fonctionnaires ont pour mission de faire appliquer les lois, au risque, lorsque ces lois sont « scélérates », de se salir les mains. La remarque vaut aussi bien pour ceux qui occupent des fonctions juridico-administratives que pour ceux qui occupent des fonctions opérationnelles, *a fortiori* répressives, comme les policiers. Elle vaut aussi pour ces fonctionnaires d'un genre un peu particulier que sont les magistrats et qui, par exemple, ont été amenés, sous Vichy, à trancher les litiges découlant de la législation antisémite¹⁰. On reviendra plus loin sur les marges de manœuvre dont les agents de l'État pouvaient ou non disposer dans l'exercice de leurs missions pendant cette période. Bornons-nous pour l'instant à constater qu'en restant à leur poste ils ont accepté, parfois inconsciemment, parfois même sans doute à leur corps défendant, de se salir les mains. Cela ne veut pas dire nécessairement qu'ils adhéraient à la politique du régime, notamment à sa politique antisémite. Ils étaient plus probablement mus par la conviction bien ancrée dans l'esprit de tout magistrat comme de tout fonctionnaire que les lois doivent être appliquées. Et puis, sauf à démissionner, les fonctionnaires étaient bien obligés d'obéir, les magistrats étaient bien obligés de statuer sur les affaires dont ils étaient saisis. Cette donnée n'est triviale qu'en apparence : à moins d'ériger l'héroïsme en impératif catégorique, on ne peut en faire abstraction.

Certains ont tenté de résister tout en restant à leur poste, parfois même sont restés à leur

⁹ *Faire des choix...*, *op. cit.*, p. 7

¹⁰ D. Lochak, "Le juge doit-il appliquer une loi inique ?", in "Juger sous Vichy", *Le Genre Humain*, Le Seuil, décembre 1994.

poste pour avoir une chance de protéger les victimes de Vichy¹¹. On cite le cas de cette fonctionnaire d'une préfecture de province qui, chaque soir, après avoir établi des listes de juifs, allait ensuite prévenir les personnes qu'elle avait fichées¹². Et on sait aujourd'hui que des fonctionnaires de police ont averti les juifs des rafles en préparation ou se sont arrangés pour les laisser s'enfuir.

Rester et résister : c'est un comportement qui fait courir des risques, mais d'ampleur inégale selon les époques et les régimes. Dans la France de Vichy, les fonctionnaires qui ne faisaient pas exactement ce que la loi ou leurs supérieurs leur prescrivaient de faire – on ne parle pas ici des authentiques résistants à Vichy ou aux autorités d'occupation – s'exposaient à des sanctions, mais ils ne mettaient généralement pas en jeu leur liberté, *a fortiori* leur vie, contrairement à leurs homologues dans l'Allemagne de Hitler ou dans les dictatures communistes.

Il y a ceux qui refusent de servir et qui démissionnent. C'est le cas, sous Vichy, de ceux qui ont rejoint De Gaulle à Londres. C'est le cas aussi, pendant la guerre d'Algérie, du général de Bollardièrre et de Paul Teitgen qui ont démissionné de leur poste pour n'avoir pas à cautionner la torture. Ce faisant, ils n'ont pas risqué leur vie, mais ils ont néanmoins mis en jeu leur carrière.

Le premier, en pleine bataille d'Alger, adresse le 7 mars 1957 au général Salan, alors commandant supérieur des forces armées en Algérie, une lettre dans laquelle il fait part de son « désaccord absolu » avec le général Massu « sur les méthodes employées » et demande à « être immédiatement relevé de ses responsabilités ». Relevé de son commandement et rentré en métropole, il publie dans *L'Express* une lettre de soutien à Jean-Jacques Servan-Schreiber inculpé d'atteinte au moral de l'armée pour son récit de ce qu'il a vu en Algérie et dénonce « l'effroyable danger qu'il y aurait pour nous à perdre de vue, sous le prétexte fallacieux de l'efficacité immédiate, les valeurs morales qui seules ont fait jusqu'à maintenant la grandeur de notre civilisation et de notre armée ». Il sera puni de soixante jours de forteresse pour avoir « approuvé par une lettre publiée dans la presse avec son assentiment une campagne portant atteinte à l'honneur des troupes qu'il avait eues sous ses ordres ». Il est ensuite affecté à Brazzaville puis à Coblenze. Apprenant le putsch des généraux d'Alger, il décide de quitter l'armée.

Paul Teitgen, secrétaire général pour la police, à Alger, envoie lui aussi le 29 mars 1957 une à Robert Lacoste, gouverneur général de l'Algérie, dans laquelle il déclare notamment avoir « acquis l'intime certitude que depuis trois mois nous sommes engagés non pas dans l'il-légalité [...] mais dans l'anonymat et l'irresponsabilité qui ne peuvent conduire qu'aux crimes de guerre ». Il ajoute : « sans m'être jamais offert la liberté [...] de faire connaître mes appréhensions ou mes indignations ». Et il conclut en demandant de « bien vouloir prier M. le ministre de l'Intérieur de m'appeler rapidement à d'autres fonctions ». Il cède néanmoins à la demande de Lacoste qui lui demande de rester à son poste et de tenir sa lettre de démission secrète. Les exactions se poursuivant, il démissionne le 12 septembre 1957.

À partir d'une même position éthique, on constate que les deux hommes vont observer une attitude différente : le second se retire pour ne pas perdre son âme mais ne va pas jusqu'à se désolidariser publiquement du gouvernement ; le premier a la réaction exactement inverse et juge utile d'alerter l'opinion des dévoiements qu'il a constatés. Le général de Bollardièrre fait

¹¹ Marc-Olivier Baruch rappelle que le passage à la clandestinité était déconseillé par Londres, qui estimait que les fonctionnaires d'autorité sympathisants étaient plus utiles à leur poste que dans le maquis et qu'il fallait même servir le régime d'une manière suffisamment loyale pour ne pas risquer d'être relevé de ses fonctions (M.-O. Baruch, *Servir l'État français. L'administration en France de 1940 à 1944*, Fayard, 1997, p. 432).

¹² M.-O. Baruch, « Une femme juste », *Cahiers des amis du patrimoine de Haute-Auvergne*, n° 6, 2012. L'exemple a été repris par le président de la République dans son intervention en ouverture du colloque précité : *Faire des choix...*, *op. cit.*, p. 21.

en somme figure de lanceur d'alerte avant la lettre.

Lancer l'alerte

Ce qui caractérise en effet le lanceur d'alerte, c'est le choix qu'il est amené à faire entre plusieurs loyautés en conflit. Tirailé entre l'idée qu'il se fait de la justice ou de la démocratie, d'un côté, l'obligation de respecter les règles de l'institution ou les ordres reçus, de l'autre, il se résout à faire prévaloir la première sur la seconde en révélant des pratiques délictueuses ou des comportements contraires aux valeurs d'une société démocratique.

Ce faisant, il prend des risques, parce que son geste a toutes les chances d'être interprété comme une remise en cause de la loyauté normalement due à la collectivité d'appartenance. Révéler une information, c'est rompre un secret, donc porter atteinte à la relation de confiance qui soude le groupe, enfreindre la solidarité de corps. Il y a bien là une transgression dont l'auteur s'expose à être stigmatisé comme « traître » à son propre camp.

Et lorsque le lanceur d'alerte appartient à la fonction publique, il prend des risques supplémentaires, en raison de la difficulté de concilier l'alerte avec les obligations déontologiques des fonctionnaires¹³. L'alerte n'est guère compatible avec l'obligation d'obéissance hiérarchique, qui suppose que l'agent applique les ordres de ses supérieurs aussi longtemps qu'ils ne sont pas manifestement illégaux et que leur exécution n'est pas de nature à compromettre gravement un intérêt public – elle peut même être interprétée comme une manifestation d'insubordination caractérisée. Elle n'est pas non plus compatible avec le devoir de discrétion professionnelle qui protège les secrets de l'administration – ceux-là mêmes que le donneur d'alerte dévoile au grand jour. Elle entre enfin en conflit avec le devoir de réserve dès l'instant où l'alerte revient à donner une publicité aux comportements condamnables de l'administration à laquelle on appartient.

Les lanceurs d'alerte s'exposent donc à des sanctions comme plusieurs exemples récents l'ont rappelé. On peut ainsi évoquer le cas de Philippe Pichon, ce commandant de police qui, après avoir tenté en vain de sensibiliser et de faire réagir sa hiérarchie aux dysfonctionnements du STIC (Système de traitement des infractions constatées), a décidé d'utiliser son habilitation d'accès au fichier pour communiquer à des tiers, notamment à des journalistes, les informations nominatives confidentielles figurant dans le traitement. Mis en examen pour violation du secret professionnel, accès frauduleux à un système automatisé de données et détournement de finalité d'informations à caractère personnel, il n'a été condamné qu'à une peine de principe, le tribunal correctionnel tenant compte de sa motivation désintéressée, n'a prononcé à son encontre qu'une peine légère avec sursis. Mais l'armée, elle, l'a mis à la retraite d'office et la sanction a été confirmée successivement par le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel de Paris¹⁴.

Sihem Souid, elle aussi fonctionnaire de police, confrontée aux comportements racistes, sexistes et homophobes de ses collègues de la police aux frontières, avait alerté en vain ses supérieurs hiérarchiques, puis tenté, encore en vain, sa plainte ayant été classée sans suite, de saisir le procureur sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale. Elle s'était résolue à dénoncer ces faits publiquement en publiant un ouvrage intitulé *Omerta dans la police. Abus de pouvoir, homophobie, racisme, sexisme*. Elle a fait l'objet d'une sanction – exclusion temporaire des fonctions pour dix-huit mois dont douze avec sursis – pour manque-

¹³ Tous les auteurs convergent sur ce point. Voir par exemple : S. Pringault, « L'obligation de réserve des agents publics face au devoir de dénonciation des infractions pénales. Une inadaptation du droit français à la problématique du whistleblowing », *Droit administratif*, n° 4, avril 2012, étude 8 ; J.-F. Foegle et S. Slama, « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], URL : <http://revdh.revues.org/628> ; S. Dyens, « La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-elles compatibles ? », *Act. Jur. Coll. Terr.* 2012, p. 557.

¹⁴ TA Paris, 8 décembre 2011 ; CAA Paris, 16 juin 2013.

ment à l'obligation de réserve au motif que son livre, délibérément polémique, avait profondément dégradé l'image de l'administration auprès de l'opinion publique. Cette sanction, là encore, a été confirmée par le tribunal administratif puis par la cour administrative d'appel de Paris¹⁵.

On sait que la Cour européenne des droits de l'homme a pris sur cette question une position nettement plus protectrice pour les fonctionnaires lanceurs d'alerte¹⁶. Tout en reconnaissant que « la mission des fonctionnaires dans une société démocratique [est] d'aider le gouvernement à s'acquitter de ses fonctions » et que « l'obligation de loyauté et de réserve revêt une importance particulière », elle a néanmoins estimé qu'un agent était fondé à alerter l'opinion publique par la voie de la presse face à l'inaction prolongées de la hiérarchie pour faire cesser les agissements litigieux, dès lors que la divulgation de ces agissements, faite de bonne foi, servait l'intérêt général.

3/ Quelles marges de manœuvre dans l'exercice quotidien des fonctions ?

Nous concentrerons à présent notre attention sur le cas de l'agent qui ne démissionne pas, qui reste à son poste et qui continue à exercer ses fonctions sans opter pour une forme de résistance ouverte ou même dissimulée. De quelles marges de manœuvre dispose-t-il s'il n'entend pas obéir aveuglément à des ordres qu'il estimerait contestables ou être contraint d'appliquer des lois qui lui paraîtraient inéquitables ?

L'existence et l'importance des marges de manœuvre dépendent d'une série de facteurs. Elles dépendent d'abord de l'intensité des contraintes hiérarchiques, variable selon le corps d'appartenance et la place occupée dans ce corps. Plus on s'élève dans la pyramide hiérarchique, plus les marges de manœuvre sont *a priori* importantes, d'autant qu'il reste toujours la possibilité ultime de renoncer à un poste de responsabilité – attitude moins héroïque que la démission pure et simple qui prive de ses moyens d'existence. Elles dépendent ensuite du type de fonctions exercées : opérationnelles, gestionnaires, juridictionnelles. Elles dépendent enfin du risque d'être sanctionné et de la gravité des sanctions encourues si l'on s'écarte de la ligne fixée par la hiérarchie – ce qui renvoie à nouveau à la question du contexte. Mais, même si elles sont plus étroites, ces marges de manœuvre existent aussi par « gros temps », comme le montrent un certain nombre d'exemples sous Vichy.

L'inventaire qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Il s'agit seulement de montrer que le fonctionnaire n'est pas nécessairement acculé à un choix binaire : obéir aveuglément ou se démettre. Il existe d'abord des instruments qui lui permettent officiellement de résister : la désobéissance à l'ordre illégal, la dénonciation des infractions pénales, le droit d'alerte institutionnalisé. Leur efficacité est toutefois limitée. Une autre piste à explorer part de l'idée que, dans l'application des lois, le fonctionnaire, même subalterne, *a fortiori* le fonctionnaire d'autorité, conserve une marge d'appréciation ; s'il est magistrat, il lui appartient d'interpréter les textes et peut même écarter l'application de celui qui contrevient à des principes ou normes de valeur supérieure. Reste à savoir si le fonctionnaire, en dehors de ces routes plus ou moins balisées, peut opposer l'éthique à la loi, faire prévaloir ce que lui dicte sa conscience.

La désobéissance à l'ordre illégal.

Pour faire pièce à l'image du fonctionnaire dépourvu de conscience et obéissant au doigt et à l'œil, on met en avant le droit de désobéir à l'ordre manifestement illégal. Mais qu'en est-il concrètement ? La jurisprudence *Langneur*, retranscrite dans le statut des fonctionnaires en

¹⁵ TA Paris, 13 juillet 2011 ; CAA Paris, 31 décembre 2014.

¹⁶ CourEDH, 12 février 2008, *Guja c/ Molova*, n° 14277/04.

1983, dit seulement que l'agent est délié du devoir d'obéissance lorsque l'ordre est *manifestement* illégal et que son exécution serait de nature à perturber gravement le fonctionnement du service. Ce droit de désobéir est limité et peu protecteur : d'abord il ne concerne que la désobéissance aux *ordres* et pas aux *lois* ; ensuite il est énoncé de façon si timide que ses conditions de réalisation sont rarement réunies ; enfin, il est suffisamment flou pour que sa mise en œuvre suppose de la part du fonctionnaire un véritable pari. Un pari dont l'enjeu n'est pas seulement d'être en paix avec sa conscience : car si aucune obligation de désobéir n'est formellement énoncée¹⁷, sa responsabilité peut néanmoins être engagée s'il a finalement exécuté un ordre auquel il aurait dû refuser de se plier. Il est d'autant plus prudent, dans le doute, d'obéir à l'ordre illégal que l'article 122-4 du code pénal n'exonère de sa responsabilité celui qui a accompli « un acte commandé par l'autorité légitime », que si cet acte est « manifestement illégal »¹⁸ ; il n'en va différemment que pour les crimes contre l'humanité¹⁹.

Les limites du droit de désobéir sont parfaitement illustrées par le cas de ces directeurs d'école qui, en 2006, ont refusé de renseigner une enquête statistique sur leurs élèves demandée par les services académiques, parce qu'elle comportait des rubriques inclinant à penser que le fichier pourrait servir au contrôle des populations étrangères. Les directeurs concernés ont fait l'objet d'une retenue sur traitement pour absence de service fait. Tout en annulant cette pénalité financière, le tribunal administratif a relevé que ce refus aurait en revanche pu être sanctionné en tant que faute professionnelle pour manquement au devoir d'obéissance²⁰. Certes, l'ordre n'était pas *manifestement* illégal, mais le dispositif mis en place n'en posait pas moins problème, comme la suite l'a montré, puisque ces fichiers dits « base élèves 1^o degré » ont été annulés partiellement par le Conseil d'État²¹, que le Comité des Nations unies pour les droits de l'enfant s'en est inquiété, et que finalement le traitement a été modifié et épuré des rubriques les plus contestées.

La désobéissance aux ordres illégaux n'apporte donc qu'une réponse très partielle et très insuffisante aux cas de conscience auxquels un fonctionnaire peut être confronté. Elle n'est notamment pas de nature à résoudre les dilemmes du type de ceux auxquels ont pu être confrontés les fonctionnaires de Vichy (il est au demeurant peu probable qu'un régime dictatorial eût laissé subsister une telle disposition) : en effet, les ordres donnés pour mettre en œuvre la législation de Vichy et notamment la législation antisémite n'étaient pas manifestement illégaux, ils s'appuyaient au contraire sur des textes qui avaient toutes les apparences de la légalité ; et l'exécution de ces ordres n'était pas de nature à nuire au fonctionnement du service ou à un intérêt général tel que redéfini par Vichy et qui incluait précisément la mise à l'écart des juifs.

¹⁷ Une telle obligation est en revanche énoncée par le règlement de discipline des armées : « En tant que subordonné, le militaire [...] ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales en vigueur pour la France » (art. D. 4122-3, 3^o du code de la défense). L'instruction d'application rappelle cependant qu'il commet une faute s'il s'avère que l'acte n'était pas manifestement illégal...

Inversement, le code de déontologie de la police nationale n'évoque même pas le droit de désobéir. Il dit simplement que le policier qui pense être confronté à un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public, « fait part de ses objections à l'autorité qui le lui a donné (art. R. 434-5 du code de la sécurité intérieure).

¹⁸ Art. 122-4 du code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

¹⁹ Art. 213-4 du code pénal : « L'auteur ou le complice d'un crime [contre l'humanité] ne peut être exonéré de sa responsabilité du seul fait qu'il a accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ou un acte commandé par l'autorité légitime ».

²⁰ TA Nantes, 30 juin 2010, n^o 093402, *AJFP* 2011, p. 89, note J. Mekhantar.

²¹ CE, 19 juillet 2010, n^o 317182 et 32441.

La dénonciation des infractions pénales.

Si des comportements qui ont cours dans le service et qui heurtent sa conscience tombent sous le coup de la loi pénale, le fonctionnaire peut – et même, en principe, doit – en saisir le parquet, comme le prévoit l'article 40, al. 2 du code de procédure pénale²². L'obligation reste assez théorique, dans la mesure où elle n'est assortie d'aucune sanction. Mais surtout, la dénonciation n'est pas sans risque et peut lui valoir quelques désagréments. Elle peut en effet être considérée par ses collègues ou par sa hiérarchie comme intempestive et entraîner des mesures de rétorsion ; elle peut aussi, surtout si les preuves apportées ne suffisent pas à convaincre le parquet d'y donner suite, être assimilée à un manquement au devoir de réserve justifiant une sanction disciplinaire à l'encontre de celui ou celle qui a jeté l'opprobre sur le service. De telles hypothèses n'ont rien de fantasmagique : la preuve en est que le législateur, non sans paradoxe, a jugé utile d'inscrire dans la loi l'interdiction de léser un fonctionnaire ou un agent public dans sa carrière « pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions », autrement dit, pour avoir... appliqué l'obligation prévue dans le CPP²³.

Le droit d'alerte institutionnalisé.

Par « droit d'alerte institutionnalisé » nous visons les hypothèses où les textes accordent une protection aux auteurs d'alertes ciblées sur des délits ou des dangers spécifiés. Sur le fondement de la législation française aujourd'hui en vigueur, ce sont : la corruption (loi du 13 novembre 2007), les conflits d'intérêt (loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique), la fraude fiscale et la délinquance économique (loi du 6 décembre 2013), la sécurité sanitaire des médicaments (loi du 29 décembre 2011), les risques pour la santé publique et l'environnement (loi du 16 avril 2013). Ces textes²⁴ ont en commun de protéger les salariés d'une entreprise ou les agents d'une administration contre les mesures de rétorsion qui pourraient être prises à leur encontre. Mais les dispositifs mis en place sont loin de couvrir toutes les hypothèses et la protection qu'ils confèrent est subordonnée à la condition de respecter les règles qui encadrent l'alerte – dont celle qui impose de suivre la voie hiérarchique. Ils ne concernent pas ceux et celles qui en appellent à l'opinion, *a fortiori* ceux et celles qui se placent dans l'illégalité, même si c'est après avoir tenté en vain d'alerter par les méthodes officiellement prescrites.

La marge d'appréciation et d'interprétation

Toutes les lois ne sont pas formulées en termes impératifs : ni pour les administrés qui doivent s'y soumettre, ni pour les fonctionnaires chargés de les appliquer. Elles laissent souvent de la place pour une application circonstanciée, voire des interprétations différentes de la norme. Ce pouvoir d'appréciation et d'interprétation confère aux fonctionnaires placés au sommet de l'administration ou tout simplement à la tête d'un service, et plus encore aux magistrats, des marges de manœuvre qu'il leur appartient d'utiliser s'ils en ont la volonté²⁵.

²² « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République ».

²³ Art. 6 *ter*, A de la loi du 13 juillet 1983 dans sa version issue de la loi du 6 décembre 2013.

²⁴ La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a par ailleurs étendu la protection contre les mesures de rétorsion au fonctionnaire qui a relaté des faits constitutifs d'une infraction mais aussi d'un conflit d'intérêt – avec la précision que ces faits doivent avoir été relatés «aux autorités judiciaires ou administratives».

²⁵ G. Focardi, «Cinquante nuances de noir», p. 157.

Évoquant sa propre expérience de haut-fonctionnaire, Jean-Pierre Duport atteste l'existence de marges de manœuvre – de marges d'action, dit-il – pour les fonctionnaires d'autorité, et notamment pour le corps préfectoral²⁶. Dans beaucoup de cas, la décision finale appartient au préfet, investi d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir la solution la plus opportune en fonction du contexte, pour adopter l'attitude qui lui paraît la plus conforme à l'intérêt général, mais aussi pour tenir compte des situations humaines : on pense aux expulsions locatives, pour lesquelles il appartient au préfet d'accorder ou non le concours de la force publique, ou encore aux mesures touchant à la délivrance de titres de séjour et à l'éloignement des étrangers pour lesquelles la loi lui laisse une grande latitude d'appréciation. Encore faut-il, nous dit l'auteur, que le haut fonctionnaire soit prêt psychologiquement et professionnellement à assumer la responsabilité de ses choix : chacun le fait avec sa personnalité, avec ses convictions éthiques. Non sans limites et non sans risques, compte tenu de la propension des gouvernements à révoquer les préfets qui font preuve d'un peu trop d'autonomie.

Si les marges de manœuvre se rétrécissent au fur et à mesure qu'on descend dans la hiérarchie administrative, elles subsistent néanmoins, y compris pour les fonctionnaires subalternes, comme en témoigne la variation des pratiques constatées d'une préfecture à l'autre, d'un bureau à l'autre, dans la façon de remplir une même tâche. On a ainsi pu montrer qu'au sein du service de la préfecture de police de Paris sous Vichy, les employés du bureau chargé des « questions juives » disposaient d'une certaine latitude d'interprétation, et cela en dépit de la surveillance exercée par un « chef zélé » et des règles collectives homogènes imposées par des « chefs pointilleux » qui contrôlaient les dossiers. Les employés pouvaient par exemple « laisser dormir » des dossiers, faire traîner les choses : quand quelqu'un disait « je ne suis pas juif » et qu'il avait été baptisé en Ukraine, on lui donnait trois mois pour retrouver les certificats de baptême - au-delà il fallait saisir le CGQJ ; et par le jeu des délais plus ou moins libéralement accordés des personnes ont réussi à ce que leur dossier soit laissé en attente jusqu'à la Libération sans être recensées comme juives²⁷.

Le cas des magistrats est un cas à part, qui mérite qu'on s'y attarde un instant : outre que le juge est statutairement indépendant dans l'exercice de sa mission, son office inclut l'interprétation des lois applicables aux litiges qui lui sont soumis ; il peut, par exemple, atténuer la portée d'un texte en l'interprétant de façon restrictive. Sa latitude n'est toutefois pas infinie car le pouvoir d'interprétation ne va pas jusqu'à pouvoir substituer sa propre conception du « juste » à celle du législateur. Il peut donc se trouver acculé à rendre des jugements sur le fondement de lois qu'il désapprouve et, dans des cas extrêmes, à statuer à l'encontre de ses convictions morales.

Un magistrat italien en poste sous le fascisme rend bien compte, dans ses mémoires, du dilemme auquel il a été confronté²⁸. En 1932, il a choisi d'entrer dans la magistrature, pensant qu'il y serait relativement à l'abri des pressions politiques et pourrait défendre les citoyens contre l'arbitraire. Mais l'édiction de la législation anti-juive a mis en lumière les limites des pouvoirs du juge face à des lois scélérates : s'il peut tenter d'interpréter un texte de façon à le vider au maximum de son contenu néfaste, il arrive un moment où cette solution n'est plus suffisante et aboutit à une impasse²⁹ : « pour remédier à l'injustice du législateur et corriger la monstruosité morale de la loi », la seule alternative est d'opter pour l'illégalité, ce qui revient à se renier comme juriste et comme juge. Conscient de l'inanité de ses efforts pour paralyser

²⁶ J.-P. Duport, « Perspectives », *Faire des choix...*, op. cit., p. 212.

²⁷ L. Joly, *L'antisémitisme de bureau. Enquête au coeur de la Préfecture de Police de Paris et du Commissariat Général aux Questions Juives (1940-1944)*, Grasset, 2011, p. 146 et s.

²⁸ A. Galante Garrone, *Amalek. Il dovere della memoria*, Rizzoli, 1989.

²⁹ Elle l'est d'autant moins que, même pour rendre des décisions favorables aux victimes, le juge est amené à entrer dans la logique de l'antisémitisme « légal », à raisonner avec les critères et les concepts du législateur – ici, l'opposition juif/aryen –, et donc de reconnaître, implicitement au moins, leur légitimité.

l'application des lois raciales, l'auteur choisira finalement la voie de l'activité clandestine et de la Résistance.

En dehors des périodes d'exception, que peut faire un juge face à des lois qui vont à l'encontre de sa propre conception de l'équité, de la justice ou de l'intérêt général ? La question n'a pas manqué d'être débattue au sein du Syndicat de la magistrature, créé dans la foulée de mai 68. La réponse n'est pas simple, car le magistrat n'a pas de légitimité propre et n'a donc pas de raison de faire prévaloir ses conceptions sur celles du législateur qui, après tout, est censé exprimer la volonté générale. Il garde cependant la possibilité d'interpréter les lois dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'idée qu'il se fait de la justice. Il ne s'agit pas de statuer contre la lettre des textes mais d'imaginer des constructions juridiques inventives qui peuvent contredire les interprétations acquises. Il prend certes le risque d'être démenti en appel et, si cette situation se répète, d'être freiné dans son avancement. Mais s'il est prêt à prendre ce risque et à résister aux pressions de sa hiérarchie³⁰, ses marges de manœuvre ne sont pas dérisoires.

D'autant que le juge dispose d'une arme qui était inconnue à l'époque de Vichy, le légicentrisme dominant sous la III^e République excluant toute reconnaissance d'une valeur autre que morale à la Déclaration de 1789. Cette arme, c'est la possibilité de prendre appui sur les principes et les textes de valeur supérieure et notamment d'écarter l'application d'une loi incompatible avec des normes internationales contraignantes. Et elle peut s'avérer très efficace. On le voit, par exemple, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un trouble manifestement illécite, condition pour que le juge ordonne une mesure d'expulsion des occupants sans droit ni titre d'une propriété privée. Pour la jurisprudence dominante, consacrée par la Cour de cassation, la violation caractérisée du droit de propriété constitue par hypothèse un trouble manifestement illicite. Mais plusieurs juges du fond ont considéré qu'il fallait mettre en balance le droit de propriété avec d'autres droits fondamentaux consacrés par des conventions internationales : le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la protection du domicile. Ils peuvent désormais trouver un appui dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme qui invite le juge à effectuer un contrôle de proportionnalité entre les intérêts en présence³¹.

Cette arme, efficace entre les mains des magistrats, est moins évidente à manier pour les fonctionnaires : il est douteux en effet qu'un ordre soit reconnu comme « manifestement illégal » parce que la loi sur laquelle il se fonde paraît incompatible avec des normes de valeur supérieure³². On peut néanmoins imaginer qu'un subordonné s'appuie sur ces normes pour faire part à son supérieur de ses réserves face à certaines instructions reçues et sa réticence à les exécuter.

La déontologie, l'éthique, la conscience...

La déontologie, ensemble de règles régissant l'exercice d'une profession, rappelle les devoirs imposés à ses membres pour garantir leur compétence et leur intégrité. Lorsque la personne a le statut de fonctionnaire – mais la question peut se poser également pour celle qui est

³⁰ On peut à cet égard rappeler la réaction suscitée, au printemps 2016, par la décision d'un juge des libertés et de la détention de Nîmes de remettre en liberté, après s'être autosaisi, des étrangers dont le placement en rétention était entaché selon lui de détournement de pouvoir : désavoué par le président du tribunal et menacé de sanction, il avait pris à témoin la presse et les avocats, ce qui lui a valu un courrier de la Chancellerie le sommant de s'expliquer sur sa conduite au regard de ses devoirs de loyauté et de réserve, de prudence et d'impartialité.

³¹ Cedh, 17 octobre 2013, *Winterstein c/ France*, n° 27013/07.

³² Notons toutefois, que le règlement de discipline des armées étend l'obligation de désobéir non seulement à l'ordre qui prescrit un acte manifestement illégal mais aussi à celui qui prescrit un acte "contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales en vigueur pour la France" (v. *supra*, note 17).

salariée par un employeur privé –, le respect des obligations posées par les règles déontologiques peut entrer en conflit avec l'obligation d'obéissance. Ainsi, il n'est pas rare, aujourd'hui, de voir des travailleurs sociaux soumis à des pressions fortes de leur hiérarchie pour qu'ils informent l'autorité judiciaire ou préfectorale des situations d'irrégularité de séjour dont ils ont connaissance. Cette demande va à l'encontre non seulement du secret professionnel auquel ils sont astreints, mais aussi de la confidentialité des renseignements dont ils sont dépositaires, condition de la relation de confiance indispensable à l'exercice de leur mission. Ils doivent donc pouvoir invoquer leurs obligations déontologiques pour résister à des ordres qui sans être manifestement illégaux vont à l'encontre de celles-ci.

Lorsque ces obligations déontologiques ne sont pas formalisées, le fonctionnaire peut-il invoquer son éthique personnelle, ce que lui dicte sa conscience, pour refuser d'exécuter un ordre ? De l'expérience de Vichy, on infère volontiers l'idée que les fonctionnaires auraient dû plus écouter leur conscience – ce qui présuppose, hypothèse qui est loin d'être toujours vérifiée, que l'exécution des ordres reçus leur posait des problèmes de conscience. Et c'est bien, de fait, le traumatisme du III^e Reich qui explique que les fonctionnaires et les militaires allemands se soient vu reconnaître un droit de résistance bien plus étendu que la plupart de leurs homologues dans les autres pays³³, voire une véritable clause de conscience³⁴.

Mais l'idée que les fonctionnaires devraient conformer leur comportement à leur éthique personnelle ne saurait être érigée en principe, surtout dans une société démocratique : les fonctionnaires, pas plus que les citoyens en général, n'ont de légitimité à faire prévaloir leurs propres valeurs sur la loi qui émane des représentants du peuple et exprime, même imparfaitement, la « volonté générale ». Soyons lucides, au demeurant : si nous avons tendance à applaudir l'objection de conscience lorsqu'elle tente de faire obstacle aux lois que nous jugeons nous-mêmes condamnables, nous la récusons avec tout autant de force lorsqu'elle entend entraver l'application de lois que nous considérons comme justes.

*

La voie est donc étroite, pour le fonctionnaire accepte les contraintes de son statut sans être prêt pour autant à sacrifier les valeurs auxquels il tient. Pour tenter cette conciliation, il n'y a pas de solutions toutes faites : les réponses tiennent plus du bricolage que de l'énoncé de grands principes.

L'idée, malgré tout pourrait être que, quel que soit son grade, le fonctionnaire doit se questionner au quotidien sur sa pratique, se méfier de ces accommodements qui petit à petit, de compromis en compromis, finissent par le compromettre. La remarque vaut pour les fonctionnaires comme elle vaut les citoyens : il ne faut jamais se laisser aveugler par les évidences consensuelles : telle la nécessité d'éliminer l'influence juive, hier ; tel, aujourd'hui, l'impératif de maîtriser les flux migratoires quel qu'en soit le prix en termes de violations des droits fondamentaux. Le consensus n'est pas une garantie infaillible contre les erreurs et les égarements, les majorités, même dans un État démocratique, n'ont pas forcément raison. Et les démocraties ne sont immunisées ni contre les dérives autoritaires ni contre les violations des droits de l'homme perpétrées avec l'assentiment de la majorité silencieuse.

³³ Sur la base de l'article 20 § 4 de la Constitution qui énonce : « Tous les Allemands ont le droit de résister à à quiconque entreprendrait de renverser [l'ordre constitutionnel], s'il n'y a pas d'autre remède possible », le droit allemand de la fonction publique a reconnu « le droit et le devoir de ne pas suivre les instructions qui conduiraient à une infraction, à une violation de la loi ou à une atteinte à la dignité humaine ».

³⁴ En 2005, le tribunal administratif fédéral a annulé la sanction prononcée contre un militaire qui avait refusé de participer à des travaux susceptibles de servir au soutien technique allemand aux troupes américaines en Irak. Il a jugé que le devoir de tout militaire d'exécuter les ordres n'exige pas une obéissance sans condition mais « une obéissance réfléchie notamment sur les suites de l'exécution de l'ordre, en considération des limites posées par le droit en vigueur *et des repères éthiques de sa conscience* [souligné par nous] » (cité par Ch. Vigouroux, *op. cit.*, p. 375).