



HAL
open science

Les droits politiques des fonctionnaires ou les contradictions du libéralisme

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les droits politiques des fonctionnaires ou les contradictions du libéralisme. Publications de la Faculté de Droit et d'Economie d'Amiens, 1973, N° 4/1972-73, pp. 5-23. hal-01713675

HAL Id: hal-01713675

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01713675v1>

Submitted on 20 Feb 2018

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.

Les droits politiques des fonctionnaires ou les contradictions du libéralisme

Danièle LOSCHAK

Maître de Conférences agrégé à l'Université d'Amiens

Les droits politiques accordés aux fonctionnaires — c'est-à-dire la liberté d'opinion et d'expression, ainsi que le droit à l'engagement politique — sont étroitement liés à la conception de l'Etat et au régime politique en vigueur dans un pays donné.

Dans un Etat autoritaire, *a fortiori* dans un Etat totalitaire, les fonctionnaires ne disposent normalement d'aucune liberté politique, en ce sens qu'ils sont soumis, au même titre que tous les citoyens, mais à un degré supérieur, à la volonté du chef ou du parti au pouvoir. Encore faudrait-il distinguer, pour une analyse théorique plus exacte, suivant que l'on a affaire à un régime autoritaire de type traditionnel, ou de type fasciste, ou encore à un régime se réclamant de la démocratie socialiste. Mais sur le plan qui nous intéresse, ces régimes ont en commun le rejet du pluralisme et l'adhésion obligée à une idéologie unique. Les droits politiques conférés aux serviteurs de l'Etat ne sauraient être plus larges que ceux que l'on accorde aux simples citoyens. Et il ne nous appartient pas d'entreprendre ici une controverse sur le thème des « libertés formelles et libertés concrètes », ni de nous demander, par exemple, si les citoyens, en Union Soviétique, jouissent ou non des libertés politiques.

Notre propos se limite aux pays de démocratie libérale, dont la caractéristique commune est de se réclamer du pluralisme politique et du respect des libertés publiques. Laissant de côté le point de savoir si le pluralisme d'une part, les libertés d'autre part, sont d'une façon générale toujours et intégralement respectés, nous voudrions mettre ici en lumière quelques-unes des contradictions du système libéral dans un domaine précis : celui de la fonction publique. Et plus particulièrement dans celui des droits politiques accordés par l'Etat libéral à ses serviteurs — étant entendu qu'il ne s'agit là que d'un des éléments d'un ensemble plus vaste, dans lequel s'inscrivent par exemple le principe de l'obéissance hiérarchique, le droit syndical, ou le droit de grève.

Ces contradictions existent à notre sens à deux niveaux. Elles existent d'abord au niveau des principes sur lesquels se fonde tout régime de fonction publique et qui sont déjà en eux-mêmes profondément contradictoires. D'une part le fonctionnaire participe à une mission d'intérêt général. En servant l'Etat, il est théoriquement au service de la collectivité toute entière ; or les citoyens ont droit à la neutralité du service public et doivent pouvoir compter sur l'impartialité de ses agents. Par ailleurs, et toujours dans le même sens, le fonctionnaire participe de l'autorité de l'Etat, dont il constitue le visage quotidien pour les administrés, et son comportement ne doit pas être de nature à porter atteinte à cette autorité. Mais des considérations inverses interviennent d'autre part qui interdisent de pousser la spécificité du

statut des agents publics jusqu'à ses limites extrêmes. Car un régime libéral ne peut séparer entièrement ses fonctionnaires du reste de la nation. Ceux-ci demeurent des citoyens et, en tant que tels, dans une démocratie où le pluralisme est la règle, ils doivent pouvoir adhérer aux idées politiques de leur choix et participer à la vie politique de leur pays.

Ces données contradictoires expliquent la diversité des solutions envisagées suivant les pays par le droit positif, et qui vont de l'exigence du conformisme politique requise des hauts fonctionnaires à la simple obligation de réserve dans l'expression des opinions, en passant par la stricte neutralité — certains ont dit la stérilisation — imposée aux agents publics. Les solutions adoptées dépendent de plusieurs facteurs, et notamment des caractères propres de la fonction publique dans le pays considéré, conçue comme plus ou moins autonome par rapport au reste de la nation, ou encore du système de partis existant (ainsi le *spoils system* longtemps en vigueur aux Etats-Unis ne se conçoit guère dans le cadre du bipartisme, ce qui ne signifie d'ailleurs pas qu'il lui soit nécessairement lié, comme le montre *a contrario* l'exemple de la Grande-Bretagne).

Si les contradictions au niveau des principes ont une importance théorique évidente, c'est au niveau des pratiques suivies que ces contradictions apparaissent avec le plus d'éclat et sont le plus inquiétantes. Car on constate d'une façon à peu près générale que les ambiguïtés ou les incertitudes résultant de l'existence de principes contradictoires sont systématiquement exploitées par les autorités politiques dans le sens d'un amoindrissement des garanties accordées aux fonctionnaires pour l'exercice de leurs droits politiques. Sous prétexte de faire respecter la neutralité du service public à l'égard des usagers, on oublie la non moins nécessaire neutralité du service à l'égard de ses agents, et le principe de non discrimination qui implique que « nul [ne soit] lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». De même, parce que neutralité et engagement politique paraissent antinomiques, on interdit aux fonctionnaires le libre exercice d'activités politiques, même en dehors du service. Une certaine conception de l'autorité de l'Etat aboutit souvent à imposer en fait un véritable loyalisme aux fonctionnaires : loyalisme non seulement à l'égard de la nation et des institutions, mais aussi à l'égard du gouvernement en place.

L'autorité comme la neutralité de l'Etat constituent certes deux des principes fondamentaux et complémentaires de l'idéologie libérale. S'agissant de la fonction publique, leur mise en œuvre conduit en fait à minimiser, sinon même parfois à nier, d'autres principes, théoriquement aussi fondamentaux, dont se réclame tout régime libéral. D'une part les agents de l'Etat voient restreindre le libre exercice de leurs activités politiques, ce qui limite sérieusement la portée de l'affirmation suivant laquelle « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme » (I) ; d'autre part, et ceci est plus grave encore, des discriminations de nature politique portent atteinte au pluralisme des opinions au sein de la fonction publique (II).

LES RESTRICTIONS AU LIBRE EXERCICE DES ACTIVITES POLITIQUES

On affirme volontiers que la neutralité du service public ne peut être assurée que si les fonctionnaires s'abstiennent de toute activité politique — ou du moins observent dans l'exercice de cette activité une certaine réserve. Le droit à l'engagement politique — alors même qu'il ne met pas directement en jeu l'accomplissement du service puisque par hypothèse il s'exerce en dehors des heures de travail — n'est donc reconnu aux agents de l'Etat qu'affecté d'importantes restrictions.

On a coutume, à cet égard, de distinguer les pays dans lesquels le principe de neutralité des fonctionnaires est appliqué avec une rigueur particulière et conduit à ce que l'on a appelé la « stérilisation politique » des agents publics, des pays où seule une certaine réserve leur est imposée dans l'expression de leurs opinions. Dans le premier cas, toute manifestation politique de type partisan est interdite aux fonctionnaires, qui se voient refuser jusqu'au droit de se présenter aux élections. L'exemple le plus frappant de cette conception est celui de la Grande-Bretagne. Dans le second cas, les fonctionnaires sont éligibles, sous réserve de certaines incompatibilités, et l'activité militante, bien que soumise à certaines limites, est permise. Telle est notamment la conception française, et c'est elle que l'on qualifie souvent de solution « libérale ». En fait, une telle affirmation nous paraît partiellement contestable. Certes, on respecte mieux ici la qualité de citoyen du fonctionnaire, puisqu'on ne le prive pas de toute possibilité d'influer, autrement que par son vote, sur la vie publique. En revanche, le risque est grand que le devoir de réserve soit interprété plus strictement à l'égard des opposants au régime ou au gouvernement en place qu'à l'égard de ses partisans. Il est clair que l'autorité de l'Etat semblera plus facilement atteinte par les critiques que par les louanges... Au contraire, la solution de la neutralité absolue a au moins pour avantage l'égalité de tous les fonctionnaires devant les servitudes qu'on leur impose. A un régime où ils sont politiquement stérilisés (A) s'oppose donc un régime où les agents de l'Etat sont politiquement surveillés (B).

A. LA STERILISATION POLITIQUE DES FONCTIONNAIRES

Cette solution est essentiellement, quoique non exclusivement, celle des pays anglo-saxons : traditionnellement appliquée en Grande-Bretagne, elle a été adoptée aux Etats-Unis en réaction contre les abus antérieurs, et par un grand nombre de pays légataires de la tradition administrative britannique comme l'Irlande ou le Canada. On se bornera ici à exposer les grandes lignes du système britannique et du système américain.

1) Le système britannique

C'est, comme on l'a dit, le système le plus rigoureux. Les restrictions imposées à l'activité politique des fonctionnaires découlent du principe de la neutralité du *civil service* appliqué de façon particulièrement rigide, en vertu d'une tradition historique qui remonte à un peu moins de deux siècles. A l'origine, en effet, les tâches politiques ne se distinguaient guère des tâches administratives, et étaient assurées par les mêmes personnes. C'est seulement vers la fin du XVIII^e siècle qu'une distinction entre la sphère de l'administration et celle de la politique devint nécessaire, avec l'apparition de l'alternance des partis au pouvoir : il fallait en effet déterminer qui devrait rester en place, et qui devrait partir lors des changements de gouvernement. Des raisons propres au régime politique britannique firent que les *spoils system*

ne fut pas adopté et qu'on choisit au contraire de décréter l'incompatibilité des fonctions administratives et politiques et le principe de la permanence des fonctionnaires. Au début du XIX^e siècle, le *civil service* constituait donc déjà une entité distincte au service du gouvernement au pouvoir, protégée des effets des crises ministérielles par son caractère strictement apolitique.

Cette genèse historique explique en grande partie l'insistance mise par les Britanniques à préserver la neutralité de la fonction publique, notamment en interdisant aux fonctionnaires l'exercice de la plupart des activités politiques. Avant la guerre, il était interdit à tout agent public de faire acte de candidature au Parlement sans avoir préalablement démissionné, et d'une façon générale de prendre position publiquement sur un sujet politique. Quant à l'exercice de fonctions municipales, il était subordonné à l'autorisation du chef de service, qui devait s'assurer que lesdites fonctions ne risquaient pas de porter préjudice au travail de l'agent concerné. Seuls le droit de vote et le droit d'adhérer à un parti politique — à condition de ne pas y occuper un poste de responsabilité — étaient reconnus au *civil servant*.

Ces restrictions paraissant excessives, le gouvernement travailliste constitua en 1948 une commission, avec pour mission de faire un rapport sur les activités politiques des fonctionnaires, et d'indiquer les assouplissements souhaitables. Cette commission, dont le rapport, connu sous le nom de rapport Masterman, fut publié en 1949, ne fit pas preuve — c'est le moins que l'on puisse dire — de beaucoup d'audace. Elle refusa de remettre en cause les fondements du système existant, se bornant à préconiser une entière liberté pour les agents subalternes. On lit en effet dans ce rapport que « la libre expression d'opinions en public dans le but de faire connaître les idées d'un parti politique [par opposition à la libre expression d'opinions politiques en privé ou au moyen du bulletin de vote] n'est pas un droit qui ne puisse être légitimement limité ou refusé, dans certaines circonstances, au vu d'autres considérations, dès lors qu'est en jeu l'intérêt public dans son ensemble ». Or celui-ci « implique que le public croie, sans doute possible, à l'impartialité politique de la fonction publique... même au prix de certains sacrifices ». Du reste, « l'entrée dans la fonction publique est un acte volontaire, et on ne peut raisonnablement se plaindre si les conditions de travail incluent certaines restrictions », et l'intérêt public exige des agents de l'Etat « un comportement qui est incompatible avec une déclaration ouverte d'allégeance à un parti politique ». Le rapport conclut par conséquent que « tout affaiblissement de la tradition actuelle d'impartialité politique constituerait un premier pas vers la création d'un *civil service politique* »...

Ce rapport fut naturellement mal reçu tant par les associations de fonctionnaires que par la majorité à la Chambre des Communes. Harold Laski, par exemple, dans ses « Réflexions sur la Constitution » (1951) écrit que le rapport Masterman est « un document déplorable et timide, mettant en doute l'honnêteté et la loyauté de plusieurs centaines de milliers de fonctionnaires qui ont donné pendant des années la preuve que cette méfiance est dépourvue de tout fondement ». Pour répondre, à ces critiques une commission spéciale fut mise en place, et les conclusions auxquelles elle parvint furent retenues par le gouvernement et consignés dans un Livre Blanc publié en 1953. La principale innovation fut de diviser le personnel du *Civil service* en trois, et non plus deux, catégories, et de reconnaître à la catégorie intermédiaire une liberté limitée. Le Livre Blanc exprime clairement la volonté de compromis entre deux principes contradictoires qu'il énonce en ces termes : « D'un côté il est souhaitable, dans une société démocratique, que tous les citoyens aient voix au chapitre en ce qui concerne les

affaires de l'Etat, et qu'un nombre aussi important que possible prenne une part active à la vie publique. D'un autre côté, l'intérêt public exige que l'on maintienne l'impartialité politique de la fonction publique, la croyance en cette impartialité étant des traits essentiels du régime de notre pays». Toutefois, si l'on examine les dispositions concrètes de la réglementation en vigueur depuis 1953, il est clair que le second principe l'a emporté largement sur le premier.

Les activités politiques réglementées sont, au niveau national : la candidature au Parlement, la détention au sein des partis politiques de fonctions ayant une influence sur la politique de ces partis au niveau national ; la discussion en public sur des sujets intéressant la politique nationale ; l'expression d'opinions sur ces mêmes sujets par des lettres à la presse, des livres, des articles ; la participation à la campagne électorale des candidats au Parlement. On retrouve les rubriques correspondantes en ce qui concerne les activités politiques au niveau local.

Un premier groupe, composé du personnel industriel (ouvriers de l'Etat) et du personnel subalterne remplissant des tâches purement matérielles, peut participer librement à toutes activités politiques, nationales ou locales. Toutefois, ils doivent démissionner en cas d'élection au Parlement, et même, en principe, avant d'être désignés comme candidats. Ce groupe est relativement nombreux, mais son poids réel dans la fonction publique est évidemment limité.

Un second groupe, dit groupe intermédiaire, est composé du personnel des grades les moins élevés — en gros les dactylos et les agents chargés d'un travail de secrétariat, soit environ 250 000 agents. Ils peuvent participer à toutes les activités politiques, sauf aux élections parlementaires, à condition d'avoir reçu l'autorisation du chef de service et, au cas où celle-ci est accordée, de respecter certaines « normes de discrétion » : « bien qu'ils ne soient pas privés du droit de défendre ou de critiquer la politique d'un parti politique, ils doivent exprimer leurs opinions avec modération (notamment dans les domaines qui sont du ressort de leur propre service) et éviter les attaques personnelles », dit le texte.

Tous les autres fonctionnaires — c'est-à-dire non seulement les 2 à 3.000 hauts fonctionnaires, mais aussi tous les membres de l'« *executive class* » (environ 90 000 agents), chargés de mettre en œuvre la politique élaborée au niveau supérieur — se voient interdire toute activité politique au niveau national. Ils peuvent toutefois demander l'autorisation de participer à des activités politiques locales, à condition là encore d'agir avec « modération et discrétion » et de « ne pas se laisser entraîner dans des controverses politiques d'importance nationale ».

Par conséquent, non seulement la fonction publique demeure incompatible avec tout mandat parlementaire, et un fonctionnaire qui veut se présenter aux élections doit d'abord démissionner, mais encore il ne peut prendre part aux luttes politiques que sous d'importantes réserves. Il lui est refusé jusqu'au droit de s'exprimer dans la presse ou de publier un quelconque ouvrage portant sur des questions politiques ou administratives, s'il n'a l'autorisation de son ministre. On conçoit qu'on ait pu, sans grande exagération, parler de la stérilisation politique des fonctionnaires britanniques. Malgré les servitudes qu'entraîne un tel système pour les fonctionnaires, qui font figure de citoyens diminués, ses avantages ont sans doute paru suffisamment réels aux Américains pour qu'ils s'en inspirent.

2) Le système américain.

L'adoption par les Etats-Unis d'un système analogue à celui en vigueur en Grande-Bretagne s'explique sans doute par la volonté de réagir contre les excès du *spoils system* et de desserrer l'emprise des partis politiques sur les fonctionnaires. Cette volonté s'est manifestée d'une part par l'introduction progressive du *merit system* pour le recrutement des fonctionnaires — d'autre part, et c'est le point qui nous intéresse ici, par la soumission des fonctionnaires fédéraux à un devoir de stricte neutralité politique.

Le *Hatch Act* de 1939 a codifié les règles applicables aux activités politiques des fonctionnaires. Non seulement — et ceci semble aller de soi — les fonctionnaires ne doivent pas utiliser leurs fonctions à des fins politiques, mais encore ils ne peuvent participer activement à la vie politique, bien qu'ils conservent leur droit de vote. En particulier, ils n'ont pas le droit d'être candidats à une élection nationale ou locale, sauf si elle est soustraite à toute menée partisane (*non partisan local election*). Toutefois cette disposition ne s'applique pas dans le district de Columbia (autour de Washington) pour une raison pratique, car la population, et donc le corps électoral, y sont composés pour l'essentiel de fonctionnaires. Par ailleurs, les fonctionnaires ne peuvent faire campagne ni pour un parti, ni pour des candidats ; ils ne peuvent ni distribuer des tracts, ni prendre part à des défilés ou réunions politiques, ni publier des articles où ils prendraient position en faveur de tel ou tel parti, ni accepter des sommes d'argent versées au profit d'un parti politique.

En revanche — et en cela la réglementation semble plus souple qu'en Grande-Bretagne — il ne leur est pas interdit d'exprimer leur opinion sur un candidat ou sur un sujet politique, ou de participer au financement des élections. A vrai dire, la frontière entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas paraît difficile à tracer, l'idée générale étant que sont autorisées uniquement les activités politiques « non partisans ». Sont considérées comme telles les activités relatives à des élections où aucun des candidats ne se présente sous l'égide d'un parti, ainsi que celles qui ont trait à des questions où n'interviennent pas des controverses partisans (par exemple, dit le texte, les amendements à la Constitution, les referendums ou l'approbation d'ordonnances municipales).

Ces dispositions restrictives — et c'est là encore une différence avec l'Angleterre — ne s'appliquent pas aux hauts fonctionnaires fédéraux, notamment à ceux nommés directement par le Président sur avis du Sénat, non plus bien entendu qu'aux titulaires de fonctions électives, particulièrement nombreux aux Etats-Unis.

La question des limites à apporter aux activités politiques des fonctionnaires ne semble d'ailleurs pas définitivement réglée, puisqu'une commission du congrès a été créée en 1966 pour réviser les dispositions du *Hatch Act*. La *Civil Service Commission*, organe essentiel de gestion de la fonction publique, a de son côté fait un certain nombre de recommandations dans le sens d'une extension du nombre des activités politiques licites, notamment à l'échelon local. On va donc vers un assouplissement des contraintes imposées aux fonctionnaires, le principe demeurant toutefois que si l'Etat ne peut priver ses agents de toute liberté de pensée et d'expression, il doit néanmoins poser certaines limites aux déclarations qu'ils sont susceptibles de faire en public. Cette évolution du système sera intéressante à suivre, dans la mesure où il n'est pas exclu qu'elle conduise à un système analogue à celui pratiqué en France, qui se caractérise par une plus grande liberté d'action et d'expression théorique, assortie d'une obligation de réserve.

B. LA SURVEILLANCE POLITIQUE DES FONCTIONNAIRES

Aucun gouvernement n'accepte jamais volontiers de voir les agents de l'Etat, qui sont censés servir sa politique, se désolidariser d'une façon ou d'une autre de celle-ci. Pour éviter ce risque, certains pays, on vient de le voir, ont choisi la solution radicale, qui est d'interdire aux fonctionnaires toute manifestation publique de soutien ou d'opposition à un parti politique. Là où un tel système semblait impraticable, pour des raisons historiques ou politiques (1), on est parti du principe inverse, c'est-à-dire du principe du libre exercice des activités politiques, en l'assortissant d'une obligation de modération ou de réserve. En fait, pour les raisons que l'on a exposées plus haut, ce système tend nécessairement vers l'exercice d'une surveillance politique sur les fonctionnaires, la réserve imposée étant plus ou moins largement entendue suivant la nature des opinions exprimées. C'est ce que montrent l'exemple de la France, et accessoirement celui de l'Allemagne Fédérale.

1) L'exemple français.

Le régime français semble particulièrement libéral à l'égard des fonctionnaires, auxquels il laisse une liberté politique de principe entière. Mais les restrictions apportées à ce principe obligent à nuancer fortement cette appréciation couramment admise.

En matière électorale, les agents publics peuvent normalement faire acte de candidature aux élections, qu'elles soient nationales ou locales. Toutefois, pour éviter certains abus et certains risques, des inéligibilités et des incompatibilités ont été établies, dont on peut difficilement contester le bien-fondé. Il s'agit en effet d'une part d'éviter que le fonctionnaire n'use de l'influence que lui confèrent ses fonctions pour faire pression sur l'électorat, d'autre part d'empêcher que l'indépendance des élus ne soit menacée par des pressions éventuelles du gouvernement sur ses fonctionnaires au sein des assemblées. La Monarchie de Juillet s'était en effet illustrée par le nombre important des « députés-fonctionnaires », qui portait une grave atteinte à la séparation des pouvoirs.

Il existe donc d'abord un certain nombre d'inéligibilités, dites relatives, car elles concernent uniquement la circonscription dans laquelle le fonctionnaire exerce ses fonctions. Par ailleurs, il existe une incompatibilité de principe entre l'occupation d'un mandat de député ou sénateur et l'exercice d'une fonction publique non élective. Le fonctionnaire peut faire acte de candidature librement, mais, s'il est élu, il est placé en position de détachement : il ne conserve pas son emploi, et échappe donc au pouvoir hiérarchique et disciplinaire. En revanche, en cas de non réélection, il a droit à être réintégré à la première vacance. C'est là un avantage appréciable par rapport aux salariés du secteur privé, qui n'ont jamais la certitude de

(1) Il serait intéressant, notamment, d'étudier l'influence du système des partis sur le régime de la fonction publique. On remarque en effet que la Grande-Bretagne et les Etats-Unis se caractérisent par l'alternance de deux grands partis au pouvoir, alors que la France connaît le multipartisme et (au moins jusqu'en 1962) des coalitions gouvernementales, souvent éphémères. Les notions de majorité et d'opposition y sont donc plus floues, ce qui rend le **spoils system** difficilement praticable, et permet des solutions plus souples quant à la liberté d'expression des fonctionnaires : toute prise de position en faveur d'un parti ne peut s'interpréter systématiquement comme une manifestation d'opposition au gouvernement en place.

retrouver l'emploi qu'ils ont abandonné, lorsqu'ils quittent le Parlement. En revanche, afin d'éviter d'éventuelles pressions gouvernementales, il est prévu que le parlementaire qui accepte une fonction publique est déclaré démissionnaire d'office de son mandat. Ces incompatibilités sont d'application quasi générale. L'exception la plus notable concerne les professeurs titulaires de l'enseignement supérieur, qui peuvent cumuler leur charge d'enseignement avec un mandat parlementaire.

La V^e République a ouvert une brèche importante dans ce régime très respectueux des droits des fonctionnaires. Les dispositions nouvelles ne concernent pour l'instant que les membres du Conseil d'Etat, mais il ne s'agit pas moins là d'un précédent fâcheux. Déjà, en 1962, le gouvernement avait attendu cinq mois avant de réintégrer dans leurs fonctions au Conseil quatre députés battus aux élections, et partisans de l'Algérie française. Par la suite, il profita de la réforme opérée par le décret du 30 juillet 1963 pour faire insérer des dispositions tendant à définir plus précisément les obligations et le statut des membres de la Haute Assemblée élus au Parlement. Tout d'abord ceux-ci sont désormais tenus, « dans toute la mesure compatible avec le libre exercice de [leur] mandat », de « respecter les obligations découlant de [leur] statut ». Disposition pour le moins ambiguë, pour ne pas dire absurde, même si l'intention politique qui la sous-tend est claire : car s'il est vrai que l'élu est le représentant du peuple, on voit mal comment il pourra être limité, dans l'exercice de la souveraineté nationale, par les règles de la fonction publique... L'immunité parlementaire ne saurait être battue en brèche du seul fait que l'élu appartient à l'un des grands corps de l'Etat. Aussi bien cette disposition est-elle dépourvue de sanction pendant toute la durée du mandat parlementaire. Il n'en va malheureusement pas de même lorsqu'un membre du Conseil d'Etat demande sa réintégration. Car — et c'est là la seconde disposition contestable — à l'expiration de son détachement, il n'est pas automatiquement affecté à une formation du Conseil : il peut être placé en position de délégation et mis à la disposition d'un ministre pendant une durée de quatre ans — voire sans limitation de durée si le détachement a duré plus de neuf ans ou a été accordé pour l'exercice de deux mandats successifs. Le tout est aggravé par le pouvoir discrétionnaire dont dispose le gouvernement pour faire application de ces dispositions. Il y a donc là non seulement une atteinte portée au libre exercice de fonctions électives par une catégorie de fonctionnaires, mais encore un risque extrêmement sérieux de discrimination politique. Et il ne s'agit nullement d'un procès d'intention, puisque le Garde des Sceaux de l'époque, M. Foyer, a justifié cette disposition en déclarant qu'« un parlementaire membre du Conseil d'Etat ne saurait y revenir pour combattre le gouvernement lorsque les électeurs ne veulent plus de lui au Parlement » (voir « Le Monde » du 1^{er} août 1963). On peut, bien sûr, minimiser la portée de cette réforme, en observant qu'elle ne concerne qu'un petit nombre de fonctionnaires, au surplus des hauts fonctionnaires. Mais outre qu'elle fait peser une menace sur l'indépendance traditionnellement reconnue des membres du Conseil d'Etat, elle constitue, encore une fois, un précédent dangereux.

En dehors du domaine électoral, l'activité politique des fonctionnaires, comme l'affiliation à un parti ou la publication d'écrits politiques, est en principe libre, à condition que leur attitude ne soit pas de nature à porter atteinte à l'exécution du service. Autrement dit, ils doivent respecter, dans l'expression de leurs opinions, une certaine réserve, variable en fonction des circonstances de fait.

La jurisprudence en la matière est donc assez « impressionniste ». Mais

le bilan n'est pas aussi positif qu'on le dit parfois. En principe, le devoir de réserve est particulièrement contraignant pour les hauts fonctionnaires, ou pour ceux qui sont chargés d'assurer la défense de l'ordre public, ainsi que pour les magistrats, auxquels leur statut interdit expressément « toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions ». L'obligation de réserve est en revanche atténuée pour les détenteurs d'un mandat syndical, du moins en théorie. Car l'immunité syndicale ne joue plus lorsque l'activité sort du domaine strictement professionnel (mais où passe la frontière ?) et si les prises de position politiques qui en résultent ont des conséquences sur le fonctionnement normal du service (C.E. 8 juin 1962, Frischmann). Quant aux fonctionnaires subalternes, ils sont en réalité soumis eux aussi à une stricte obligation de réserve, du fait qu'étant souvent en contact avec le public leur comportement est susceptible d'avoir des répercussions sur le fonctionnement du service. Ce qui compte, en effet, aux yeux du juge, c'est le caractère incompatible des faits reprochés à l'agent avec les fonctions qu'il exerce.

Cette incompatibilité est parfois immédiate, lorsque les faits nuisent directement et matériellement à la bonne marche du service : c'est le cas lorsqu'un gardien de la paix distribue sur la voie publique un journal contenant une critique de l'action de la police parisienne lors de récentes grèves (voir C.E. 20 février 1952, Magnin, R p. 112), ou lorsqu'un employé de mairie publie de violentes attaques contre son maire (C.E. 11 juillet 1939, ville d'Armentières). Mais le Conseil d'Etat admet que puissent être sanctionnés également des faits qui s'analysent simplement en une critique publique du gouvernement ou de sa politique. Ceci paraît contestable, car c'est alors moins l'intérêt du service qui est en jeu que le loyalisme envers le gouvernement. Le juge ne vérifie pas concrètement si le bon fonctionnement du service risque d'être entravé, il estime qu'une manifestation anti-gouvernementale est par elle-même inconciliable avec la qualité d'agent de l'Etat. C'est ainsi qu'il a jugé que pouvaient faire l'objet d'une sanction, voire entraîner la révocation des agents concernés, la participation d'un fonctionnaire subalterne à une manifestation interdite (C.E. 24 mai 1955, Dame Kowalewski) ; la participation d'un administrateur de l'Administration d'Outre-Mer mis à la disposition d'un Etat africain à un congrès préconisant l'indépendance des départements français d'Amérique (C.E. 8 janvier 1964, Beville, R p. 4) ; ou encore le refus du directeur du C.N.R.S. de se désolidariser des signataires d'une lettre adressée au Ministre de l'Education Nationale et contenant des attaques estimées violentes et injurieuses contre le gouvernement français (C.E. 13 mars 1953, Teissier).

Une telle jurisprudence peut facilement mener à des abus : car la réserve exigée des fonctionnaires hostiles à la politique du gouvernement est évidemment plus stricte que celle exigée de ceux qui lui sont favorables. Pour prendre un exemple, est-il absolument normal qu'un haut fonctionnaire prenne la plume pour défendre tel ou tel aspect de la politique du ministère auquel il appartient, et que ce droit soit refusé à celui qui souhaiterait la critiquer ? Tout récemment encore, on a vu le gouvernement mettre fin aux fonctions du conservateur des antiquités de l'Aveyron pour avoir exprimé son hostilité à l'extension du camp militaire du Larzac, sous prétexte qu'il avait gravement manqué à son devoir de réserve (voir « Le Monde » du 31 janvier 1973). A cet égard, la solution britannique paraît plus logique, et plus équitable. Autre exemple : à la veille de prochaines élections législatives, le Président de la République prend soin de rappeler aux fonctionnaires que « l'Administration, dans notre pays de tradition libérale, est et doit demeurer en dehors du combat politique » et qu'« ils doivent s'interdire en toute cir-

constance d'utiliser à des fins étrangères au service public les informations qu'ils détiennent » (« Le Monde », 3 janvier 1973). Verra-t-on sanctionner ceux qui interviennent dans le combat électoral pour soutenir la majorité ? Cela paraît peu probable. Si bien qu'il existe aujourd'hui deux poids et deux mesures pour juger du degré de liberté accordé aux agents publics dans l'expression de leurs opinions. Le libéralisme n'est qu'apparent, puisqu'il autorise en fait toutes les discriminations.

2) Le système allemand

Le système adopté par l'Allemagne Fédérale est assez proche du nôtre, mais la différence des traditions en matière de fonction publique, ainsi que le contexte politique propre à ce pays, font que les problèmes ne s'y posent pas dans les mêmes termes.

La République de Weimar avait tenté de réagir contre l'isolement politique et social qui caractérisaient la fonction publique sous l'Empire, en développant les droits politiques et statutaires des fonctionnaires. La constitution, abandonnant le strict apolitisme imposé à la fonction publique, garantissait la liberté d'opinion et d'action politique, y compris le droit de briguer un mandat électoral. Ces efforts furent réduits à néant par le régime national-socialiste, qui imposa à ses fonctionnaires une obligation de fidélité au Führer, et les mit au service de l'idéologie nazie.

Lors de la discussion du statut de la fonction publique, après la guerre, deux thèses s'affrontèrent : les uns souhaitaient que soient limités les droits politiques des fonctionnaires : si le droit d'adhérer à un parti politique n'était pas en cause, celui d'y militer activement aurait été interdit, comme celui de se présenter aux élections. D'autres, au contraire, estimaient que de telles restrictions à l'exercice des droits reconnus à tous les citoyens seraient inconstitutionnelles, voire dangereuses pour la démocratisation de la fonction publique. C'est cette dernière thèse qui l'emporta. Le statut actuel reconnaît donc aux fonctionnaires fédéraux la possibilité de se porter candidat à toute élection, au niveau du *Bund*, du *Land* ou de la commune. Le fonctionnaire peut même exercer son mandat tout en conservant son emploi, sauf en cas d'élection au *Bundestag*. Dans ce cas, en effet, il est placé dans une position spéciale, et doit reprendre ses fonctions à l'expiration de son mandat.

Dans l'exercice de ses activités politiques, le fonctionnaire doit, d'une façon générale, observer « modération » et « réserve ». L'interprétation de ces dispositions ne semble pas avoir posé de réels problèmes, si l'on en juge par la relative rareté de la jurisprudence en la matière. Il semble toutefois que l'on continue à considérer avec une certaine méfiance les activités politiques des fonctionnaires. Une comparaison avec les solutions françaises serait cependant d'autant plus hasardeuse que le contexte politique allemand est extrêmement différent du nôtre. Il faut bien voir, en effet, qu'il existe un relatif consensus autour des institutions existantes, et les prises de position politiques, dans ces conditions, même si elles comportent un élément critique à l'intention du gouvernement, risquent moins d'être considérées comme un manquement à la réserve. Les oppositions politiques sont moins tranchées qu'en France, où la guerre froide et les conflits coloniaux, pour ne prendre que des exemples, ont été à l'origine d'un contentieux abondant dans le domaine de la liberté d'expression des fonctionnaires. Non pas que le problème des activités communistes — ou qualifiées telles — ne se soit pas posé en Allemagne. Mais le devoir de réserve n'a pas eu à jouer à leur

égard, car la question a été réglée de façon beaucoup plus radicale, par des mesures d'interdiction.

On touche ici du doigt un autre aspect des contradictions du régime libéral, que traduit la formule : « pas de liberté pour les ennemis de la liberté ». En effet, aucun pays ne respecte de façon absolue le principe du pluralisme des opinions politiques, et ceci se traduit, dans la fonction publique, par différentes pratiques discriminatoires, directes ou indirectes.



II

LES ATTEINTES AU PLURALISME DES OPINIONS POLITIQUES

Dès 1789, la Déclaration des droits de l'Homme énonçait que « tous les citoyens... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Le principe du libre et égal accès aux emplois publics constitue en effet l'une des clefs de voûte du régime libéral : il traduit l'attachement au pluralisme des opinions politiques jusqu'au sein de la fonction publique, et condamne toute discrimination fondée sur ces opinions.

Dans la pratique, ce principe a toutefois mis un certain temps à s'imposer, temps variable suivant les pays. En Angleterre, le système du « patronage » n'a disparu que progressivement, car il permettait aux candidats aux élections, à l'époque du suffrage censitaire, de s'assurer des voix supplémentaires en promettant des postes à leurs supporters. Aux Etats-Unis, on sait que le *spoils system* a longtemps prévalu, qui permettait au parti vainqueur de disposer de collaborateurs politiquement sûrs. A l'heure actuelle, le recrutement des fonctionnaires est soumis dans la plupart des pays à des règles obligatoires et fondé sur les qualités professionnelles des candidats, à l'exclusion de toute considération politique. Une fois nommés, les fonctionnaires conservent en principe une totale liberté d'opinion, et aucune sanction disciplinaire ne peut être infligée pour un motif de cet ordre. En France, une disposition précise du statut prévoit l'interdiction de faire figurer au dossier du fonctionnaire aucune mention faisant état des opinions politiques, philosophiques ou religieuses de l'intéressé.

Pourtant, nul Etat, nul Gouvernement, ne se montre totalement indifférent au comportement politique de ses agents. Un certain nombre de pratiques — voire même de textes — restreignent le libre accès de tous aux emplois publics, portant ainsi des atteintes plus ou moins graves au principe du pluralisme des opinions au sein de la fonction publique.

Il y a d'abord les nominations politiques, qui concernent essentiellement les hauts fonctionnaires, collaborateurs les plus proches du gouvernement (A). Il y a aussi, et c'est plus grave, les exclusives politiques à l'égard de ceux que l'on soupçonne, à tort ou à raison, de ne pouvoir servir loyalement l'Etat, parce qu'ils n'adhèrent pas aux fondements idéologiques du régime (B). Ce qui d'ailleurs contredit l'idée couramment admise selon laquelle le régime libéral serait idéologiquement neutre.

A. LES NOMINATIONS POLITIQUES

« Aussi longtemps que j'aurai l'honneur de conduire les affaires publiques, je ne nommerai jamais à une place importante un homme dont

je saurai les maximes politiques en contradiction avec le principe général du gouvernement. Ce serait là selon moi un suicide politique », aurait déclaré Washington.

Deux siècles plus tard, il subsiste encore, dans la plupart des Etats libéraux, un domaine où ne s'applique pas le principe du recrutement apolitique et du libre et égal accès aux emplois publics : c'est celui de la haute fonction publique. On considère en effet qu'en raison de la solidarité existant entre le gouvernement et ceux des fonctionnaires qui participent à l'élaboration et à la réalisation de sa politique, on ne peut confier de telles responsabilités qu'à des personnes jouissant totalement de la confiance des gouvernements : d'où la liberté qui leur est laissée de nommer ou de changer à leur guise les titulaires des emplois les plus élevés. Ces emplois sont plus ou moins nombreux suivant les pays, et on peut en gros distinguer trois systèmes : celui de la Grande-Bretagne, où les nominations politiques sont totalement exclues ; celui de la France ou de l'Allemagne, où elles sont limitées assez étroitement ; celui des Etats-Unis, où elles ont longtemps constitué le droit commun, et où elles demeurent encore plus importantes qu'ailleurs (2).

1) Le système britannique, et le refus des nominations politiques.

On a montré plus haut l'influence de la formation historique du Civil Service sur ses caractères actuels. La façon particulièrement stricte dont est appliqué le principe de la responsabilité ministérielle, qui exclut pratiquement toute mise en cause de l'administration autrement que par la voie parlementaire, et met les fonctionnaires à l'abri des controverses politiques, favorise un certain détachement de la part de ceux-ci, et donc leur neutralité politique. Il est admis, en Grande-Bretagne, que les fonctionnaires, y compris les plus haut placés, doivent être capables de servir avec la même conviction un ministre conservateur ou travailliste, quelles que soient leurs opinions personnelles. Le corollaire est que tous les hauts fonctionnaires restent en place lors des changements de gouvernement, y compris les *Permanent Secretaries*, qui sont les personnages les plus importants de chaque ministère, l'équivalent administratif de ce qu'est le ministre au plan politique.

La petite histoire du *Civil Service* est ainsi truffée d'anecdotes mettant en valeur le zèle des fonctionnaires à appliquer successivement des politiques opposées. C'est Attlee décrivant l'étonnement des Américains à la conférence de Potsdam lorsque, ayant succédé à Churchill, il revint siéger accompagné des mêmes personnes que ce dernier ; ou encore racontant, en 1953, comment les mêmes hauts fonctionnaires qui avaient élaboré la loi sur les transports sous le gouvernement travailliste étaient à ce moment là en train de le détruire, sur ordre du gouvernement conservateur. Le manuel remis au nouveau fonctionnaire britannique contient d'ailleurs cette indication explicite : « Votre loyauté va au ministre du moment. Lorsqu'un nouveau parti arrive au pouvoir, votre nouveau ministre peut demander un changement radical de la politique du département. Votre devoir est d'exécuter cette nouvelle politique avec la même loyauté que l'ancienne ».

(2) Volontairement, on ne prend ici en considération que des pays de développement politique et économique similaire. Il est clair, par exemple, que de nombreux pays, notamment ceux d'Amérique latine, qui se réclament des principes libéraux et se sont largement inspirés du système constitutionnel des Etats-Unis, connaissent une politisation de la fonction publique à tous les échelons bien plus importante que ce dernier pays.

Un tel avertissement pourrait bien sûr s'adresser également à un fonctionnaire français. Mais ce qui est propre à l'Angleterre, c'est que tous les agents sont concernés par lui, y compris ceux qui remplissent des tâches de conception.

Cet aspect de la haute fonction publique britannique qu'est son apolitisme absolu a été pendant longtemps, et est encore considéré par la plupart, comme « une des pièces maîtresses de la démocratie », suivant les termes mêmes d'Attlee. Toutefois, on commence aujourd'hui, dans certains milieux, à dénoncer le caractère fictif, voire dangereux, de cet apolitisme. L'idée reçue, selon laquelle les fonctionnaires seraient « un papier de tournesol qui vire au rouge ou au bleu suivant le résultat des élections » fait place à la constatation que les fonctionnaires ont des opinions, et qu'ils exercent collectivement une influence considérable sur la politique de leurs départements. « Personne ne croit réellement que les hauts fonctionnaires sont des créatures sans visage, dociles, assexuées et sans idées déterminées, ou des eunuques intellectuels donnant avec déférence et humilité des avis impartiaux au grand homme de leur ministère », écrit B. Chapman. « Ceux qui sont au courant savent parfaitement bien qui sont les éminences grises de tel ministre. Leur force réelle... vient de ce qu'ils sont inattaquables » (« *British government observed* », 1963, p. 38).

Voilà donc ressuscités, par des voies détournées, les méfaits des pouvoirs des bureaux, que le système se flattait d'avoir su éviter. Il semble bien, par conséquent, qu'un tel système, en dépit de son caractère apparemment satisfaisant dans une optique démocratique, repose en définitive sur un postulat dont le bien-fondé s'avère douteux : celui de l'aptitude de tout haut fonctionnaire à servir son ministre avec le même zèle, quel que soit le parti au pouvoir, et sans tenter de lui imposer ses vues. Aussi bien, aucun autre pays ne refuse au gouvernement qui arrive au pouvoir le droit de changer les titulaires d'un certain nombre de postes importants.

2) Le système des emplois à la discrétion du gouvernement.

Si l'expression d'« emploi à la discrétion du gouvernement » fait partie du vocabulaire juridique français, la pratique qu'elle qualifie est au contraire courante dans la plupart des pays. Pour ne citer que des exemples européens, l'Autriche, le Danemark, la Suède, la Norvège, ou encore la Suisse admettent que les plus proches collaborateurs des ministres voient mettre fin à leurs fonctions lors d'un changement de gouvernement. De même, en Allemagne Fédérale, le gouvernement peut exiger des fonctionnaires dits politiques un alignement absolu et constant sur ses objectifs. Ce sont les titulaires d'emplois que la loi qualifie expressément de « postes politiques », et qui sont limitativement énumérés. Il s'agit notamment des secrétaires d'Etat, des ambassadeurs, des plus hauts fonctionnaires des ministères, des préfets de police, des procureurs généraux, ou encore des *Regierungspräsidenten* (l'équivalent de nos préfets).

Un système analogue prévaut, on le sait, en France. Conformément à l'article 3 de l'ordonnance de 1959, un décret du 21 mars 1959 fixe en effet « les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du gouvernement » et dont les titulaires sont donc révocables pour des motifs de simple convenance politique. La liste de ces emplois comprend, par exemple, les préfets, les recteurs, les ambassadeurs, les directeurs d'administrations centrales. Vu le petit nombre d'agents concernés, et l'importance des fonctions qu'ils remplissent, la possibilité offerte au gouverne-

ment de les remplacer sans autre formalité que la communication du dossier n'a en soi rien de choquant.

Ce qui paraît en revanche critiquable, c'est l'extension de cette pratique à des postes que les textes n'avaient pas expressément prévus. Le gouvernement, approuvé en cela par le Conseil d'Etat, a en effet estimé que la liste des emplois à la discrétion du gouvernement n'était pas limitative, et qu'il pouvait exister de tels emplois en dehors des cadres des administrations de l'Etat ou de ses établissements publics régis par le statut général des fonctionnaires. On a donc abouti à une conception extensive de ces emplois, fondée sur un critère imprécis et largement subjectif. D'après la jurisprudence, sont concernés les postes les plus importants de l'Administration, qui sont placés sous la dépendance directe du gouvernement ou qui impliquent un pouvoir de décision dans les affaires d'ordre politique et une participation à la fonction gouvernementale (voir conclusions Donnedieu de Vabres sur C.E. 13 mars 1953, Teissier, D. 1953, 735 ; note Braibant sur C.E. 1^{er} octobre 1954, Guille, D. 1955.43 ; conclusions Guionin sur C.E. 20 janvier 1956, Nègre, R p. 24). Le juge a ainsi considéré comme révocables *ad nutum* le directeur général de l'A.F.P., celui du Centre National du Cinéma, le directeur du C.N.R.S., le directeur de l'Office National d'Etudes et de recherches Aéronautiques, ou encore le président du Conseil Supérieur de la R.T.F. Or la nature politique de la plupart de ces emplois n'est pas évidente, et pour certains d'entre eux la possibilité d'en révoquer les titulaires va directement à l'encontre de l'indépendance qu'on veut conférer aux organismes qu'ils dirigent.

Le système des emplois à la discrétion du gouvernement part d'une constatation logique, qui est la nécessité d'une certaine communauté de vues entre tous ceux qui sont appelés à élaborer la politique gouvernementale. Mais du fait qu'il implique comme corollaire l'exclusion des postes de responsabilité de ceux dont les opinions politiques ne correspondent pas à celles du gouvernement en place, il doit rester enserré dans des limites définies rigoureusement. La frontière entre libre choix justifié et discrimination injustifiée est fragile, et toute extension de la pratique des nominations politiques en dehors des cas où elle paraît absolument nécessaire constitue une grave entorse au principe du pluralisme des opinions. Appliquée systématiquement, comme cela s'est produit à des époques troublées, marquées par des épurations administratives, elle aboutirait à ressusciter le système des dépouilles, dont les Etats-Unis ont eu tant de mal à se débarrasser.

3) Les séquelles du spoils system.

Jusqu'en 1883, le *spoils system*, qui laissait au parti vainqueur la possibilité de remplacer les titulaires d'emplois publics par des hommes de confiance, a prévalu aux Etats-Unis. La faveur politique présidait donc au choix des fonctionnaires à tous les niveaux, les emplois publics constituant un des enjeux de la lutte électorale. Les inconvénients du système sont cependant devenus évidents avec l'augmentation du nombre des emplois et le caractère de plus en plus technique des tâches administratives. En 1883 fut donc voté le *Pendleton Act*, qui proclamait le principe du recrutement sur la base du mérite, et instituait un organisme impartial pour contrôler le recrutement des fonctionnaires fédéraux. La généralisation de ce système fut assez lente, avec parfois une recrudescence du *spoils system*, comme à l'époque du *New Deal*.

Aujourd'hui, on distingue, dans l'administration américaine, le *competitive service*, où le *merit system* s'applique intégralement, et l'*excepted service* — soit 15 % de la fonction publique fédérale et 450.000 personnes — qui comprend les postes pour lesquels le principe du concours ne s'applique pas — ou s'applique dans des conditions particulières. Parmi ces postes figurent toutes les fonctions de nature politique, et notamment celles auxquelles le Président nomme avec l'accord du Sénat. Suivant les critères d'évaluation choisis, le nombre de ces postes varie entre 1.500 et 6.000 (voir M. Lamarque, « La fonction publique fédérale aux Etats-Unis », P.U.F. 1971 p. 37). On y trouve notamment les 6 ou 700 fonctionnaires choisis par le Président, c'est-à-dire son Etat-Major personnel et les cadres des départements ministériels. Il ne s'agit d'ailleurs pas toujours de personnes appartenant au même parti que le Président, mais il est certain que les préoccupations politiques l'emportent ici sur les considérations techniques. Etant donné que les postes-clés sont aux mains d'amis politiques du Président, et qu'ils détiennent eux-mêmes un certain pouvoir de nomination, il est clair que les nominations politiques, bien que leur nombre soit limité par rapport aux nominations sur concours, jouent aux Etats-Unis un rôle beaucoup plus important que dans la plupart des autres pays.

Toutefois, il paraît difficile de condamner cette pratique au regard des principes démocratiques : d'abord elle a lieu au grand jour, en respectant une règle du jeu admise par tous ; ensuite, l'alternance des partis au pouvoir donne l'assurance qu'une personne ne sera pas exclue à vie des postes de responsabilité en raison de ses opinions politiques. La même remarque vaut *a fortiori* pour le système plus souple des emplois à la discrétion du gouvernement, sous réserve des aspects contestables qu'on a pu relever dans la pratique française. Il n'en va plus de même, en revanche, lorsqu'un certain nombre de personnes sont exclues de façon permanente de la fonction publique, ou des emplois autres que subalternes, parce qu'elles n'adhèrent pas aux mêmes options idéologiques que les gouvernants.

B. LES EXCLUSIVES POLITIQUES

Le régime libéral suppose le pluralisme, qui implique que toutes les opinions puissent s'exprimer, et tous les partis prétendre à l'exercice du pouvoir. Mais ce principe connaît des exceptions, inhérentes aux contradictions internes du système libéral. Celui-ci se trouve en effet en face du dilemme suivant : rester fidèle aux principes et respecter la liberté de tous, y compris de ceux qui le combattent ; ou bien refuser cette liberté totale pour préserver le régime établi, mais au prix d'une infraction importante aux principes. Suivant le rapport de force politique existant dans un pays donné, à un moment donné, la solution adoptée est plus ou moins respectueuse de la liberté d'action des partis et individus qui contestent les fondements du régime. En pratique, l'invocation d'une menace, réelle ou supposée, peut aussi servir d'arme politique pour faire taire une opposition gênante.

Le même problème se répercute au niveau de la fonction publique. Si on admet, comme on l'a vu, que la plupart des emplois soient pourvus sans considération des opinions de ceux qui les occupent et de leur appartenance politique, ce principe n'est nulle part appliqué jusque dans ses conséquences extrêmes. M. Pompidou rappelait encore récemment, dans le discours auquel il a été fait allusion plus haut, qu'« une République où chacun, et en premier lieu les serviteurs de l'Etat, ne tiendrait pas à l'honneur de défendre les institutions démocratiques et de respecter leur autorité, ne

serait guère durable ». Autrement dit, si on tolère que les agents publics n'appartiennent pas au même parti que le gouvernement en place, on est plus réticent encore pour laisser accéder aux emplois publics ceux dont le « loyalisme » à l'égard du régime est douteux. Concrètement, cette discrimination concerne essentiellement les partis d'extrême-gauche, et plus rarement l'extrême-droite, dont l'idéologie, dans un cas comme dans l'autre, est jugée incompatible avec la sauvegarde des institutions libérales.

L'étendue des discriminations varie suivant les pays. Le « spectre du communisme », par exemple, effraie plus aux Etats-Unis, où il est considéré comme particulièrement subversif, qu'en France ou en Italie. La fin de la guerre froide a par ailleurs provoqué un amincissement des pratiques discriminatoires dans les différentes fonctions publiques nationales. Mais les atteintes au pluralisme demeurent nombreuses, et d'autant moins justifiées que les mesures discriminatoires sont prises la plupart du temps non pas en raison de faits précis imputables à ceux que l'on exclut, mais en considération d'un danger très éventuel et indémontrable. C'est pourquoi, si certains pays n'hésitent pas à prononcer officiellement des exclusives de ce type, d'autres préfèrent employer des moyens moins radicaux et moins voyants. Enfin, des pays comme la France refusent en principe toute exclusive fondée sur les opinions politiques, mais y reviennent par des voies détournées.

1) Les exclusives latentes.

En France, même à l'époque de la guerre froide, le principe est demeuré constant suivant lequel personne ne pouvait se voir refuser l'accès à la fonction publique en vertu de ses opinions, quelles qu'elles fussent. Les tentatives du gouvernement de barrer l'entrée de l'E.N.A. à des candidats communistes ou sympathisants se sont heurtées à la censure du Conseil d'Etat qui, dans le célèbre arrêt Barel, a implicitement considéré que les opinions communistes ne justifiaient pas un traitement spécial à l'égard de ceux qui les professaient. De même, le juge a refusé d'admettre qu'était licite la mutation d'un inspecteur d'Académie motivée uniquement par son appartenance au parti communiste, alors que cet emploi n'était pas à la discrétion du gouvernement (C.E. 1^{er} octobre 1954, Guille).

Il serait pourtant optimiste d'inférer de cette jurisprudence que les fonctionnaires français sont à l'abri de toute discrimination. Tout d'abord, l'existence même de telles affaires prouve que les autorités politiques ne renoncent jamais entièrement à la tentation d'exclure du service de l'Etat ceux dont les opinions leur paraissent par trop contraires aux leurs. Et pour un cas où s'exerce la censure du juge, combien compte-t-on d'abus non réprimés ? D'autant plus que le principe subsiste, en France, selon lequel le ministre conserve un pouvoir discrétionnaire pour fixer la liste des candidats admis à concourir pour l'entrée dans la fonction publique. Or en l'absence d'indices concordants, voire d'une preuve manifeste, le juge refuse d'annuler l'exclusion d'un candidat qui prétend avoir fait l'objet d'une mesure discriminatoire dictée par des considérations politiques.

Par ailleurs, si la liberté d'opinion est protégée, la liberté d'expression est, elle, soumise à d'importantes restrictions. Les manquements à l'obligation de réserve permettent, on l'a vu, de prendre des sanctions disciplinaires contre les agents qui s'en sont rendus coupables. Or le juge ne contrôle pas la proportionnalité de la sanction avec la gravité des faits reprochés. Si bien que des mesures de révocation permettent d'exclure de la fonction publique des agents dont les opinions déplaisent, alors que la

faute qu'ils ont commise n'aurait normalement dû justifier qu'une sanction légère. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, qu'un agent de bureau des P.T.T. a été révoqué de ses fonctions pour avoir participé à une manifestation interdite dirigée contre le réarmement allemand (C.E. 27 mai 1955, Dame Kowalewski). Or il paraît difficile de prétendre, vu le caractère subalterne de l'emploi, qu'une telle attitude était de nature à rejaillir sur l'exercice des fonctions. Mais il se trouve que cet agent était membre d'une organisation communiste. De telles pratiques relèvent à l'évidence d'une volonté manifeste de discrimination politique. Il est vrai que l'affaire relatée remonte à l'époque de la guerre froide. Mais ces pratiques n'ont pas disparu, comme en témoignent — entre autres — les mesures prises à l'égard d'un certain nombre d'enseignants « gauchistes » : des sanctions motivées officiellement par des fautes professionnelles visent en réalité beaucoup plus l'attitude politique des agents qui en font l'objet que leur manière de servir.

Malgré ce divorce entre le droit et les faits, la France reste néanmoins l'un des rares pays où l'on n'ait pas osé porter directement atteinte au principe du libre accès de tous aux emplois publics.

2) Les exclusives limitées.

Certains pays ont tenté de concilier les impératifs du pluralisme avec ceux du loyalisme à l'égard des institutions, en établissant une liste de postes dont seraient exclues les personnes auxquelles leur appartenance politique ne permettrait pas de faire pleinement confiance (ces périphrases désignant généralement les membres du parti communiste, accessoirement ceux d'organisations d'extrême-droite).

Ainsi Attlee, alors Premier Ministre, déclarait devant la Chambre des Communes, en 1948, que le gouvernement écarterait « des postes essentiels pour la sécurité de l'Etat ceux dont l'affiliation au parti communiste est notoire ou dont on sait qu'ils soutiennent celui-ci d'une manière telle qu'il est permis à bon droit de douter de leur intégrité », la même règle valant, par respect de la symétrie, pour ceux qui « soutiennent activement des organisations fascistes ». Autrement dit, dans l'impossibilité où était le gouvernement de faire une distinction entre les « bons » communistes, fidèles à l'Etat, et ceux qui seraient prêts, si l'occasion s'en présentait, à porter atteinte à la sécurité de l'Etat dans l'intérêt d'une puissance étrangère, il préférait les exclure en bloc des postes dits de sécurité. Il restait toutefois entendu qu'on tenterait, dans toute la mesure du possible, et avant de les licencier, de leur trouver des emplois de remplacement au sein de la fonction publique.

Des procédures d'enquêtes et des commissions furent donc instituées au sein du *Civil Service*, sous le nom de « *security procedures* », qui ne contribuèrent pas peu à y installer une atmosphère de suspicion, voire de délation (voir par exemple le roman de C.P. Snow, « *The corridors of power* »). En 1961 encore, le gouvernement nommait une commission pour enquêter sur les activités communistes dans la fonction publique et au sein des associations de fonctionnaires. Il semble d'ailleurs qu'on se soit aperçu de la relative inefficacité du système mis en place et de la nécessité de développer plutôt les services de contre-espionnage, si l'on voulait que les secrets d'Etat ne parviennent pas aux puissances ennemies...

Il faut noter toutefois que ce souci de la sécurité pouvait s'expliquer en partie du fait que les Anglais ne disposaient pas de la marge de manœuvre

que laisse dans d'autres pays le système des emplois à la discrétion du gouvernement, d'où l'on peut exclure quiconque sans avoir de comptes à rendre.

Une solution analogue a prévalu en Suisse, où une instruction du Conseil fédéral de 1950 prévoit « la résiliation des rapports de service des fonctionnaires, employés et ouvriers de la Confédération indignes de confiance ». Il y est dit, en effet, que sans qu'il soit question d'expulser d'office tout extrémiste (de gauche ou de droite) de la fonction publique, ni de créer un délit d'opinion, le chef de service se déterminera en fonction de « la confiance que peut inspirer un extrémiste » et du genre de fonctions qu'il occupe, suivant que celles-ci peuvent ou non lui permettre d'exercer une action nuisible au pays (cité dans Fougère, « La fonction publique », 1966 p. 316).

3) Les exclusives absolues.

L'argument tiré de la sécurité de l'Etat a entraîné aux Etats-Unis des mesures beaucoup plus rigoureuses. On connaît la dimension qu'y a prise la « chasse aux sorcières » et les abus auxquels elle a conduit. Ce phénomène n'a pas concerné que l'administration, mais l'un des objectifs visés était d'en éliminer tous les communistes, réels ou supposés.

L'épuration s'est faite en deux temps. D'abord, le *Loyalty Program*, sous la présidence de Truman, a permis d'exclure de la fonction publique toutes les personnes dont « de toute évidence, il existe des raisons sérieuses de croire qu'elles sont déloyales au gouvernement des Etats-Unis », puis, plus largement, celles dont a des « raisons de douter de la loyauté », notamment parce qu'elles sont affiliées à des organisations « totalitaires, fascistes, communistes ou subversives ». La loi Nixon-MacCanaan vint préciser en 1950 que les membres des organisations communistes devaient se faire enregistrer et qu'il leur était interdit d'accéder à la fonction publique. De 1947 à 1956, il y eut 519 licenciements ou refus d'emploi, mais on peut dire que ce résultat n'a pas été à la hauteur des efforts déployés, puisqu'il a fallu, pour en arriver là, établir 4 millions de fiches, mener 25.000 enquêtes, juger 16.500 affaires.

Une seconde phase s'est ouverte sous Eisenhower, qui a lancé, après le *Loyalty Program*, le *Security Program*. De mai à décembre 1953, 2.200 fonctionnaires ont été évincés, tandis que la commission des activités non américaines convoquait quotidiennement devant elle les fonctionnaires pour les interroger ou les faire témoigner. La fin de la guerre froide et la détente internationale d'une part, les abus par trop voyants auxquels menaient de tels procédés d'autre part, ont entraîné leur disparition progressive. Mais les textes n'ont pas été abrogés, et le principe de l'exclusion de la fonction publique de toutes les personnes dont le loyalisme peut être mis en doute demeure.

L'Allemagne fédérale, sans avoir eu à mettre en œuvre des procédures comparables, s'inspire des mêmes principes. De l'obligation faite aux fonctionnaires d'adhérer à l'« ordre fondamental, démocratique et libéral » et de prendre fait et cause pour sa sauvegarde, on a déduit l'interdiction, pour « les fonctionnaires, employés et ouvriers fédéraux, de participer, d'adhérer ou d'apporter leur soutien à des organisations et mouvements extrémistes de gauche ou de droite qui sont dirigés contre l'ordre fondamental démocratique et libéral » (décret du 19 septembre 1950). L'administration a établi une liste d'organisations communistes, progressistes, d'extrême-droite et néo-nazies auxquelles aucun agent fédéral ne peut appartenir. Des mesures analogues ont été prises au niveau des *Länder*.

Si bien que de nombreux agents ont été révoqués pour appartenance au parti communiste ou participation à des manifestations organisées par lui, avant même qu'il ait fait l'objet d'une interdiction. Lorsque le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe a prononcé la dissolution du parti néo-nazi (S.R.P.) en 1952, puis celle du parti communiste allemand (K.P.D.) en 1956, le problème s'est posé en des termes simples, l'incompatibilité paraissant aller de soi entre l'exercice d'une fonction publique et l'appartenance à un parti déclaré inconstitutionnel. Toutefois, le problème risque de réapparaître avec la création, en 1968, d'un nouveau parti communiste (D.K.P.), qui n'est pas interdit, et qui ne le sera vraisemblablement pas, compte tenu de l'évolution politique, tant sur le plan interne qu'inter-allemand. Pour l'instant, néanmoins, la position du gouvernement reste inchangée, et les communistes ou membres d'autres organisations d'extrême-gauche continuent à être frappés d'exclusive (3).

*
**

On pense avoir suffisamment montré, par les développements qui précèdent, que les principes libéraux n'étaient nulle part intégralement appliqués, et que la fonction publique n'était jamais complètement à l'abri des luttes politiques.

Aucun régime libéral n'a voulu que les fonctionnaires soient des citoyens comme les autres, ni même des travailleurs comme les autres. Au nom de la neutralité du service public et de l'autorité de l'Etat, on leur a imposé des servitudes dont le bien-fondé reste à démontrer. L'interdiction de participer aux activités politiques n'est évidemment pas une garantie à cet égard, la preuve en est que de nombreux pays ne l'ont pas imposée à leurs fonctionnaires. Mais le devoir de réserve lui-même mériterait d'être remis en cause, dans la mesure où il permet toutes les discriminations. Quant aux exclusives motivées par les opinions politiques de ceux qu'elles visent, elles sont injustifiables au regard des principes libéraux eux-mêmes.

Plus généralement, c'est le particularisme de la fonction publique érigé en système que l'on peut contester. L'évolution économique et sociale ne permet plus de faire de la fonction publique un monde à part, dès lors qu'elle regroupe en moyenne 10 % de la population active. La « prolétarianisation » croissante de la fonction publique sous le poids du nombre, la perte progressive des avantages attachés à la fonction, le peu de spécificité des tâches remplies par la plupart des agents publics par rapport aux salariés du secteur privé, tout ceci contribue à faire du fonctionnaire un travailleur comme les autres. Continuer à lui refuser le bénéfice des droits conquis ou acquis par l'ensemble des travailleurs — et on pense ici non seulement aux droits politiques, mais aussi au droit de grève — est tout à la fois illogique et dangereux par les frustrations qui en résultent. Invoquer l'autorité de l'Etat n'est ici qu'un moyen commode pour rejeter sans examen préalable les revendications légitimes d'une catégorie de citoyens.

(3) Cette exclusive découle expressément d'une déclaration commune adoptée en janvier 1972 par les chefs de gouvernement des *Länder* et du *Bund*, et qui fait référence au fameux « ordre fondamental, démocratique et libéral ». Il existe toutefois en Allemagne un courant d'opinion qui conteste la constitutionnalité d'une pratique revenant à établir une discrimination contraire au pluralisme inscrit dans la loi fondamentale pour l'entrée dans la fonction publique.