



HAL
open science

LA JURIDICTIONNALISATION DU REGIME DISCIPLINAIRE DES AGENTS PUBLICS

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. LA JURIDICTIONNALISATION DU REGIME DISCIPLINAIRE DES AGENTS PUBLICS. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2007, 5, pp.1179. hal-02299549

HAL Id: hal-02299549

<https://hal.science/hal-02299549>

Submitted on 27 Sep 2019

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.

LA JURIDICTIONNALISATION DU REGIME DISCIPLINAIRE DES AGENTS PUBLICS

Par Fabien Bottini

Docteur en droit public

Chargé de cours à l'Université du Havre

Résumé : à l'image de Roger Bonnard, de nombreux auteurs soulignent depuis le XIX^e siècle la tendance du droit français à faire bénéficier les préposés de l'administration de garanties d'ordre juridictionnel. Cette évolution est traditionnellement présentée comme une avancée. Mais faut-il totalement juridictionnaliser la responsabilité disciplinaire des agents publics ?

A l'analyse, la réponse à cette question passe par la conciliation de deux considérations d'intérêt général.

D'un côté, il convient de juridictionnaliser le régime disciplinaire des agents publics de façon à protéger les citoyens contre l'arbitraire des autorités exécutives, théoriquement en charge du pouvoir de sanction. Mais, de l'autre, il paraît nécessaire d'accorder un pouvoir discrétionnaire aux représentants en la matière, de façon à protéger les citoyens contre l'arbitraire de leurs subordonnés.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la protection des citoyens justifie ainsi de limiter les garanties disciplinaires accordées aux agents publics autant qu'elle justifie de leur en accorder. Elle suppose en d'autres termes de ne pas porter l'évolution actuelle jusqu'à son terme.

Cette considération explique que le développement des garanties juridictionnelles accordées aux agents publics sous le coup d'une procédure disciplinaire se heurte le plus souvent au maintien de procédés administratifs favorables à l'instance de discipline.

« Pas de pouvoir sans responsabilité ! »¹. Cette mise en garde, adressée aux magistrats professionnels de l'ordre judiciaire par le candidat UMP à l'élection présidentielle de 2007, Nicolas Sarkozy, pose à nouveau la question de l'obligation faite aux dépositaires du pouvoir de répondre de leurs actes.

Dans la France révolutionnaire, la reconnaissance de cette obligation s'est accompagnée de la consécration du droit de chacun de « demander compte à tout agent public

¹ Titre d'une interview publiée sur le site Internet du candidat à l'élection présidentielle de l'UMP, Nicolas Sarkozy, (<http://sarkozyblog.free.fr/index.php?2005/07/29/153-justice-pas-de-pouvoir-sans-responsabilite>) et initialement publiée au recueil Dalloz sous le titre : « A propos de la responsabilité des magistrats ! Interview de Nicolas Sarkozy » (*D.*, 2005, interview, p. 1956).

de son administration »². Mais la difficulté de la règle à s'imposer en pratique a souvent été soulignée par la suite, un auteur du siècle dernier allant jusqu'à dénoncer l'irresponsabilité des fonctionnaires³, qu'il accusait de s'être constitués en « caste des intouchables »⁴.

Irresponsables les fonctionnaires ? Manifestement cette assertion n'est plus totalement vraie. Outre qu'ils doivent en principe civilement répondre des fautes personnelles dont ils peuvent se rendre coupables⁵, l'évolution du droit tend à les soumettre davantage à la loi pénale commune⁶. Sans oublier qu'ils peuvent engager leur responsabilité disciplinaire dans de nombreuses hypothèses, comme n'importe quel agent public.

Cette dernière forme de responsabilité est ancienne⁷. Et elle ne doit pas être sous-estimée dès lors qu'elle conduit au prononcé de plusieurs milliers de sanctions chaque année⁸.

Le caractère générique des termes ne doit toutefois pas dissimuler la myriade de régimes juridiques qui forme désormais le contentieux disciplinaire. En raison de leur diversité statutaire, les agents publics ne sont en effet pas tous soumis aux mêmes règles, le droit positif accordant plus de garanties à ceux dont le rôle est réputé indispensable au bon fonctionnement du service public.

Cette considération explique que la grande majorité des agents non titulaires jouisse de garanties disciplinaires moins étendues⁹ alors que les agents titulaires et une minorité de non fonctionnaires bénéficient d'une protection renforcée, bien qu'hétérogène¹⁰.

² *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, art. 15

³ Dans un souci de clarification, le terme de fonctionnaire sera entendu ici au sens jurisprudentiel, comme désignant un « agent investi d'un emploi permanent dans les cadres d'un service public » (CE, 20 décembre 1946, *Colonie de Madagascar c/ Ravelonahina, D.*, 1947, p. 464, note Pierre Huet).

⁴ Liet-Veaux (Gérard), « La caste des intouchables, ou la "théorie" du délit de service », *D.*, 1952, n° 34, chr., pp. 133-136.

⁵ TC, 30 juillet 1873, Pelletier, *c/ de Ladmirault, Choppin et Leudot, rec.*, p. 129.

⁶ Sur cette évolution, v. Bottini (Fabien), *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, Thèse, Le Havre, 2006.

⁷ Sous l'Ancien régime, la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires est apparue au XVIIe siècle, sous le règne de Louis XIV. Ce dernier entreprenait alors de soumettre les agents de la couronne et les nobles en charge des offices royaux à de nouvelles obligations professionnelles. Or, celles-ci donnaient naissance au contentieux disciplinaire. Les règles applicables manquaient toutefois de vision d'ensemble. De même, le droit post-révolutionnaire tardait à adopter une législation de portée générale en la matière. Pour un aperçu historique du sujet, v. Laurie (Frédéric), *La faute disciplinaire dans la fonction publique*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 406 p., pp. 26-27, n° 3. V., également, Nézard (Henry), *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1903, 427 p., p. 23 s., sp. pp. 23-26, note 3.

⁸ Chapus (René), *Droit administratif général*, t. 2, Paris, Montchrestien, 2001, 15e éd., 797 p., p. 330, n° 377. V., également, Pochard (Marcel), « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2000, p. 7 ; Laurie (Frédéric), *La faute disciplinaire...*, t. 1, *op. cit.*, p. 29, n° 7 : après avoir « regrett[é] l'absence totale ou quasi-totale de statistiques de la délinquance disciplinaire dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière », l'auteur constate que « plus de 5.000 fonctionnaires de l'Etat sont sanctionnés chaque année, soit plus de trois fonctionnaires sur mille ». V., également, *Idem*, p. 186, n° 159, note 516.

⁹ Comp., par ex., Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat, *JORF*, 27 octobre 1984, p. 3367, art. 1 s. et Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986, relatif

Malgré ces diversités, les régimes disciplinaires semblent toutefois affectés par les mêmes transformations. A l'image de Roger Bonnard, de nombreux auteurs soulignent en effet depuis le XIX^e siècle la tendance du droit français à juridictionnaliser la responsabilité disciplinaire des agents publics¹¹.

Ils mettent notamment en lumière les ressemblances qui existent entre cette forme de responsabilité et la responsabilité pénale. Ces similitudes, qui tiennent entre autres au fait qu'elles visent toutes deux à sanctionner un comportement sur la base de textes d'interprétations strictes¹², sont traditionnellement présentées comme un bienfait.

Mais, même si elles se recourent, les responsabilités pénales et disciplinaires poursuivent des objectifs différents : tandis que le droit pénal vise à réprimer un individu dont le comportement déviant contrevient aux valeurs premières de la société, la responsabilité disciplinaire sanctionne les agissements contraires aux obligations particulières qui s'imposent en qualité aux préposés de l'administration¹³.

aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat, *JORF*, 19 janvier 1986, p. 967, art. 44. Contrairement à ce qui est prévu pour les fonctionnaires, ce texte et la jurisprudence dénie aux agents non titulaires le droit notamment de demander l'avis d'un conseil de discipline sur la sanction dont ils font faire l'objet (CE, 20 mars 1951, Michel, *RDP*, 1952, p. 887 ; 30 mars 1990, Fédération générale des fonctionnaires FO, *DA*, 1990, n° 264) ou d'imposer la citation de témoins (CE, 30 septembre 1983, Barré, *rec.*, p. 394).

¹⁰ De même que les garanties accordées aux non fonctionnaires varient au gré des statuts qui régissent spécifiquement leur situation, de même l'état du droit soumet les fonctionnaires à un degré de garanties différent selon qu'ils relèvent des statuts généraux (L. n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF*, 12 janvier 1984, p. 271 s. ; L. n° 84-53 du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441 s. ; L. n° 86-33 du 9 janvier 1986, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *JORF*, 11 janvier 1986, p. 535 s.) ou d'un régime dérogatoire, ceux-ci étant parfois plus protecteurs, à l'image de celui qui régit la situation des magistrats professionnels de l'ordre judiciaire. Sur les garanties disciplinaires accordées aux magistrats professionnels de l'ordre judiciaire, v. Bottini (Fabien), *La responsabilité personnelle des magistrats*, à paraître à la RRJ courant 2007.

¹¹ Bonnard (Roger), *De la Répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret, 1903, 164 p., p. 10 : « il se produit », constatait cet auteur, « dans la législation française une transformation très marquée de la répression disciplinaire des » agents publics « en répression juridictionnelle » depuis les années 1880.

Confirmant cette analyse, v., par ex., Auby (Jean-Marie) et al., *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2005, 5e éd., XV-758 p., p. 389-, n° 700. Certains auteurs ont même pu établir que cette évolution n'était pas propre à la France et qu'elle affectait un grand nombre de pays, ne serait-ce qu'en Europe. V. Chapel (Yves), « La juridictionnalisation de la fonction disciplinaire en droit administratif comparé », *Rec. de jurisp. du dr. adm. et du Cons. d'Et.*, 1963, chr., p. 145 s.

¹² Plantey (Alain), *La fonction publique*, Paris, Litec, 2001, 2e éd., 826 p., p. 445, n° 901.

¹³ Nézard (Henry), *op. cit.*, p. 9 : selon cet auteur, le droit disciplinaire renvoie à « l'ensemble des règles qui organisent la répression des fautes professionnelles ».

La faute disciplinaire apparaît ainsi spécifique dans la mesure où, pour paraphraser Planiol¹⁴, elle constitue un manquement à une obligation professionnelle préexistante¹⁵. De même, la sanction disciplinaire se différencie de la sanction répressive dès lors qu'elle consiste, non en une peine restrictive ou privative de liberté ou en une atteinte au droit de propriété, mais en une perte de la fonction ou de certaines de ses prérogatives, voire de ses avantages¹⁶.

Ces spécificités expliquent l'indépendance des répressions pénale et disciplinaire¹⁷, en même temps qu'elles mettent en lumière la mixité de la responsabilité disciplinaire. Ni juridictionnelle, ni administrative, mais bien les deux à la fois, la responsabilité disciplinaire apparaît comme une responsabilité originale, mi juridictionnelle et mi administrative.

En 1901, Léon Duguit prophétisait la disparition de cette originalité, le contentieux ayant selon lui vocation à être complètement « juridictionnalisé »¹⁸. La question se pose néanmoins de savoir s'il convient véritablement de délaïsser les procédés administratifs en la matière. En d'autres termes, faut-il totalement juridictionnaliser la responsabilité disciplinaire des agents publics ?

¹⁴ Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, Paris, LGDJ, 1952, 4e éd., VIII-1360 p., n° 907 : l'auteur définit la faute civile comme étant « le manquement à une obligation préexistante ».

¹⁵ Encore que cette définition doive être entendue largement. Car la responsabilité disciplinaire ne punit pas seulement les agissements répréhensibles que les membres de la fonction publique peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions ; elle réprime également ceux qui, bien que commis dans la vie privée, ternissent l'image du service auquel ils appartiennent (CE, 24 juin 1988, Secrétaire d'Etat aux P. et T., *AJDA*, 1988, p. 614) ou portent atteinte à son autorité (CE, 15 décembre 1980, Bluteau, *rec.*, p. 777). C'est ce qui faisait dire à un auteur que « la faute disciplinaire consiste dans tout fait de nature à porter atteinte directement ou indirectement à la fonction » (Bonnard (Roger), *op. cit.*, p. 28).

¹⁶ Dans un sens légèrement différent, v. *Idem*, p. 50 : selon l'auteur, la peine disciplinaire consiste en la « privation de la fonction ou des prérogatives et avantages de la fonction ».

¹⁷ CE, 24 juillet 1987, Cons. départ. de l'ordre des médecins de l'Ariège, *rec.*, p. 916. Seule la matérialité des faits constatée dans un jugement répressif passé en force de chose jugée s'impose à l'autorité administrative. Sortie de cette hypothèse, rien ne lui interdit de sanctionner un agent relaxé au pénal (CE, 19 novembre 1955, Dupoux, *rec.*, p. 552) ou de ne pas sanctionner un agent pénalement condamné (CE, 9 décembre 1970, Beauville, *AJ*, 1971, p. 425) : car « le pénal ne tient pas le disciplinaire en état » (Chapus (René), *Droit...*, t. 2, *op. cit.*, p. 346, n° 399). Inversement, la mise en jeu ou l'abandon de la procédure disciplinaire n'a aucune incidence sur les poursuites pénales : car « le disciplinaire ne tient pas le pénal en l'état » (*Idem*).

¹⁸ Duguit (Léon), *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, Albert Fontemoing, 1903, rééd. Paris, Dalloz, 2005, XV-774 p., p. 469 : « on constate », disait-il, « une tendance marquée de la répression disciplinaire à se rapprocher progressivement de la répression pénale ; et (...) quand l'évolution de la répression disciplinaire sera complète, elle aussi sera juridictionnalisée ». V., dans le même sens, : Bonnard (Roger), *op. cit.*, p. 20 : « la répression disciplinaire en arrivera-t-elle au degré complet de juridictionnalisation qu'a atteint la répression pénale ? Malgré la lenteur de l'évolution, rien ne paraît devoir s'y opposer ».

La réponse à cette question passe par la conciliation de deux considérations d'intérêt général.

D'un côté, il convient de juridictionnaliser le régime disciplinaire des agents publics de façon à protéger les citoyens contre l'arbitraire des autorités exécutives, théoriquement en charge du pouvoir de sanction¹⁹. Dans la mesure en effet où les préposés de l'administration sont supposés être recrutés « sans autres distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »²⁰, leur condamnation apparaît par essence suspecte, puisqu'elle entre en conflit avec les critères qui président à leur sélection. Ne cache-t-elle pas des motifs moins avouables comme, par exemple, la volonté d'un pouvoir exécutif peu scrupuleux de faire pression sur un agent trop à cheval sur le respect de la légalité, pour se libérer du carcan de la volonté générale ? C'est pour s'assurer que tel n'est pas le cas qu'il convient de juridictionnaliser la protection disciplinaire des agents publics, en les faisant bénéficier des principales garanties que les tribunaux offrent aux justiciables.

D'un autre côté toutefois, il paraît nécessaire d'accorder un pouvoir discrétionnaire aux représentants en la matière, de façon à protéger les citoyens contre l'arbitraire de leurs subordonnés. Dans les démocraties modernes en effet, les mandataires du peuple sont politiquement responsables de leurs actes ; de leurs abus comme de leur maladministration. Comme cette responsabilité suppose qu'ils aient les moyens de mener à bien leur mission, elle justifie de leur donner le moyen de briser la résistance que les agents subalternes peuvent illégalement leur opposer dans l'exercice de leurs fonctions. Dans les faits, cette opposition peut prendre des formes diverses. Mais qu'elle renvoie aux fonctionnaires qui tardent à appliquer une politique dont ils contestent l'opportunité ; ou à ceux qui s'octroient le droit de définir ce qui relève ou non de leurs attributions, quitte à usurper sa souveraineté au peuple ; que, de façon plus générale, elle se caractérise par le comportement de tous ceux qui tendent à tirer profit de leur place au sein de la hiérarchie administrative pour se soustraire à l'emprise des lois, le résultat est toujours le même : il faut permettre aux autorités hiérarchiques d'engager la responsabilité disciplinaire de leurs subordonnés si l'on veut assurer la prééminence de la légalité et, à travers elle, de la volonté générale. Mais c'est un fait : les

¹⁹ C'est en principe « l'autorité investie du pouvoir de nomination » qui est investie du pouvoir disciplinaire. Comme celle-ci peut déléguer son pouvoir en la matière, deux hypothèses doivent être distinguées.

La première constitue le droit commun. Elle revient à confier en principe le pouvoir disciplinaire au pouvoir exécutif, tant national que local. La règle veut en effet que ce pouvoir appartienne au chef de l'Etat ou aux ministres compétents à l'échelle nationale, et aux exécutifs locaux, président de conseils régionaux ou généraux, maires, à l'échelle locale.

Par dérogation à ce principe, ce pouvoir peut être exercé par leurs délégataires, lorsque les textes le permettent.

²⁰ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, art. 6.

préposés de l'administration pourraient être tentés d'abuser de leurs prérogatives s'ils n'étaient soumis qu'à un régime juridictionnel. Car la lourdeur de la procédure pourrait dissuader leurs supérieurs d'y recourir ou paralyser leurs possibilités d'action. C'est pourquoi il convient de maintenir une certaine forme administrative en la matière : parce que l'efficacité de la responsabilité disciplinaire suppose une certaine souplesse que ne permet pas forcément la forme juridictionnelle.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître la protection des citoyens suppose donc de limiter les garanties disciplinaires accordées aux agents publics autant qu'elle justifie de leur en accorder. Elle suppose en d'autres termes de ne pas porter jusqu'à son terme la juridictionnalisation du régime disciplinaires des préposés de l'administration.

Cette considération explique qu'en l'état actuel des choses le développement des garanties juridictionnelles accordées aux agents publics faisant l'objet d'une procédure disciplinaire (I) se heurte le plus souvent au maintien de procédés administratifs favorables à l'instance de discipline (II).

I. LA JURIDICTIONNALISATION PROGRESSIVE DES GARANTIES DISCIPLINAIRES ACCORDEES AUX AGENTS PUBLICS

La protection des citoyens a justifié de juridictionnaliser le régime disciplinaire des agents administratifs. Car en mettant ces derniers à l'abri de l'arbitraire des représentants, on en préservait les premiers.

Cette évolution s'est traduite par l'apparition de règles et de « principes généraux de la procédure disciplinaire »²¹, d'autant plus contraignants que leur violation peut être contestée devant le juge²² et engager la responsabilité de l'administration²³.

²¹ CE, Sect., 23 mars 1962, Mast, *rec.*, p. 203.

²² Selon les cas, les sanctions retenues peuvent être contestées par le biais du REP ou du pourvoi en cassation : alors que les avis rendus par les conseils de discipline statuant en première instance ou en appel peuvent faire l'objet d'un REP, les sanctions prononcées par les juridictions administratives siégeant comme organes disciplinaires, telles que le Conseil supérieur de la magistrature, peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation (CE, Ass., 12 juillet 1969, L'Etang, *rec.*, p. 388).

²³ CE, 18 janvier 1985, Forget, *D.*, 1985, jur., p. 386, note. J.-L. Crozafon et J.-P. Pillon.

Ces dispositions, qui visent à éviter que la sanction d'un agent public soit manifestement disproportionnée à la faute qu'on lui reproche²⁴, obligent l'administration à respecter les droits de la défense de l'agent poursuivi (A) et à se conformer aux garanties juridictionnelles que la procédure lui offrent en la matière (B).

A. L'IMPORTATION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LE CONTENTIEUX DISCIPLINAIRE

La volonté de renforcer la protection des citoyens face à l'arbitraire des représentants explique que l'administration soit désormais obligée de respecter le droit à la présomption d'innocence des agents publics²⁵. Si cette reconnaissance permet rétrospectivement d'expliquer que l'autorité hiérarchique soit traditionnellement tenue de respecter les droits de la défense en la matière²⁶, ceux-ci lui interdisent en principe deux choses.

Ils lui défendent de prononcer une sanction sans que son destinataire ait pu « avoir accès au dossier le concernant »²⁷ (1) ou sans qu'il « ait été mis à même (...) de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés »²⁸ (2).

1. LE DROIT DES FONCTIONNAIRES D'ACCEDER A LEURS DOSSIERS DES LE COMMENCEMENT DES POURSUITES

Le souci de protéger les citoyens contre l'arbitraire des gouvernants explique que les agents publics se soient en principe vus reconnaître le droit de consulter leur dossier préalablement à toute sanction²⁹.

²⁴ CE, Sect., 9 juin 1978, Lebon, *rec.*, p. 245.

²⁵ CE, 29 décembre 2000, Treysac, *rec.*, p. 652.

²⁶ Cette obligation a été érigée en principe général du droit par le Conseil d'Etat. V. CE, Ass., 26 octobre 1945, Aramu, *rec.* p. 213 ; 5 juillet 2000, Mermet, *rec.*, p. 293.

²⁷ CC, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF*, 18 janvier 1989, pp. 756-757, cons. n° 29.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Ledit « dossier (...) doit » en principe « comporter toutes les pièces intéressant la situation administrative de l'intéressé, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité » mais « il ne peut » y « être fait état (...) des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé » (L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF*, 14 juillet 1983, n° 162, p. 2175, art. 18).

Historiquement, la règle a été consacrée par le législateur avant d'être reprise par la jurisprudence. C'est l'article 65 de la loi de finance du 22 avril 1905 qui, le premier, a reconnu en des termes non équivoques le « droit » des agents publics d'obtenir « la communication » des « documents composant leurs dossier (...) avant de faire l'objet d'une procédure disciplinaire »³⁰. Mais le Conseil d'Etat a par la suite donné une interprétation extensive de cette garantie : non content d'en faire bénéficier les agents non titulaires de l'Etat³¹, il a érigé en PGD le principe selon lequel « une sanction ne peut (...) être prononcée légalement sans que » son destinataire n' « ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense »³².

La règle est ainsi devenue l'une des « garanties essentielles »³³ de la répression disciplinaire. Certes, jusque dans les années 1980, on pouvait regretter que la communication ne soit pas automatique. Et, même si cette absence d'automatisme se trouve compensée depuis lors par l'obligation en principe faite à l'administration d'informer ses préposés de leur droit à communication³⁴, on peut regretter que certains n'en bénéficient pas encore³⁵.

Mais cette garantie n'en reste pas moins fondamentale dans la mesure où tous les agents peuvent demander l'accès à leur dossier dès qu'ils sont informés du déclenchement des poursuites³⁶. Car cette faculté leur permet non seulement de connaître les griefs qui leur sont reprochés et ainsi de mieux préparer leur défense, mais aussi de vérifier si l'autorité disciplinaire a bien respecté les règles statutaires qui s'imposent à elle.

³⁰ L. du 22 avril 1905, portant fixation du Budget général des dépenses et recettes de l'exercice 1905, *Bull. des lois de la Rép. fr.*, XIIe série, 1905, 2e sem., n° 2635, p. 503, art. 65. Cette règle a ultérieurement été reprise dans le statut général des fonctionnaires par la suite. V. L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, *op. cit.*, p. 2175, art. 19 : « le fonctionnaire à l'encontre duquel une procédure disciplinaire est engagée a droit à la communication de l'intégralité de son dossier individuel et de tous les documents annexes ». V., également, circ. du ministre de la Fonction publique du 5 octobre 1981, *AJDA*, 1981, p. 538).

³¹ CE, 9 février 1934, *Dulos, rec.*, p. 196.

³² CE, 26 octobre 1945, *op. cit.*, p. 213.

³³ CE, Ass., 24 octobre 1964, *d'Oriano, rec.*, p. 486.

³⁴ V., pour les agents titulaires, L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, *op. cit.*, p. 2175, art. 19 : « l'administration doit informer le[s] fonctionnaire[s] de [leur] droit à communication du dossier ». V., pour les agents non titulaires, Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986, relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat, *JORF*, 19 janvier 1986, p. 967, art. 44, al. 3 ; Décret n° 88-145 du 15 février 1988, pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984, *JORF*, 16 février 1988, p. 2179, art. 37 ; Décret n° 91-155 du 6 février 1991, relatif aux dispositions générales applicables à certains agents contractuels de la fonction publique hospitalière, *JORF*, 9 février 1991, p. 2062, art. 40.

La règle est d'autant plus protectrice qu'elle constitue une « formalité substantielle » dont la violation entraîne la nullité de la sanction (CAA, Paris, 4 juin 1998, commune de Chennevières- Sur-Marne, *req. n° 96PA02050*).

³⁵ La jurisprudence considère qu'il revient à ces agents de demander eux-mêmes la communication du dossier, dès lors que l'attitude de l'administration leur permet de savoir qu'ils vont faire l'objet d'une sanction (CE, 28 juillet 1952, *Huguet, rec.*, p. 414).

³⁶ D'après la jurisprudence en effet, le droit à communication du dossier concerne tous les agents publics, indépendamment de leur statut. V., par ex., pour les agents contractuels : CE, 18 janvier 1985, *op. cit.*, p. 386. V., également, pour les emplois à la discrétion du gouvernement : CE, Sect., 24 juin 1949, *Nègre, rec.*, p. 304 ; Ass., 22 décembre 1989, *Morin, AJDA*, 1990, p. 121.

Cette garantie est d'autant plus efficace que la communication doit être intégrale et utile, la première de ces exigences permettant au fonctionnaire d'avoir accès à tous les documents nécessaires à sa défense³⁷ tandis que la seconde commande de lui laisser le temps suffisant pour consulter son dossier³⁸.

Au final, ces implications font du droit à la communication préalable du dossier un gage de sécurité pour les fonctionnaires. Au-delà, elles en font une garantie pour les citoyens, dans la mesure où cette faculté contribue à éviter que les représentants ne se servent de leurs prérogatives disciplinaires à mauvais escient.

Comme la règle seule ne saurait toutefois suffire à prévenir l'arbitraire des autorités exécutives, le renforcement de la protection des citoyens a également conduit à reconnaître aux agents publics le droit de présenter leurs observations devant l'instance de discipline.

2. LE DROIT DES FONCTIONNAIRES DE PRESENTER LEURS OBSERVATIONS DEVANT L'INSTANCE DE DISCIPLINE

La reconnaissance du droit des agents publics de consulter leur dossier a logiquement conduit les autorités à leur reconnaître la faculté de présenter leurs observations, écrites ou orales, préalablement à toutes sanctions³⁹.

De 1905 jusqu'au milieu du XX^e siècle, la tradition administrative a toutefois empêché les autorités de tirer toutes les conséquences de cette évolution.

Outre qu'elles étaient réticentes à reconnaître à l'agent poursuivi le droit de citer des témoins à l'appui de ses affirmations, elles lui refusaient celui de photocopier les éléments de son dossier et de se faire représenter par un conseil. Ces deux dernières interdictions résultaient de l'article précité de la loi de 1905 dont il ressortait que la communication devait être personnelle et confidentielle. Quant à la première, elle se déduisait du refus du Conseil

³⁷ « La documentation est réputée intégrale dès lors qu'elle a porté sur tous les documents utiles à l'information et à la défense de l'agent » (Chapus (René), *Droit...*, t. 2, *op. cit.*, p. 355, n° 408.

³⁸ CE, Sect., 20 janvier 1956, Nègre, *rec.*, p. 24.

³⁹ CE, Sect., 19 avril 1968, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Puy-De-Dome, *rec.*, p. 254 : le Conseil considère que le droit à communication préalable du dossier « confère[] à » l'agent poursuivi « le droit de présenter (...) des observations ». Cette solution coule de source dès lors qu'il semble évident que la communication préalable n'a d'autres finalités que de permettre à l'agent mis en cause de tenter de justifier ses actes devant l'autorité disciplinaire avant qu'elle n'arrête sa décision.

Cette garantie semble être la traduction juridique de l'adage *Audi alteram partem* (Ecoutez l'autre partie) qui, pour ce qui nous intéresse, interdit à l'administration de sanctionner un agent sans l'avoir au préalable entendu. En ce sens, v. note Marcel Waline sous CE, 9 décembre 1955, Garysas, *RDP*, 1956, p. 334.

d'Etat de dégager un PGD donnant aux agents poursuivis le droit de faire entendre les personnes susceptibles d'éclairer les débats devant les conseils de discipline⁴⁰.

Dans la mesure où l'état du droit revenait à livrer les préposés de l'administration et, à travers eux, les citoyens à l'arbitraire de l'autorité hiérarchique, il convenait de le réformer.

Les autorités ont ainsi été amenées à juridictionnaliser davantage la procédure dans la seconde moitié du XX^e siècle, pour renforcer les garanties accordées aux agents publics.

Cette évolution a tout d'abord incité le gouvernement à reconnaître à la grande majorité des agents titulaires le droit de convoquer des témoins : qu'ils soient agents de l'Etat, territoriaux ou hospitaliers, les textes réglementaires leur reconnaissent expressément la possibilité, non seulement de présenter des témoins à l'appui de leur défense⁴¹, mais aussi de demander leur confrontation ou leur réaudition⁴². Même si l'on peut regretter que cette évolution ne bénéficie en principe pas aux agents non titulaires des collectivités territoriales⁴³, elle n'en constitue pas moins une avancée.

Celle-ci est d'autant plus importante que la juridictionnalisation de la procédure a progressivement conduit les autorités à revenir sur le caractère personnel et confidentiel de la communication.

Sa dimension personnelle s'est trouvée relativisée par la reconnaissance du droit des agents publics de se faire assister par un défenseur devant le conseil de discipline. Initialement consacrée par la jurisprudence⁴⁴, cette solution a par la suite été confirmée par les décrets organisant la procédure disciplinaire dans les trois fonctions publiques⁴⁵.

⁴⁰ V. CE, 21 octobre 1931, *Lota, rec.*, p. 886 : la haute juridiction estime qu'en l'absence de textes l'audition des témoins présentés par l'agent poursuivi n'est pas obligatoire. Par la suite, le Conseil d'Etat a systématisé la règle en considérant qu'aucun PGD n'oblige l'administration à procéder à l'audition de témoin dans le silence des textes (CE, 2 mars 1984, *Fédérations des affaires sociales CGT, rec.*, p. 658).

⁴¹ Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat, *JORF*, 27 octobre 1984, p. 3367, art. 3 ; Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux, *JORF*, 19 septembre 1989, p. 11819, art. 6, al. 2 ; Décret 89-822 du 7 novembre 1989, relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière, *JORF*, 8 novembre 1989, pp. 13960-13961, art. 2.

⁴² Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*, p. 3367, art. 5 ; Décret n° 89-822 du 7 novembre 1989, *op. cit.*, p. 13961, art. 6. La règle semble également s'imposer dans la fonction publique territoriale même si les textes sont moins clairs. V. Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, *op. cit.*, p. 11819, art. 9.

⁴³ La jurisprudence *Lota* continue en effet de s'appliquer à leur égard. V. CE, 21 octobre 1931, *op. cit.*, p. 886.

⁴⁴ CE, 30 octobre 1959, *Marcoulet, rec.*, p. 568.

⁴⁵ Ceux-ci obligeant l'administration à informer les fonctionnaires de leur droit à se faire assister du ou des défenseurs de leur choix devant les conseils de discipline. V. Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*, p. 3366, art. 1 ; Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, *op. cit.*, p. 11819, art. 4 ; Décret 89-822 du 7 novembre 1989, *op. cit.*, p. 13960, art. 1.

Cette obligation est d'autant plus contraignante que le Conseil d'Etat la considère comme une autre formalité substantielle, prescrite à peine de nullité (CE, 17 juin 1988, *Labrosse, rec.*, p. 244).

Le caractère secret de la communication risquait toutefois d'affaiblir la portée de cette avancée, en empêchant les défenseurs de prendre exactement connaissance des griefs reprochés aux agents poursuivis. Aussi le droit positif a-t-il parallèlement assoupli la règle de la confidentialité pour reconnaître aux préposés de l'administration le droit de permettre à leurs conseils de consulter leur dossier. A l'origine, la jurisprudence limitait le bénéfice de cette faculté aux agents qui passaient en conseil de discipline⁴⁶. Mais, par la suite, le législateur l'a étendu à l'ensemble des préposés de l'administration, la loi du 17 juillet 1978 reconnaissant aux agents publics le droit de demander copie des pièces de leur dossier⁴⁷, sans que l'administration puisse refuser d'accéder à leur demande en l'absence de motif légitime⁴⁸.

Ces revirements contribuent indéniablement à renforcer la protection des agents publics et des citoyens face à l'arbitraire du pouvoir.

Mais la protection de ces derniers a également amené à assujettir davantage l'autorité hiérarchique au respect de la forme juridictionnelle.

B. LA SOUMISSION DE L'AUTORITE ADMINISTRATIVE AU RESPECT DE LA FORME JURIDICTIONNELLE

Le souci de préserver les citoyens de l'arbitraire des gouvernants explique la juridictionnalisation de la composition de l'organe de discipline (1) et des obligations qui s'imposent à l'autorité disciplinaire (2).

1. LA JURIDICTIONNALISATION DE LA COMPOSITION DE L'ORGANE DE DISCIPLINE

La volonté de protéger les citoyens des gouvernants explique que la composition de l'organe de discipline se soit rapprochée de celle des juridictions. Le droit positif tend en effet de plus en plus à soumettre la sanction disciplinaire à un comité indépendant.

Cette avancée peut sembler lacunaire dans la mesure où elle ne concerne pas tous les agents publics et où elle ne s'applique pas avec la même intensité à tous ses bénéficiaires.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ L. n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF*, 18 juillet 1978, p. 2851, art. 4 b.

⁴⁸ CE, 11 juillet 1988, Coiffier, *AJDA*, 1989, p. 48.

D'une part en effet, aucun principe général du droit n'impose à l'administration de saisir systématiquement un tel comité⁴⁹, de sorte que, dans le silence des textes, cette garantie concerne essentiellement les agents publics titulaires. D'autre part, les fonctionnaires qui relèvent du régime de droit commun bénéficient parfois d'une garantie moins importante que ceux qui relèvent des statuts dérogatoires, ces derniers renforçant quelquefois la juridictionnalisation de la composition de l'organe de discipline.

Mais cette évolution n'en reste pas moins un progrès, dans la mesure où la juridictionnalisation du régime de droit commun offre deux garanties importantes à l'immense majorité des agents titulaires.

La première vient de ce qu'elle calque la composition du conseil de discipline sur celle des conseils des prud'hommes. Certes, les textes confient en principe le pouvoir disciplinaire à l'autorité ayant le pouvoir de nomination. Mais celle-ci ne peut normalement se prononcer que sur l'avis d'un conseil de discipline⁵⁰ lorsqu'elle entend infliger les sanctions les plus graves⁵¹. Or, la composition de ce conseil illustre la juridictionnalisation de la responsabilité disciplinaire, dans la mesure où elle pose pour principe que c'est à une commission mixte paritaire - composée pour moitié de membres du personnel et pour moitié de représentants de l'administration - qu'il revient d'émettre l'avis⁵².

La seconde garantie vient de ce qu'il arrive aux textes de confier la présidence du conseil à un magistrat administratif. En « première instance », la règle ne vaut que dans la

⁴⁹ CE, arrêt précité du 30 mars 1990, *DA*, 1990, n° 262 : « considérant (...) qu'aucun principe général ni aucune disposition législative n'imposent la consultation d'un organe paritaire avant l'infliction d'une sanction disciplinaire ».

⁵⁰ Qu'il lui revient en principe de saisir par un rapport exposant « clairement » les faits reprochés et les circonstances dans lesquelles ils se sont produits. V., par ex., Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*, p. 3367, art. 2 (modifié par le Décret n° 97-694 du 31 mai 1997, relatif à la déconcentration en matière disciplinaire, *JORF*, 1er juin 1997, p. 8799, art. 1).

⁵¹ L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, *op. cit.*, p. 2175, art. 19

⁵² Au sein des trois fonctions publiques, il revient à la commission administrative paritaire du corps auquel le fonctionnaire appartient de constituer le « conseil de discipline » (L. n° 84-16 du 11 janvier 1984, *op. cit.*, p. 277, art. 67 ; L. n° 84-53 du 26 janvier 1984, *op. cit.*, p. 451, art. 89 ; L. n° 86-33 du 9 janvier 1986, *op. cit.*, *JORF*, 11 janvier 1986, p. 543, art. 82).

Seuls ses membres peuvent siéger. Dans le cas où une personne étrangère à la commission siège, la procédure est viciée dès lors que cette personne a eu une influence sur le résultat final (CE, 30 mai 1994, Coulon, *RDP*, 1995, p. 1406).

fonction publique territoriale⁵³. Mais, « en appel »⁵⁴, elle profite à tous les fonctionnaires qui relèvent des statuts généraux⁵⁵.

En comparaison il est vrai, certaines catégories de fonctionnaires jouissent de garanties renforcées⁵⁶, les textes les régissant déléguant totalement le pouvoir disciplinaire à une « juridiction administrative », qui statue sous le contrôle du Conseil d'Etat, juge de cassation. Mais cette solution, qui prévaut notamment pour les magistrats ou les membres de l'enseignement supérieur, ne s'explique que par la nécessité d'assurer l'indépendance des professions en cause.

C'est pourquoi, même si on peut regretter que cette évolution ne profite pas toujours aux agents non titulaires, la juridictionnalisation de la composition des conseils de discipline doit être regardée comme une avancée importante : car en renforçant les garanties accordées aux fonctionnaires, elle permet d'accroître la protection des citoyens face à l'arbitraire du pouvoir.

⁵³ L. n° 84-53 du 26 janvier 1984, *op. cit.*, p. 444, art. 31.

⁵⁴ L'« appel » (l'expression est entre guillemet car il s'agit d'un recours devant une instance administrative) dont il s'agit doit être distingué du droit de recours gracieux et du recours hiérarchique qui interdisent à l'autorité saisie d'aggraver la sanction prononcée (CE, 19 février 1964, Plainemaison, *rec.*, p. 117 ; Sect, 16 mars 1984, Moreteau, *rec.*, p. 108).

⁵⁵ Les agents de la fonction publique d'Etat et de la fonction publique hospitalière doivent agir devant la commission de recours du Conseil supérieur de la fonction publique, respectivement d'Etat (L. n° 84-16 du 11 janvier 1984, *op. cit.*, p. 272, art. 13) et hospitalière (L. n° 86-33 du 9 janvier 1986, *op. cit.*, p. 536, art. 14), ladite commission étant présidée par un conseiller d'Etat. Quant aux fonctionnaires territoriaux, ils doivent agir devant un « conseil de discipline de recours » présidé par un magistrat du tribunal administratif (L. précitée du 26 janvier 1984, art. 90 bis, issu de la L. n° 94-1134 du 27 décembre 1994, modifiant certaines dispositions relatives à la fonction publique territoriale, *JORF*, 28 décembre 1994, p. 18531, art. 38).

⁵⁶ Par exemple, les poursuites disciplinaires contre les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, celles engagées contre les membres des chambres régionales des comptes ou contre les membres de l'enseignement supérieur ne peuvent être exercées que devant des formations spéciales. Il s'agit respectivement de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature (CE, Ass., 12 juillet 1969, *op. cit.*, p. 388 : le Conseil d'Etat estime que, dans ce cas, le Conseil supérieur de la magistrature a la qualité de juridiction de premier et dernier ressort) ; du Conseil supérieur des chambres régionales des comptes (Code des juridictions financières, art. L. 223-1 s.) ; et des sections disciplinaires des conseils d'administration des universités (Code de l'éducation, art. L. 712-4) ou du CNESER, le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (*Code de l'éducation*, art. L. 232-2).

Le Conseil d'Etat ayant confirmé que les sections disciplinaires des universités et le CNESER participaient à « l'exercice de la fonction juridictionnelle de l'Etat » (CE, Sect., 27 février 2004, Mme Popin, *GAJA*, n° 117), la question de l'application de l'article 6 § 1 de la CESDH à ces instances s'est posée. Cette question a reçu une réponse différente, selon que les organes considérés statuent à l'égard des usagers ou des membres des établissements publics d'enseignement supérieur. Les premiers n'étant pas investis de prérogatives de puissance publique et ne participant pas à la défense des intérêts généraux de l'Etat, le Conseil d'Etat impose la publicité des audiences des formations disciplinaires compétentes à leur égard, conformément à la jurisprudence européenne (CE, 3 novembre 1999, Zurmely, *RFDA*, 2000, p. 1082). A l'inverse, il considère que les dispositions de la Convention sont inapplicables aux formations disciplinaires compétentes à l'égard des enseignants-chercheurs (CE, 28 septembre 1998, Notin, *rec.*, p. 993). Sans remettre en cause cette solution, un décret de 2001 a toutefois renforcé les garanties accordées à ces fonctionnaires, en rendant en principe publiques les audiences du CNESER (Décret n° 2001-98 du 1er février 2001, modifiant le décret n° 90-1011 du 14 novembre 1990, *JORF*, 4 février 2001, p. 1929, art. 9).

Les manifestations de ce souci de protection vont cependant au-delà de cette transformation, puisqu'il a par ailleurs amené les autorités à assujettir davantage l'autorité hiérarchique aux principales règles de fond et de forme qui prévalent en matière juridictionnelle.

2. LA JURIDICTIONNALISATION DES OBLIGATIONS S'IMPOSANT AUX INSTANCES DISCIPLINAIRES

La nécessité de protéger les citoyens contre l'arbitraire de leurs représentants explique le caractère juridictionnel des règles de fond et de forme qui s'imposent à l'autorité disciplinaire lors du prononcé de la sanction.

Certes, les agents publics ne bénéficient en principe pas des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁷. Mais le droit interne leur offre d'autres garanties.

Celles-ci les préserve de l'arbitraire de l'administration en empruntant tantôt aux règles communes à l'ensemble des juridictions, tantôt à celles qui s'imposent plus spécifiquement aux tribunaux répressifs.

Les emprunts faits au droit commun de la procédure juridictionnelle obligent notamment les membres des conseils ou des juridictions de discipline à être indépendants et impartiaux⁵⁸ et à rendre leur décision, à la majorité⁵⁹, dans un délai raisonnable, sous peine de nullité⁶⁰.

⁵⁷ Cet article dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations à caractère civil, soit sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » (*JORF*, 4 mai 1974, p. 4751).

Or, la jurisprudence estime que ces dispositions ne sont pas applicables aux poursuites menées devant un conseil de discipline (CE, 21 juillet 1995, Capel, *AJDA*, 1996, p. 83), dès lors que ce dernier « ne détient aucun pouvoir de décision » (CE, 15 octobre 2003, Jean-Philippe Odent, *rec.*, p. 402). L'article 6 § 1 ne s'impose qu'aux procédures suivies devant les juridictions disciplinaires, lorsque les attributions de l'agent poursuivi « ne comportent pas de participation à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres personnes publiques » (CE, 23 février 2000, L'Hermitte, *AJDA*, 2000, p. 363).

⁵⁸ CE, 19 janvier 1951, Facchinetti, *rec.*, p. 33.

⁵⁹ V. Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*, p. 3367, art. 8 ; Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, *op. cit.*, p. 11819, art. 12 ; Décret n° 89-822 du 7 novembre 1989, *op. cit.*, p. 13961, art. 9.

⁶⁰ CE, 12 juin 1992, CPAM de Paris, *req. n° 78484*.

Les emprunts faits au droit pénal sont tout aussi protecteurs. Ils contraignent entre autres l'administration à motiver la punition⁶¹. Comme cette exigence doit permettre à l'agent poursuivi de connaître « à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée, (...) les motifs de la sanction qui le frappe »⁶², la motivation doit comporter les raisons de droit et de fait à l'origine de la décision⁶³.

Or, celles-ci permettent de vérifier si d'autres impératifs importés du droit pénal ont ou non été respectés.

Les motifs de droit permettent ainsi de s'assurer du respect de trois d'entre eux : ils mettent leurs destinataires et le juge en mesure de vérifier si l'autorité disciplinaire a respecté le principe d'ordre public⁶⁴ qui lui interdit d'infliger une sanction non prévue par un texte, conformément à l'adage *nulla poena sine lege*⁶⁵ ; si la sanction n'a point d'effet rétroactif⁶⁶ ; et si une même faute ne fait pas l'objet de deux sanctions, en violation du principe général du droit *non bis in idem* qui interdit de punir quiconque deux fois à raison des mêmes faits⁶⁷.

De façon symétrique, la transparence des motifs de fait permet de s'assurer que trois autres principes importés du droit pénal ont été respectés.

Elle donne en effet à chacun le moyen de vérifier si l'autorité disciplinaire n'a pas sanctionné un agent qui n'était mentalement pas en état de comprendre ses actes au moment de leur commission⁶⁸ ; si elle n'a pas fondé la sanction sur des faits qui ne se sont pas

⁶¹ L'autorité disciplinaire ne peut en principe aller à l'encontre de l'avis du conseil de discipline que par une décision motivée. V., Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*, p. 3367, art. 8 ; Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, *op. cit.*, p. 11819, art. 14 ; Décret n° 89-822 du 7 novembre 1989, *op. cit.*, p. 13961, art. 11.

⁶² CE, Sect., 28 mai 1965, Riffault, *rec.*, p. 315. Les motifs illégaux n'invalident pas la sanction si au moins un des motifs sur lesquels elle s'appuie pouvait légalement la justifier (CE, 21 février 1969, Kopacki, *rec.*, p. 112).

⁶³ L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, *op. cit.*, p. 2175, art. 19.

⁶⁴ CE, 24 novembre 1982, Héritiers de M. Malonda, *rec.*, p. 720 : ce moyen est d'ordre public.

⁶⁵ CE, 12 juin 1942, Belpomme, *rec.*, p. 195. En principe, les fonctionnaires sont soumis à une échelle de sanctions graduées en fonction de la gravité de leur faute qui va, dans l'ordre croissant, de l'avertissement à la révocation. Par dérogation à ce principe, il arrive que les textes désignent les comportements constitutifs de la faute disciplinaire. Il en est par exemple ainsi du statut régissant les magistrats professionnels de l'ordre judiciaire qui qualifie de fautes disciplinaires les faits suivants : les manquements aux devoirs de l'état (pour un ex., v. CE, 5 mai 1981, Bidalou, *GP*, 1981, 1er sem., p. 115) ; à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité (Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF*, 23 décembre 1958, p. 11553, art. 43) ; ainsi que la délibération politique (*Idem*, p. 11551, art. 10).

⁶⁶ CE, Sect., 27 mai 1977, Loscos, *rec.*, p. 249.

⁶⁷ CE, 23 avril 1958, Commune de Petit-Quevilly, *AJ*, 1958, jur., p. 383. Comme il s'agit d'un PGD de valeur infra législative, la loi peut y déroger. Elle l'a parfois fait. V., par ex., L. n° 84-16 du 11 janvier 1984, *op. cit.*, p. 277, art. 66 : cet article permet d'assortir certaines sanctions de la radiation d'office. V., également, Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958, *op. cit.*, p. 11553, art. 46 : ce texte permet d'assortir le retrait de certaines fonctions, l'abaissement d'échelon et la rétrogradation d'un déplacement d'office.

⁶⁸ CE, Sect., 25 février 1972, Farrugia, *rec.*, p. 167.

produits⁶⁹ ; et si les faits étaient bien de nature à justifier juridiquement une sanction, le juge exerçant un contrôle normal sur ce dernier point⁷⁰.

Grâce au cumul de ces garanties, la juridictionnalisation du contentieux disciplinaire permet de mieux protéger les agents publics et, à travers eux, les citoyens contre l'arbitraire des exécutifs locaux ou nationaux. Le progrès qui en résulte est indéniable, même s'il peut paraître perfectible à certains égards.

Il convient toutefois de ne pas pousser cette évolution trop en avant, si l'on ne veut pas remplacer l'arbitraire des gouvernants par celui de leurs subordonnés. Car l'efficacité de la procédure disciplinaire suppose une certaine souplesse que ne permettent pas forcément les mécanismes juridictionnels.

Cet état de fait explique que la juridictionnalisation du régime disciplinaire se heurte à une persistance des procédés administratifs en la matière.

II. L'ADMINISTRATIVITE PERSISTANTE DES PREROGATIVES RECONNUES A L'AUTORITE DISCIPLINAIRE

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la protection des citoyens justifie de préserver une part du pouvoir discrétionnaire des autorités disciplinaires en même temps qu'elle justifie de renforcer les garanties accordées aux préposés de l'administration en la matière. Il convient en effet d'éviter qu'une procédure trop lourde ne favorise leur arbitraire en empêchant les représentants de prendre les sanctions adaptées à leur rencontre.

Ces considérations expliquent que l'autorité disciplinaire jouisse d'un pouvoir d'appréciation tant au moment du déclenchement des poursuites (A) qu'au moment de leur exercice (B).

⁶⁹ Le juge administratif sanctionne l'inexactitude matérielle des faits dans le cas contraire (CE, 5 mai 1922, Granjux, *rec.*, p. 392).

⁷⁰ CE, Sect., 10 février 1950, Thouvenel, *rec.*, p. 94.

A. LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION EN MATIERE DE DECLENCHEMENT DES POURSUITES

La nécessité de protéger les citoyens contre l'arbitraire des préposés de l'administration explique le pouvoir reconnu à l'autorité disciplinaire de déterminer discrétionnairement les faits susceptibles de justifier les poursuites (1) et l'opportunité de les déclencher (2).

1. LA LIBRE DETERMINATION DES FAITS JUSTIFIANT LA POURSUITE

La nécessité de préserver les citoyens des abus des agents administratifs explique le pouvoir discrétionnaire dont l'autorité disciplinaire jouit dans la qualification des faits punissables.

Un tel pouvoir, qui constitue l'archétype du procédé administratif, existe lorsque l'ordonnement juridique reconnaît une certaine marge de manœuvre à l'administration⁷¹.

Or, l'état du droit lui concède une double liberté d'appréciation quant à la détermination de la faute disciplinaire.

Tout d'abord, il lui reconnaît le droit de déterminer librement quels sont les faits sanctionnables. Certes, la règle n'est pas absolue, puisque certains textes dérogatoires définissent précisément quels sont les comportements constitutifs de la faute disciplinaire⁷². Mais, sortie de ces hypothèses somme toute assez marginales, l'administration a une réelle liberté d'action en ce domaine.

Celle-ci est d'autant plus étendue que l'administration peut user comme elle l'entend des larges pouvoirs d'investigation que le droit positif lui reconnaît, que ce soit pour éclairer sa décision ou s'acquitter de son obligation d'apporter la preuve de la faute⁷³.

⁷¹ Chapus (René), *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domas », 2001, 15e éd., 1427 p., p. 1056, n° 1249 : « le pouvoir discrétionnaire (...) est (...) le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité » ; Lebreton (Gilles), *Droit administratif général*, Paris, Armand Colin, coll. « Compact », 2004, 3e éd., 508 p., p. 65, n° 48 : « le pouvoir discrétionnaire est la liberté d'action de l'administration ménagée par les règles de droit ».

⁷² On a déjà vu, par exemple, que le statut de la magistrature définissait le manquement aux devoirs d'état, à l'honneur, à la délicatesse, ou à la dignité comme des fautes disciplinaires (Ord. précitée du 22 décembre 1958, art. 43).

⁷³ CE, 8 juin 1966, Banse, *rec.*, p. 876.

Outre qu'elle est libre de diligenter ou non une enquête, elle a en effet le choix de ses modalités : non seulement rien ne lui interdit de confier l'instruction au fonctionnaire de son choix⁷⁴, mais le Conseil d'Etat reconnaît à l'autorité en charge de l'enquête le droit d'user des moyens dont elle dispose de façon discrétionnaire⁷⁵. Elle peut ainsi librement apprécier l'opportunité, par exemple, de recueillir des témoignages⁷⁶, de mener des interrogatoires ou d'opérer des confrontations, voire même, le cas échéant, de demander l'aide de la police judiciaire⁷⁷ : car il lui revient de déterminer parmi ces moyens celui ou ceux qui seront le plus à même d'apporter la preuve de la faute professionnelle de l'agent mis en cause.

Cette souplesse doit être approuvée dès lors qu'elle rend possible la sanction d'un très large éventail de comportements et qu'elle contribue, ce faisant, à protéger les citoyens de l'arbitraire des préposés administratifs.

C'est ce même objectif qui explique que l'administration puisse discrétionnairement apprécier l'opportunité des poursuites.

⁷⁴ CE, 10 juillet 1963, Hôpital-hospice Georges-Renon, *RDP*, 1964, p. 450.

⁷⁵ *Idem*, pp. 451-452.

⁷⁶ *Ibid.* : « il appartient à l'enquêteur d'apprécier, dans le cadre de [s]a mission (...), quelles sont les personnes dont l'audition (...) est nécessaire à l'accomplissement de sa mission ».

⁷⁷ Plantey (Alain), *op. cit.*, p. 458, n° 940.

2. LA LIBERTE D'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DES POURSUITES

C'est encore la nécessité de protéger les citoyens contre l'arbitraire des agents de l'administration qui explique le pouvoir reconnu à l'autorité disciplinaire de décider quand il y a lieu de mettre en œuvre la procédure. Il lui revient en effet de déterminer s'il convient de le faire et à quel moment il convient de le faire.

Son pouvoir d'apprécier librement l'opportunité des poursuites⁷⁸ lui permet à sa guise de les déclencher en mettant l'agent fautif en demeure⁷⁹, ou, à l'inverse, de classer l'affaire sans suite. Sa marge de manœuvre est particulièrement importante, puisqu'il lui revient d'apprécier les motifs qui sont susceptibles de la guider. Elle peut ainsi refuser d'agir dans un souci d'apaisement ou d'équité, pour tenir compte de la situation personnelle ou des états de service de l'agent mis en cause ou, au contraire, décider d'agir pour les mêmes raisons.

Le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration lui permet par ailleurs de mettre en œuvre les poursuites au moment qui lui semble le plus opportun. Dans la mesure où la jurisprudence considère qu'aucun délai « n'enferme »⁸⁰ la procédure et où aucun texte n'est intervenu pour organiser la prescription extinctive de l'action disciplinaire, l'autorité administrative peut en effet la mettre en œuvre à tout instant, aussitôt après la commission de la faute comme plusieurs années après sa réalisation.

Ces prérogatives permettent à l'administration de mettre bout à bout les fautes vénielles commises par les agents publics au fur et à mesure qu'elle en a connaissance pour apprécier leur comportement dans leur globalité⁸¹. C'est sans doute pourquoi le Conseil d'Etat y reste attaché⁸².

⁷⁸ CE, 31 mai 1989, Tronchet, *DA*, 1989, n° 399.

⁷⁹ CE, 3 décembre 1971, Branger, *rec.*, p. 737 : une mise en demeure adressée à l'agent mis en cause suffit à déclencher la procédure disciplinaire.

⁸⁰ CE, 18 janvier 1901, Walsin-Estherazy, *rec.*, p. 37 ; Ass., 27 mai 1955, Deleuze, *rec.*, p. 296 ; 31 mai 1989, Tronchet, *op. cit.*, n° 399. Tout au plus certains textes lui prescrivent-ils de saisir le conseil de discipline « sans délai » lorsqu'elle a décidé de suspendre le fonctionnaire (v., par ex., L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, *op. cit.*, p. 2176, art. 30). Mais le Conseil d'Etat estime que de tels délais ne sont pas prescrits à peine de nullité s'il n'en est pas expressément disposé autrement (CE, 10 juillet 1963, Hôpital-hospice Georges-Renon, *op. cit.*, p. 450).

⁸¹ CE, 25 juin 1982, D... J... A..., *DA*, 1982, n° 301, p. 4 : rien ne fait « obstacle à ce que, pour apprécier la gravité des nouvelles fautes (...) commises » par l'un de ses préposés « l'administration tînt compte de son comportement depuis plusieurs années et notamment des faits ayant donné lieu à [de] précédentes sanctions ».

⁸² V., réaffirmant le pouvoir de l'administration de choisir le moment du déclenchement des poursuites : CE, 14 juin 1991, Aliquot, *rec.*, p. 1022.

Mais ces prérogatives ne sont pas sans risque, dans la mesure où rien n'empêche actuellement l'autorité disciplinaire de s'en servir comme moyens de pression sur les agents mis en cause.

Il ne faut certes pas trop noircir le tableau car la juridictionnalisation de la matière donne aux intéressés certaines garanties contre une utilisation abusive du principe de l'imprescriptibilité des poursuites. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que plus les poursuites interviennent tardivement, plus il est difficile d'apporter la preuve de la faute et moins la sanction risque de paraître proportionnée au juge⁸³.

Mais, à partir du moment où la responsabilité disciplinaire vise à mettre les citoyens à l'abri de l'arbitraire des dépositaires du pouvoir, il paraît souhaitable d'atténuer le monopole de l'autorité disciplinaire quant au déclenchement de la procédure⁸⁴.

La loi du 3 janvier 1978, il est vrai, permet déjà au Médiateur de la République de pallier la carence des autorités en prenant l'initiative de la procédure disciplinaire⁸⁵. Mais sa saisine passe par le filtre des parlementaires⁸⁶. Or, rien ne garantit leur impartialité en la matière⁸⁷. C'est pourquoi il conviendrait d'aller plus loin, en permettant aux citoyens lésés de prendre l'initiative de la procédure, sinon directement, du moins en contestant devant le juge administratif le refus de l'autorité disciplinaire de la déclencher⁸⁸ : car cette évolution offrirait l'avantage de renforcer leur protection dans les affaires les plus graves, sans remettre en cause la liberté d'action de l'administration par ailleurs⁸⁹.

⁸³ La consécration d'un délai de prescription risquerait, en outre, d'être contreproductive dans la mesure où elle pourrait inciter les détenteurs du pouvoir disciplinaire à engager des poursuites qu'ils n'auraient pas entamé sinon.

Malgré tout, certains auteurs proposent d'aller plus loin en revenant sur l'imprescriptibilité des poursuites. V., notamment, Laurie (Frédéric), « Faut-il mettre fin à l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique ? », *AJDA*, 2002, pp. 1386-1393, sp. pp. 1390-1391 ; La faute disciplinaire..., t. 1, *op. cit.*, pp. 193-198, n° 168 s., sp. p. 196, n° 170. Pour cet auteur, il conviendrait d'interdire la mise en œuvre de l'action disciplinaire chaque fois que le délai séparant le moment des faits et le déclenchement des poursuites n'apparaît pas raisonnable. Pour « séduisante » que soit cette proposition, l'auteur concède toutefois que « la détermination de la durée du délai raisonnable pour engager des poursuites pose difficulté » (*Idem*, p. 197, n° 170).

⁸⁴ Et ainsi donné tout son sens à l'article précité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel les citoyens peuvent « demander compte à tout agent public de son administration ».

⁸⁵ L. n° 73-6 du 3 janvier 1973 modifiée, instituant un médiateur, *JORF*, 4 janvier 1973, p. 164, art. 10.

⁸⁶ *Idem*, p. 164, art. 6.

⁸⁷ D'ailleurs, de 1978 jusqu'en 2002, le médiateur n'a jamais été saisi à cette fin. En ce sens, v. Laurie (Frédéric), *op. cit.*, p. 165, n° 139.

⁸⁸ Solution proposée par Auby (Jean-Marie) et al., *op. cit.*, pp. 387-688, n° 699. Et refusée par le juge. V. CAA, Paris, 24 février 2003, M. Pasqua, *JCP-A*, 2003, n° 1325, ob. A. Taillefait. Pour une contre proposition, v. Marc (Emmanuelle), « De l'intérêt de l'exemple allemand pour réformer le régime disciplinaire de la fonction publique », *JCP-A*, 2003, n° 11, savoir, n° 1229, sp. pp. 293-295.

⁸⁹ Rien ne permettant de présager que les administrés contesteront systématiquement la décision de l'autorité disciplinaire.

Ce souci d'assurer l'efficacité de la répression explique également le caractère discrétionnaire des prérogatives dont l'administration est investie lorsqu'elle décide d'exercer les poursuites.

B. LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'AUTORITE DISCIPLINAIRE EN MATIERE D'EXERCICE DES POURSUITES

En marge des poursuites, le souci de préserver les citoyens de l'arbitraire des agents publics explique la faculté de l'autorité disciplinaire de suspendre l'agent mis en cause en attendant qu'il soit définitivement statué sur son cas⁹⁰.

Dans l'exercice même des poursuites, elle explique le caractère relatif des droits de la défense (1) et la possibilité reconnue à l'autorité disciplinaire de statuer seule (2).

1. LE CARACTERE RELATIF DE L'OBLIGATION FAITE A L'ADMINISTRATION DE RESPECTER LES DROITS DE LA DEFENSE

La volonté de prémunir les citoyens contre l'arbitraire des préposés de l'administration explique le caractère relatif de l'obligation faite à l'autorité disciplinaire de respecter les droits de la défense.

Outre qu'ils ne constituent pas un moyen d'ordre public⁹¹, ceux-ci ne s'imposent pas de façon absolue à l'autorité administrative qui peut légalement les ignorer dans certaines circonstances⁹².

Certaines de ces dérogations paraissent contestables dans la mesure où elles livrent sans véritable raison les agents publics à l'arbitraire de l'administration. Il en est ainsi du refus de la jurisprudence de reconnaître aux agents non titulaires la possibilité de faire citer

⁹⁰ Cette prérogative, qui existe même sans texte (CE, Sect., 26 juin 1959, Reinhart, *rec.*, p. 397), illustre d'autant plus la dimension administrative du contentieux disciplinaire que l'administration n'a pas à communiquer son dossier à l'agent poursuivi avant d'ordonner sa suspension et qu'elle n'a pas à la motiver (CE, 22 septembre 1993, Sergène, *rec.*, p. 851). Sans compter que la prolongation irrégulière de la suspension est sans incidence sur la régularité de la sanction (CE, 21 février 1968, Aubertin, *rec.*, p. 122).

⁹¹ CE, Ass., 23 avril 1965, Vve Ducroux, *rec.*, p. 232 : la règle de la communication préalable du dossier ne constituant pas un moyen d'ordre public, le fait de soulever sa violation « pour la première fois en appel (...) constitue une demande nouvelle (...) non recevable ».

⁹² La jurisprudence admet en effet que le pouvoir disciplinaire peut parfois s'exercer « en dehors des garanties disciplinaires » (CE, 10 mars 1972, Santamaria, *rec.*, p. 207).

des témoins à l'appui de leur défense dans le silence des textes⁹³, ce refus ne pouvant s'expliquer que par cette croyance qui veut que ces agents ne soient pas indispensables au bon fonctionnement du service public. Comme cette approche sous estime leur rôle au sein de la fonction publique, les garanties qui leur sont accordées devraient être renforcées.

En comparaison, d'autres aménagements apparaissent légitimes, dans la mesure où ils permettent de sanctionner plus rapidement les agents publics dans des situations où leur attitude risque de compromettre la continuité du service public⁹⁴ et, à travers lui, des institutions qui constituent le cadre d'expression de la volonté générale.

Les exceptions les plus importantes sont d'origine jurisprudentielle. Elles permettent à l'administration de s'affranchir du respect des droits de la défense lorsque les agents publics se rendent coupables d'abandon de poste⁹⁵ ou en cas de circonstances exceptionnelles⁹⁶. Tandis que, dans le premier cas, le juge estime que l'agent fautif a tacitement renoncé à ses droits, en « romp[ant] le lien »⁹⁷ qui l'unissait à son employeur, dans le second, il considère que l'anormalité de la situation justifie de faire prévaloir l'intérêt général des citoyens sur l'intérêt particulier des préposés administratifs. Or, chacune de ces solutions renforce le pouvoir discrétionnaire de l'administration : puisqu'elles reviennent à lui reconnaître la faculté de priver les agents publics des droits qui leur sont d'ordinaire garantis, lorsqu'elle l'estime nécessaire.

Les autres exceptions peuvent paraître plus marginales, dans la mesure où elles sont plus ciblées. Il en est ainsi des dispositions qui permettent la répression des personnels de police et des services extérieurs de l'administration pénitentiaire « en dehors des garanties disciplinaires » en cas de grève illicite et, pour les premiers, de participation à un « acte

⁹³ CE, 30 septembre 1983, *op. cit.*, p. 394.

⁹⁴ CC, Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision, *rec. CC*, p. 34, cons. n° 1 : « la continuité du service public (...) a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ».

⁹⁵ CE, 21 avril 1950, Gicquel, *rec.*, pp. 225-226.

⁹⁶ CE, 28 juin 1918, Heyriès, *rec.*, p. 651. Dans cette affaire, le juge estime qu'en raison des circonstances exceptionnelles du moment, l'administration a pu légalement méconnaître la règle de la communication préalable. Or, même si les tribunaux ne semblent pas encore avoir eu l'occasion de trancher la question, on peut estimer que cette construction jurisprudentielle permettrait à l'autorité hiérarchique de violer intégralement les droits de la défense, si une telle violation était véritablement justifiée par le caractère exceptionnel des circonstances. Car les circonstances exceptionnelles sont « les circonstances dans lesquelles la légalité normale devient tellement inadaptée qu'il faut lui substituer provisoirement une légalité d'exception » (Lebreton (Gilles), *op. cit.*, p. 72, n° 55).

⁹⁷ CE, 21 avril 1950, *op. cit.*, p. 226.

collectif d'indiscipline caractérisé »⁹⁸. Mais elles n'en illustrent pas moins la liberté d'action reconnue à l'administration en la matière.

Même si elles peuvent paraître sévères, ces solutions semblent justifiées dans leur principe, dans la mesure où elles permettent de « pourvoir aux nécessités du moment »⁹⁹ pour protéger les citoyens contre l'arbitraire des agents publics.

Ce sont des considérations du même ordre qui expliquent la possibilité parfois reconnue à l'autorité hiérarchique de statuer seule.

2. LA POSSIBILITE DE L'AUTORITE DISCIPLINAIRE DE STATUER SEULE

La nécessité de préserver les citoyens contre l'arbitraire des préposés administratifs explique que l'autorité disciplinaire ait en principe la faculté de déterminer elle-même la sanction à infliger.

Elle peut en effet se passer des conseils de discipline dans de nombreuses hypothèses.

D'une façon générale, la loi lui permet de sanctionner les agents publics grévistes « sans autre formalité que la communication du dossier », lorsqu'ils n'ont pas donné de préavis et que la sanction prévue ne consiste pas en leur « révocation » ou en leur « rétrogradation »¹⁰⁰.

Mais, sortie de cette hypothèse, l'administration jouit encore d'une certaine liberté d'action, même si celle-ci est plus ou moins étendue selon que l'agent public est ou non titulaire.

C'est à l'égard des agents publics non titulaires que sa marge de manœuvre est la plus importante, puisque la jurisprudence estime qu'elle n'est pas tenue de consulter un conseil de discipline dans le silence des textes¹⁰¹.

Mais ce même phénomène se retrouve à l'égard des personnels titulaires de la fonction publique.

⁹⁸ V. L. n° 48-1504 du 28 septembre 1948, relative au statut spécial des personnels de police, *JORF*, 29 septembre 1948, p. 9582, art. 2 ; al. 2 ; Ord. n°58-696 du 6 août 1958, relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, *JORF*, 7 août 1958, p. 7423, art. 3.

⁹⁹ CE, 4 juin 1947, entreprise Chemin, *rec.*, p. 246.

¹⁰⁰ L. n° 63-777 du 31 juillet 1963, relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *JORF*, 2 août 1963, n° 71, p. 7156, art. 5. Cette disposition a été codifiée à l'article L. 521-5 du Code du travail. V. CE, 7 juillet 1999, Mme Persanie, req. n° 191543.

¹⁰¹ CE, 3 juillet 1981, Jacquens, *rec.*, p. 295.

D'abord, parce que le droit positif lui reconnaît parfois le droit de prendre seule les sanctions. Non seulement les statuts généraux dispensent l'administration de saisir le conseil de discipline lorsqu'elle entend infliger l'une des punitions les moins graves¹⁰², mais la jurisprudence lui confère le droit de décider seule lorsque le conseil n'a pas statué dans le délai qui lui était imparti, bien qu'il ait été mis en demeure de le faire¹⁰³.

Ensuite, et surtout, parce que les statuts généraux lui reconnaissent généralement le droit de passer outre l'avis du conseil. Comme ce dernier ne la lie en principe pas¹⁰⁴, l'autorité disciplinaire a en effet toujours la possibilité d'infliger au fonctionnaire une sanction différente de celle qui lui était proposée, qu'elle soit moins sévère ou non¹⁰⁵.

Ce pouvoir discrétionnaire est d'autant plus important que l'opportunité de sa décision échappe dans une large mesure au contrôle du juge. Jusqu'en 1978, la liberté d'action de l'administration ne connaissait aucune limite, puisque le Conseil d'Etat refusait de contrôler l'adéquation de la sanction et de la faute¹⁰⁶. Depuis cette date il est vrai, il accepte de le faire. Mais son contrôle laisse une grande marge de manœuvre à l'autorité hiérarchique, dès lors que le choix de la punition n'est soumis qu'à un contrôle minimum, limité à l'erreur manifeste d'appréciation¹⁰⁷.

¹⁰² Au sein de la fonction publique d'Etat et de la fonction publique hospitalière, l'avertissement et le blâme peuvent être directement pris par l'autorité hiérarchique, la fonction publique territoriale ajoutant l'exclusion des fonctions pour cinq jours au plus à cette liste (V. L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, *op. cit.*, p. 2175, art. 19 ; L. n° 84-16 du 11 janvier 1984, *op. cit.*, p. 277, art. 66 ; L. n° 84-53 du 26 janvier 1984, *op. cit.*, p. 451, art. 89 ; L. n° 86-33 du 9 janvier 1986, *op. cit.*, p. 543, art. 81).

¹⁰³ CE, 29 juillet 1994, Coquin, *rec.*, p. 1014. Elle doit néanmoins respecter les droits de la défense du fonctionnaire mis en cause (CAA, Bordeaux, 2 mars 2004, Commune de Villedieu-sur-Indre, *req. n° 00BX00285*).

¹⁰⁴ CE, 15 octobre 2003, *op. cit.*, p. 402 : « lorsqu'elle siège en conseil de discipline » et tant qu'un texte n'en dispose pas expressément autrement, « la commission administrative paritaire (...) ne détient aucun pouvoir de décision et a pour seule attribution d'émettre, à l'intention de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, un avis sur le principe du prononcé d'une sanction et, le cas échéant, sur le quantum de celle-ci ».

¹⁰⁵ Certains textes interdisent toutefois à l'autorité disciplinaire de prendre une sanction plus sévère que celle qui lui est proposée par la commission des recours devant qui la sanction initialement infligée peut être contestée. V., par ex., L. précitée n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 91 (dans sa rédaction issue de la L. n° 87-529 du 13 juillet 1987, modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale, *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7923, art. 37) ; Décret n° 88-981 du 13 octobre 1988, relatif au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, *JORF*, 15 octobre 1988, p. 13030, art. 26. Rien n'interdit toutefois à l'autorité disciplinaire de contester l'avis de l'instance d'appel devant le juge administratif, notamment lorsqu'elle commet « une erreur manifeste dans l'appréciation qu'il lui appartient de porter sur la gravité de la faute commise et de la nature de la sanction » (CE, Sect., 29 avril 1987, Ville de Grenoble, *AJDA*, 1987, p. 682).

¹⁰⁶ CE, 12 octobre 1956, Coquand, *rec.*, p. 362 : la « faute » de la requérante était « de nature à justifier légalement l'application d'une sanction disciplinaire » ; 22 novembre 1967, Dlle Chevreau, *Dr. ouvrier*, 1968, p. 113 : les fautes étaient « de nature à justifier légalement l'application d'une sanction disciplinaire dont il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la gravité ».

¹⁰⁷ CE, Sect., 9 juin 1978, *op. cit.*, p. 245. Le juge administratif se refuse en effet « de se substituer à l'administration et de prononcer des sanctions disciplinaires » (CE, 13 mars 2006, Maison de retraite de Gerbeville, *req. n° 279027*).

Il est par ailleurs intéressant de relever que le Conseil d'Etat dénie aux victimes des agents fautifs le droit de contester le choix de la sanction disciplinaire (CE, 17 mai 2006, Marc B., *rec.*, p. 258).

* *
*
*

Alors faut-il totalement juridictionnaliser la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires ?

La réponse apparaît négative, tant il semble nécessaire de préserver sa spécificité par rapport aux responsabilités administrative, civile et pénale.

L'un des intérêts majeurs de la responsabilité disciplinaire étant de permettre la sanction des comportements que ces autres formes de responsabilité ne peuvent appréhender, il convient en effet de préserver son autonomie.

Cela ne veut toutefois pas dire qu'aucune réforme ne soit envisageable en la matière. Simplement, celles qui sont projetées doivent être mesurées de façon à ne pas bouleverser l'équilibre entre les formes juridictionnelles et administratives sur lequel le contentieux disciplinaire repose.

Certaines évolutions sont d'ailleurs attendues. Il apparaît notamment souhaitable d'ouvrir plus largement la possibilité de déclencher les poursuites aux administrés lésés et d'aligner, dans la mesure du possible, le régime disciplinaire des agents non titulaires sur celui des agents titulaires, de façon à pouvoir faire bénéficier les premiers des garanties que la juridictionnalisation du contentieux a permis aux derniers d'obtenir. Si tant est que ce phénomène ait pour objectif de prévenir l'arbitraire des exécutifs locaux et nationaux en effet, il convient de limiter les moyens de pression qu'ils peuvent exercer sur leurs subordonnés, quelle que soit la nature du lien qui les unit à l'administration.

Pour autant, il ne faut pas totalement juridictionnaliser ce contentieux, sous peine de décourager les détenteurs du pouvoir hiérarchique d'y recourir. Une fois quittés les bancs de leurs écoles de formation, les agents publics ne se montrent en effet pas tous à la hauteur de leur tâche. Or, si nombre de chefs de services ne cessent de se plaindre du comportement de collaborateurs qu'ils n'ont souvent pas choisis, beaucoup d'entre eux dénoncent le caractère dissuasif d'une procédure qu'ils jugent déjà trop lourde.

De ce point de vue, il convient d'être vigilant sur les futures évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Car même si l'interprétation téléologique de ce texte a permis de renforcer le droit des justiciables ordinaires à un procès

équitable, même si le progrès qui en résulte est indéniable, sa transposition pure et simple aux contentieux disciplinaire de la fonction publique pourrait être nuisible à l'équilibre que requiert sa spécificité.

Le danger est bien réel puisque l'inapplicabilité de la convention au contentieux disciplinaire¹⁰⁸ a été partiellement remise en cause¹⁰⁹. Or, il convient d'éviter que cette « conventionnalisation rampante » ne serve de cheval de Troyes à une totale soumission du régime disciplinaire au droit européen.

Certes, pour l'instant, la CEDH écarte du champ d'application de l'article 6 § 1 les litiges intéressant les fonctionnaires « dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques »¹¹⁰.

Mais cette solution pose la délicate question des différences de traitement entre ces fonctionnaires et les autres. La particularité de leur situation justifie-t-elle véritablement qu'ils soient soumis à des règles moins favorables ? Tant qu'on répondra oui, la spécificité de la responsabilité disciplinaire sera préservée. Mais déjà l'envie de nuancer la réponse se fait sentir...

Pour lui résister, il convient de garder à l'esprit que la garantie des droits des agents publics ne doit pas l'emporter sur la nécessité de protéger les citoyens contre leur arbitraire.

Au Havre, le 25 janvier 2007

¹⁰⁸ CE, Ass., 1er mars 1991, *Le Cun*, *rec.*, p. 70.

¹⁰⁹ Sur cette question, v. *Aubin* (Emmanuel), « L'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit disciplinaire », *AJFP*, 2000, p. 4.

¹¹⁰ CEDH, 17 mars 1997, *Neigel c/ France*, *rec. CEDH*, 1997-II, p. 399 ; 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, n° 28541/95, *rec. CEDH*, 1999-VIII, p. 251. V. également *Flauss* (Jean-François), « Actualité de la CEDH (novembre 1998 – avril 2000) », *AJDA*, 2000, p. 530.