



HAL
open science

La protection de l'agent public malade : pratiques de l'État employeur au XIXe siècle

Tiphaine Le Yoncourt

► **To cite this version:**

Tiphaine Le Yoncourt. La protection de l'agent public malade : pratiques de l'État employeur au XIXe siècle. Philippe Batifoulier; Marion Del Sol. Plus d'assurance santé pour moins de protection ? Le patient face au marché, IODE (UMR CNRS 6262), pp.125-137, 2022, Collection Amplitude du droit, 978-2-9581843-1-5. hal-03781563

HAL Id: hal-03781563

<https://hal.science/hal-03781563>

Submitted on 20 Sep 2022

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Chapitre 9. La protection de l'agent public malade : pratiques de l'État employeur au XIX^e siècle

Tiphaine LE YONCOURT

Université de Rennes 1, Institut de l'Ouest : Droit et Europe
(IODE – UMR CNRS 6262)

Au XIX^e siècle, la maladie ou la blessure sont de lourdes menaces pour le salarié du secteur privé. Pour celui qui est lié à son employeur par un contrat de location de main-d'œuvre, être contraint de cesser de travailler pour cause de santé défailante est au minimum synonyme d'une perte de salaire proportionnelle à la durée de l'absence, mais cela peut surtout conduire à la rupture du contrat à plus ou moins brève échéance. Sauf à avoir su et pu anticiper une telle situation et s'être protégé lui-même en épargnant ou en adhérant à une société de secours mutuel (voir chapitre 1), le salarié malade dépend alors de la charité privée (notamment celle de son employeur), des hôpitaux et bureaux de bienfaisance communaux.

La situation de l'agent public est un peu différente. En effet, depuis le début du XIX^e siècle, les administrations françaises protègent leurs agents malades, notamment en les maintenant dans leurs fonctions en dépit de leurs absences et en continuant de leur verser des traitements pendant leurs périodes de maladie.

L'existence de pensions de retraite au profit des agents publics civils et militaires est ancienne et bien connue. Au XIX^e siècle, à l'issue de débats théoriques et financiers longuement étudiés par Guy Thuillier (1996), la loi fait évoluer à plusieurs reprises le calcul des pensions de retraites civiles et militaires ainsi que les modalités de leur financement. Appuyée sur une longue tradition et objet d'une réflexion régulièrement renouvelée, cette protection vieillesse des agents publics apparaît d'ailleurs comme la première et la principale caractéristique de leur régime juridique. C'est beaucoup moins le cas des mécanismes juridiques et financiers organisant des formes de protection au profit des agents publics malades, alors même qu'au XIX^e siècle ces dispositifs n'existent qu'au sein des administrations et qu'ils reflètent eux aussi la nature spécifique du rapport entre l'agent public et l'État.

Il est vrai que, contrairement au régime des retraites, la protection des agents publics malades n'occupe pas le débat public et ne retient pas l'attention du législateur. De façon symptomatique, au moment d'aborder les autorisations d'absences des fonctionnaires civils dans l'ouvrage qu'il consacre aux matières d'administration au début de la monarchie de Juillet, l'avocat Bouchéné-Lefer estime nécessaire de préciser en note :

« Les règles qui suivent, quant aux fonctionnaires civils, ne doivent guère être considérées que comme des exemples. Nous ferons connaître, à l'occasion de chaque classe de fonctionnaires, une foule d'autres dispositions particulières. Mais, du petit nombre de celles que nous rapportons ici, l'on pourra déduire, non sans quelque précaution, des règles générales, lesquelles ne sont écrites nulle part. » (tome 2, 1835, p. 35-36)

On ne saurait sans doute mieux dire : en cette matière il n'existe alors aucun principe global et surtout aucun souci de l'administration d'en établir ou de la doctrine d'en découvrir. Si l'on excepte les quelques tentatives comme celle de Bouchené-Lefer qui ne va pas au-delà d'un recensement des pratiques, la façon dont les administrations se comportent à l'égard de leurs agents malades est largement absente des réflexions des juristes de droit public du XIX^e siècle. Pourtant, l'examen des rares lois, des quelques décrets, des règlements et arrêtés plus nombreux et surtout des multiples circulaires, instructions et lettres produites par les ministères à ce sujet permet de révéler l'ancienneté et la permanence des pratiques de protection des agents malades dans l'administration française.

Alors que les premières formes de protection santé des salariés n'apparaissent qu'à l'extrême fin du XIX^e et surtout dans la première partie du XX^e siècle, il est acquis dès le début du XIX^e siècle que l'agent public malade peut cesser d'exercer ses fonctions sans encourir de sanction et qu'il continue de percevoir son traitement pendant ce temps d'inactivité pour raison de santé. Mais il est remarquable que la comparaison entre la situation des agents publics et celle des employés du privé, systématique au XX^e siècle, soit absente des rares développements que la doctrine juridique du XIX^e consacre à ce sujet. Il faut attendre l'extrême fin du siècle et surtout le début du suivant pour que les différences en matière de protection santé dans les secteurs public et privé ne deviennent un argument dans les débats juridiques, politiques et parlementaires autour de ces questions. Même alors, il ne s'agit pas de comparer la situation des fonctionnaires d'État et celle des salariés du secteur privé. Il s'agit de souligner, pour s'en réjouir ou s'en indigner, que les ouvriers travaillant dans les établissements de l'État ou dans des entreprises en contrat avec l'État et devant respecter un cahier des charges imposé par l'État bénéficient de dispositifs de protection santé inconnus des autres ouvriers.

L'idée qui semble dominer la doctrine du XIX^e siècle est que les agents publics sont dans un rapport avec l'État d'une nature si fondamentalement différente de celui qu'entretiennent les salariés du secteur privé avec leur employeur que la comparaison de leurs régimes juridiques respectifs n'a pas de sens. En effet, même si la doctrine publiciste du XIX^e siècle développe une conception contractuelle du rapport entre l'État et ses agents, ce contrat-là n'est en aucun cas similaire ou même proche du louage de service, de compétences ou d'industrie. L'engagement que prend l'agent public à l'égard de l'État en entrant dans une administration est pour toute sa vie, d'où le système des retraites notamment pensé pour récompenser cet engagement et inciter à le maintenir jusqu'au bout. Mais l'ampleur de l'implication de l'agent public ne se mesure pas seulement par sa durée, elle est également remarquable dans son contenu (Bigot, 2014, p. 306-313). En intégrant une administration au XIX^e siècle, l'agent public doit se mettre entièrement à son service et se placer sous son contrôle dans tous les aspects de sa vie, bien au-delà du seul

exercice des fonctions qui lui sont confiées. « Le travail administratif est pensé comme un sacerdoce laïc », écrit Jacques Caillosse (2019) en écho à Pierre Legendre pour caractériser le vieil imaginaire de l'État dont le droit français de la fonction publique reste pour partie héritier.

Conformément à cette logique cléricale, être un agent public civil au XIX^e siècle signifie une forme de sacrifice personnel à l'État, incomparable à ce qu'un employeur privé peut exiger de son salarié. Cela se concrétise notamment par l'obligation de résidence de l'agent public dont on verra qu'elle conditionne en grande partie sa protection santé. Le fonctionnaire civil n'engage pas son intégrité physique et sa vie comme un militaire, mais les deux démarches relèvent malgré tout de la même logique et impliquent l'une et l'autre de la part de l'État des contreparties que l'on n'attend pas d'un employeur privé. Cela explique pourquoi au XIX^e le régime juridique des fonctionnaires civils reproduit si souvent celui de l'armée (Taillefait, 2018, p. 4); c'est le cas en matière de retraites mais aussi de protection santé. Être agent public au XIX^e siècle signifie également être placé dans une situation de stricte et permanente subordination à l'égard de l'État. À cet égard aussi, le contrat qui lie l'agent public et l'État n'obéit pas à la logique réciproque et équilibrée du contrat de louage d'ouvrage. Au tournant des XIX^e et XX^e siècles, le contrat de travail sera caractérisé par la subordination juridique de l'employé à l'égard de son employeur. Ce critère de la dépendance permet l'application des lois de protection sociale aux travailleurs salariés au nom du principe qui veut que la subordination de l'employé entraîne sa protection par l'employeur (Hordern, 2003). Or cette subordination est induite depuis toujours dans le rapport qu'entretiennent l'agent public et l'État. Il faut donc replacer les mécanismes de protection des agents publics malades au XIX^e dans ce rapport par nature déséquilibré qu'ils entretiennent avec leur employeur et envisager qu'en la matière, la protection santé des salariés du privé du XX^e siècle emprunte peut-être certaines logiques à celle des agents publics du XIX^e siècle.

Il reste que les dispositifs de protection santé au bénéfice des agents publics du XIX^e siècle ne sont légitimes, dans leur existence et dans leurs formes, que tant qu'ils sont dans l'intérêt de l'administration. Après avoir consacré de longues pages aux devoirs du fonctionnaire dans ses célèbres *Études administratives*, Auguste Vivien l'écrivait clairement :

« Si l'on donne le nom de droits à des prérogatives qui pourraient s'exercer aux dépens de l'intérêt public, les fonctionnaires n'en ont point; mais si l'on appelle ainsi des avantages destinés à profiter directement ou indirectement à l'État en même temps qu'à ceux qui le servent, on peut dire en effet que les fonctionnaires ont des droits. » (1845)

Comme le suggère la formule floue de Vivien, il est difficile de véritablement parler de « droit » aux congés pour raison de santé, de « droit » au maintien du traitement pour les agents publics absents pour cause de maladie. Ces pratiques n'existent en effet pour l'essentiel que dans l'espace juridiquement incertain des lettres et instructions qui circulent dans les services.

Reste que, même à l'état de pratiques, les dispositifs de protection à destination des agents publics malades transparaissent de ces textes qui s'emploient à organiser la bienveillance financière de l'administration à l'égard de ceux qui la servent (2), sans pour autant limiter le pouvoir discrétionnaire qu'elle doit continuer d'exercer sur eux (1).

1. Les congés et absences pour raison de santé : le pouvoir discrétionnaire de l'administration face à la maladie de ses agents

Dès le XVIII^e siècle et la mise en place de la « monarchie administrative », le pouvoir royal veut interdire à ses agents de s'absenter de leur poste. La révolution puis les administrations de tous les régimes du XIX^e siècle reprendront cette affirmation, pourtant parfaitement illusoire en pratique, que les agents publics occupent leur poste en permanence. La réalité du fonctionnement des administrations, telle qu'elle ressort des textes, est que les différents ministères interdisent à leurs agents de quitter leur poste sans y avoir été autorisés avant par leur hiérarchie. Plus précisément encore, à lire les textes internes aux administrations, il apparaît que ce qui est interdit ou ce qui n'est possible qu'avec autorisation préalable de sa hiérarchie, c'est de quitter le lieu d'exercice de ses fonctions, comme le dit expressément le ministre de l'Intérieur aux préfets dans une instruction de décembre 1824 : « Nul ne [peut] s'éloigner de son poste sans un congé délivré par écrit » (*Circ. min. Int.*, T. 5, p. 336). C'est ainsi que la possibilité pour les agents publics d'obtenir des congés, entendus comme une autorisation de rompre leur obligation de résidence, apparaît en creux dans les innombrables textes qui leur interdisent de s'éloigner sans.

Par définition, l'attribution d'un congé est à la discrétion de la hiérarchie administrative puisque la présence est la règle et l'absence l'exception. Les nombreux règlements, circulaires ou instructions concernant les congés se gardent d'ailleurs bien de définir clairement les « motifs légitimes et justifiés », « sérieux », « graves » ou les « circonstances vraiment impérieuses » qui pourraient les justifier. Les termes sont suffisamment imprécis pour laisser une complète marge d'appréciation à l'administration et ils sont suffisamment restrictifs pour que le congé reste rare. Il y a toutefois une exception à ce flou dans les motifs susceptibles d'autoriser le départ d'un agent public de son lieu de résidence : les raisons de santé¹.

1.1. La maladie, premier ou seul motif pouvant légitimer un « congé »

Le phénomène est ancien puisque l'édit sur les eaux et forêts de 1669 disposait déjà que les sergents ne pourront s'éloigner de leur lieu de garde « que pour cause de maladie ou autre excuse légitime après avoir eu la permission » (Isambert, T. 18, p. 219). Tout au long du XIX^e siècle, les textes administratifs reprennent tous, presque mot pour mot, cette formulation qui fait expressément de la maladie une cause légitime de congé.

La demande de congé d'un agent public malade semble donc objectivement fondée et, en ce sens, ce type de congé est d'une nature différente des autres. En effet, une instruction de l'administration des domaines de juillet 1854 l'indique clairement : « La concession d'un congé [...] constitue dans les mains de l'administration une récompense pour les employés consciencieux, de même

1. Plus exactement il y en a deux puisque les textes précisent que sont aussi légitimes les absences et les demandes de congé « pour l'accomplissement d'un des devoirs imposés par la loi ».

que le refus de congé est un moyen de répression à l'égard de ceux qui négligent leurs devoirs » (*Instr. Enreg.*, T. 3, p. 1), sauf lorsque la délivrance de ce congé est « forcée par les circonstances », c'est-à-dire liée à des impératifs de santé. Dans ce cas, la décision de la hiérarchie perd son caractère disciplinaire pour être appuyée avant tout sur des critères médicaux. Dès le début du siècle, les instructions administratives précisent d'ailleurs que « les demandes de congé faites pour cause de maladie ne seront accueillies que sur des certificats légalisés de médecins ou chirurgiens en titre » (*Instr. Enreg.*, T. 2, p. 193). Il faut toutefois préciser que les médecins pouvant délivrer ces certificats ne sont pas au choix de l'agent mais de l'administration, qui peut aussi imposer une ou des visites de contrôle par les médecins de son choix pendant la durée du congé. Il faut surtout garder à l'esprit que, si le certificat médical est obligatoire à la demande de congé, il ne lie absolument pas l'administration. Les différents ministères imposent ensuite que ces demandes suivent la voie hiérarchique comme c'est le cas aux Ponts et Chaussées, dont le directeur général précise en novembre 1822 aux préfets qu'elles « devront toujours me parvenir par votre intermédiaire afin que vous puissiez en apprécier les motifs et me donner votre avis » (*Circ. min. Int.*, T. 5, p. 75). À la toute fin du siècle, le ministre de l'Instruction publique écrit toujours aux inspecteurs d'académie : « Vous n'êtes pas tenus d'accueillir *de plano* toute demande d'interruption de service par le fait seul qu'elle est basée sur la maladie et même qu'elle est appuyée d'un certificat de médecin. Il faut encore que la demande vous paraisse fondée » (*Instr. Prima.*, T. 6, p. 603). L'administration évalue donc librement l'opportunité d'accorder ou pas un congé pour raison de santé, en fixe elle-même la durée et décide discrétionnairement des conditions de reprise d'activité de l'agent.

La nature purement discrétionnaire de ces décisions est confirmée par le Conseil d'État qui refuse qu'elles soient contestées devant lui. En 1835, il est par exemple saisi par un fonctionnaire qui n'a pas repris ses fonctions à l'expiration d'un congé obtenu pour raison de santé parce qu'il a estimé que sa demande de prolongation lui était due puisqu'il était toujours malade. Mais sa hiérarchie l'a considéré comme démissionnaire et l'a remplacé. Pour écarter la requête du fonctionnaire, le Conseil d'État (CE) se borne à constater qu'il a bien été absent sans congé, ce qui emporte démission, et se refuse à examiner au fond la décision ministérielle de refus de congé en soulignant que « le ministre seul était juge des motifs qui auraient pu donner lieu à accorder une prolongation de congé » (CE, 16 décembre 1835, Barrière de la Benne, *Rec.*, p. 680). Près de cinquante ans plus tard, le Conseil d'État est saisi par un agent des douanes mis à la retraite d'office par sa hiérarchie au motif qu'il ne peut plus exercer ses fonctions. Pour contester cette décision, il avance qu'aucun certificat médical n'a établi l'invalidité qu'évoque l'administration pour la justifier. Le Conseil d'État affirme alors que cette décision ministérielle « constitue un acte d'administration qui n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'État » (CE, 9 juin 1882, Du Bois de Romand, *Rec.* p. 555).

Les procédures destinées à éclairer les décisions administratives en matière de congé pour raison de santé visent notamment à vérifier que la demande faite par l'agent de s'éloigner du domicile pour recevoir des soins est bien justifiée. Le congé autorise en effet l'agent à rompre son obligation de résidence et c'est parce que les administrations de la première moitié du XIX^e sont tout particulièrement attachées à cette obligation que les congés doivent être très rares. En décembre 1824, le ministère de l'Intérieur évoque parmi les rares motifs qui peuvent justifier l'obtention de congé par les préfets, sous-préfets et secrétaires généraux de préfecture « des raisons

de santé qui obligeraient à des soins que le fonctionnaire ne pourrait point recevoir dans le lieu de sa résidence » (*Circ. min. Int.*, T. 5, p. 336); il convient donc de vérifier que le déplacement n'a pas d'autre justification que ces soins. Les administrations obligent également leurs agents en congé pour raison de santé à les tenir informées du jour de leur départ et du lieu où ils vont se faire soigner. Dans ces conditions, accorder un congé à un agent public malade afin qu'il puisse se soigner, c'est le maintenir sous l'autorité de sa hiérarchie d'une autre manière.

1.2. Cesser d'exercer ses fonctions sans sanction : « l'absence » pour cause de maladie

Les règlements administratifs prévoient également dès le début du siècle que « l'employé qui se trouverait trop indisposé pour pouvoir continuer son service jusqu'à l'arrivée d'un congé ne serait pas répréhensible d'avoir cessé ses fonctions avant d'y être autorisé » (*Instr. Enreg.*, T. 2, p. 193). Le principe veut qu'un agent public absent sans autorisation préalable est réputé démissionnaire ou passible de révocation. Même si cette punition radicale est assez rarement appliquée, les agents qui se sont absentés sans autorisation ou qui ne sont pas rentrés à l'expiration de leur congé sont effectivement sanctionnés, mais financièrement. Au fil du XIX^e siècle, les pratiques des différents ministères s'uniformisent en la matière : lorsqu'ils ne sont pas remplacés, ces agents fautifs subissent une retenue de traitement correspondant au double de la période d'absence non autorisée. Mais ce n'est pas le cas lorsque cette absence est due à une maladie.

Évoquer ces cessations de fonction pour raison de santé dans les textes administratifs, même si c'est avant tout pour les encadrer, c'est reconnaître qu'un agent malade peut être absent de son poste sans autorisation de sa hiérarchie, voire qu'il en a le « droit ». Ce principe est même expressément posé le 26 juin 1829 au sein de l'administration de l'enregistrement dans une instruction qui affirme « qu'en cas de maladie l'interruption des fonctions est de droit et n'a pas besoin d'être autorisée » (*Instr. Enreg.*, T. 28, p. 120). Toujours selon ce texte, cette disposition est reprise de textes antérieurs et le « droit » à l'absence pour raison de santé sans autorisation préalable existerait donc depuis le Consulat. Le conditionnel reste de rigueur car la formule n'est utilisée que dans une seule instruction interne à une direction générale spécifique et ne se retrouve pas ailleurs. Le *Recueil Lebou* ne compte pas de décision du Conseil d'État annulant une sanction contre un agent qui aurait cessé ses fonctions sans autorisation pour cause de maladie. La doctrine ne s'en fait pas l'écho non plus. Difficile donc de parler d'un véritable « droit » à l'interruption des fonctions pour raison de santé pour qualifier ce qui ne relève que de la pratique administrative. Mais il semble bien que la réalité du fonctionnement des services est celle-ci : lorsqu'un agent est malade, il ne travaille pas et n'encourt pour cela aucune sanction disciplinaire.

Les satiristes ne vont pas manquer de s'emparer de cette particularité administrative et faire de cette disposition favorable aux agents publics malades l'instrument de leur légendaire fainéantise. Dans *Les gens de bureau* (1862), le commis Basquin explique ainsi à son jeune collègue : « Quand j'arrive en retard, je vais droit au café ; là j'écris que je suis malade [...] de deux choses l'une : ou vous êtes excusé, ou vous ne l'êtes pas. [...] La maladie a réponse à tout. » Quoi qu'il en soit des exagérations de la caricature, les instructions administratives révèlent quant à elles la construction

progressive d'une procédure permettant à l'administration de vérifier la réalité de la maladie avancée par un agent pour justifier son absence. Les textes de l'époque consulaire se contentent d'exiger de l'employé malade qu'il prévienne sa hiérarchie pour qu'elle puisse organiser son remplacement, mais cette obligation d'information se double rapidement de celle de produire un certificat médical qui sera complété, comme l'exige une instruction générale du 8 juin 1833 au sein du ministère des Finances, par « des renseignements exacts sur la réalité, la nature et la gravité de la maladie » (*Instr. Enreg.*, T. 32 p. 81) fournis par les supérieurs des agents absents, ce qui rapproche la procédure d'une demande de congé pour raison de santé. Si « droit » il y a, il est donc conditionné à l'obtention du certificat médical et à sa vérification par la hiérarchie administrative. Mais, à la différence des demandes de congé, le contrôle s'opère ici *a posteriori*, ce qui place fonctionnaires et administrations dans une situation spécifique. Ces absences-là sont en effet subies à la fois par l'agent et sa hiérarchie puisqu'elles ne se prêtent pas aux enquêtes administratives et aux vérifications *a priori* à l'occasion desquelles le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut s'exercer.

Les administrations s'emploient donc à limiter la durée de ces périodes de cessation de fonctions non autorisées. Toutefois, les recommandations en la matière restent souvent imprécises, comme c'est le cas à la direction de l'enregistrement où les chefs des agents absents pour cause de maladie doivent « veiller à ce que l'interruption de service ne se prolonge pas abusivement au-delà du temps nécessaire pour le traitement de la maladie » (*Instr. Enreg.*, T. 32 p. 81), ce flou cachant mal le caractère très variable des pratiques de chaque service. Le point le plus important à vérifier pour les chefs de service et que l'on retrouve cette fois-ci rappelé par toutes les administrations, c'est que ces agents ayant cessé d'exercer leurs fonctions pour cause de maladie mais sans congé restent bien à leur domicile et ne rompent pas leur obligation de résidence. Le fait que l'agent malade soit à son domicile apparaît même comme la caractéristique essentielle de ce type d'absences, régulières alors qu'elles n'ont pas été autorisées *a priori*. À la fin du siècle, le ministère de la Justice précise toujours que « le magistrat malade à sa résidence, bien qu'il soit dans l'impossibilité de siéger, n'a pas besoin, pour régulariser sa situation, d'obtenir un congé. Les congés ne sont nécessaires que pour quitter régulièrement la résidence » (*Bull. min. Just.*, 1878, p. 123).

Cette distinction entre la cessation de fonctions pour cause de maladie que l'on a appelée absence par commodité et le « congé » accordé pour raison de santé compris comme une autorisation préalable à rompre son obligation de résidence pour se faire soigner se retrouve aussi au cœur des conditions posées par les administrations du premier XIX^e au maintien du traitement de l'agent malade.

2. Le maintien du traitement pendant les périodes de maladie : une bienveillance administrative aléatoire et conditionnée

Que les agents publics en situation d'absence régulière ou en congé ne perçoivent pas leur traitement n'est pas une sanction puisque, par définition, il n'y a pas faute : ce congé a été accordé, cette absence est considérée comme régulière par la hiérarchie administrative. Ne pas rémunérer

ces agents publics c'est appliquer un principe simple, exprimé ainsi dans une circulaire de 1808 : « Les traitements dont jouissent les fonctionnaires publics et les préposés des administrations, sont le prix du travail. En règle commune, ils doivent cesser quand le service cesse » (*Instr. Enreg.*, T. 7, p. 363). Cette façon de concevoir le traitement comme la contrepartie de l'exercice des fonctions reflète une conception contractuelle du rapport que les agents publics entretiennent avec leur employeur. Les inflexions à ce principe, notamment en cas de maladie, révèlent quant à elles particulièrement bien la nature spécifique de ce « contrat » entre agents publics et État par comparaison à celui qui lie les salariés du privé à leurs employeurs.

Avant d'évoquer la situation financière des agents publics malades, il faut d'abord souligner que le principe général de suspension de toute forme de traitement pendant les congés des agents publics n'est maintenu que peu de temps. La mesure était censée dissuader les fonctionnaires de demander des congés, mais les administrations constatent rapidement que le système est contre-productif. Plutôt que de voir leur traitement suspendu pendant la durée de leur congé, les agents publics semblent préférer ne pas en demander, continuer de percevoir leur traitement et s'absenter sans autorisation, quitte à courir le risque de la sanction. À partir des années 1820, les administrations françaises changent progressivement de logique et tentent d'inciter les agents publics à se conformer aux règles en matière de congé en améliorant la situation de ceux qui le font. Concrètement, cela signifie que les agents en congé ne voient plus leur traitement entier supprimé mais réduit de moitié. Sous la monarchie de Juillet cette pratique s'est largement répandue dans les administrations françaises et c'est en fonction d'elle qu'il faut évoquer la situation financière de l'agent public malade et absent ou en congé pour raisons de santé.

2.1. Les conditions au maintien du traitement de l'agent public malade au début du XIX^e siècle à travers l'exemple du ministère des Finances

Dès le Consulat et l'Empire, les décrets organisant la Cour des comptes ou les tribunaux de l'ordre judiciaire prévoient que les membres de ces institutions, dont le traitement est constitué pour moitié de « droits d'assistance » auxquels ils ne peuvent logiquement pas prétendre lorsqu'ils « n'assistent » pas aux audiences, ne perdent pas le bénéfice de ces droits lorsqu'ils sont absents pour cause de maladie. Il faut bien entendu que la maladie soit « attestée » indique le décret du 28 septembre 1807 sur la Cour des comptes, « par certificat établi par un officier de santé » précise celui du 30 mars 1808 sur les cours et les tribunaux. Cette pratique n'est pas propre au monde de la justice. Le principe de protection financière des agents publics malades par maintien de leurs traitements pendant leurs absences est ainsi largement répandu dans les administrations françaises dès le début du XIX^e siècle. Toutefois les formes et les modalités de cette protection varient selon les services et selon la situation administrative de l'agent malade concerné : a-t-il obtenu un congé ou est-il absent sans autorisation préalable ? Cet agent malade est-il chez lui pendant son absence ? En la matière, les hésitations réglementaires de la direction de l'enregistrement du ministère des Finances sont assez caractéristiques et révélatrices des logiques à l'œuvre dans ces dispositifs de protection des agents publics malades.

Au tout début du siècle, un arrêté gouvernemental prévoit qu'au sein de cette direction générale, les agents en congé seront privés de leur traitement, mais que « sont exceptés de la retenue, ceux qui auront obtenu des congés motivés pour cause de maladie constatée » (*Instr. Enreg.*, T. 2, p. 193). En septembre 1808 toutefois, une circulaire annonce la transformation de cette disposition : tous les agents en congé verront leur traitement retenu, quel que soit le motif de leur congé, donc également lorsqu'ils sont en congé pour cause de maladie. La circulaire présente ce changement de pratique comme à la fois possible et justifié. Possible car le maintien du traitement des agents forcés de suspendre l'exercice de leurs fonctions pour cause de maladie ne s'appuie que sur une pure fiction. Contrairement au principe qui lie l'exercice des fonctions au traitement, en cas de maladie le gouvernement avait décidé de faire « comme s'il n'y avait pas eu d'interruption de service » et de maintenir les traitements des agents en congé pour cause de maladie comme « une disposition de bienfaisance » (*Instr. Enreg.*, T. 7, p. 363). La formule est importante parce qu'au-delà de ce texte de 1808, elle qualifie clairement le cadre dans lequel la protection financière des agents publics malades s'inscrit au XIX^e siècle : la bienfaisance administrative. Par définition, de telles dispositions ne font pas naître de droits au profit des agents et le gouvernement reste libre de les reprendre, ce qui est fait en 1808 car « il en a été si étrangement abusé » que cette pratique bienveillante doit être interrompue et ne plus bénéficier aux agents en congé pour raison de santé. Un arrêté du ministre des Finances de 1829 rétablit une première fois la mesure bienveillante et indique qu'à nouveau des congés sans retenue de traitement pourront être accordés, notamment si l'agent concerné « est atteint d'une maladie de nature à exiger que le traitement en ait lieu hors de sa résidence » (*Instr. Enreg.*, T. 28, p. 120). Quatre ans plus tard, nouveau régime, nouveau ministre des Finances et nouveau revirement : les agents en congé pour raison de santé – c'est-à-dire qui ont été au préalable autorisés par leur hiérarchie à quitter leur résidence pour recevoir des soins – sont à nouveau soumis à la retenue de leur traitement. Comme en 1808, ce sont des abus auxquels ont donné lieu les « dispositions exceptionnelles » de 1829 qui sont invoqués en 1833 pour justifier ce changement. Selon le terme de l'instruction qui accompagne ce nouvel arrêté, les congés sans retenue sont une « faveur » désormais « restreinte au seul cas où l'absence a pour cause l'accomplissement d'un des devoirs imposés par les lois » (*Instr. Enreg.*, T. 32 p. 81).

En revanche, précise immédiatement le texte, « les employés forcés d'interrompre leurs fonctions pour cause de maladie conservent leur traitement à condition de ne point quitter leur résidence ». Sur ce point, les pratiques sont constantes. Après la première modification de 1808 déjà, « ceux qui seront retenus chez eux par maladie constatée » continuent de percevoir leur traitement entier. De façon encore plus claire, l'instruction générale de 1817 dispose que, contrairement à celui qui est en congé pour raison de santé, « le préposé qui est forcé de cesser son service par maladie, [...] conserva la jouissance de son traitement, pourvu qu'il ne quitte point sa résidence » (*Instr. Enreg.*, T. 16, p. 200). L'administration des Finances ne change pas d'avis à ce sujet et adopte une pratique constante et uniforme dans les administrations françaises. En revanche, l'agent qui part de chez lui, même autorisé à le faire à l'issue d'une procédure permettant de vérifier qu'il s'éloigne pour être soigné, celui-là ne bénéficie pas toujours de la bienveillance de son administration. Cela confirme encore une fois l'importance de l'obligation de résidence dans

celles imposées aux agents publics. La mission première de l'agent semble être l'incarnation de l'État auprès des administrés dans un espace géographique donné, au moins autant que l'exercice concret et quotidien de ses fonctions puisque, en l'espèce, être présent suffit à justifier qu'il perçoive le traitement auquel seul l'exercice des fonctions devrait donner droit.

2.2. 1853: l'uniformisation de la « bienfaisance » administrative à l'égard des agents malades

L'article 16 du décret du 9 novembre 1853 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles contribue à clarifier et à uniformiser les pratiques, même si c'est de façon incidente. L'objet premier de cet article est en effet de préciser quelles sont les retenues de traitement obligatoirement subies par les employés et agents publics d'État auxquels la nouvelle loi sur les retraites reconnaît un droit à pension. En précisant quels congés et absences donnent lieu à retenue et dans quelles proportions, il indique en creux quels sont les cas pour lesquels les traitements continuent d'être versés malgré l'absence de l'agent. Ce faisant, il fixe pour la première fois des règles quasi générales en matière de traitement des agents publics absents pour cause de maladie. Légales et réglementaires, elles s'imposent pour une fois à toutes les administrations visées, et elles sont ensuite reprises de façon systématique dans tous les textes régissant le fonctionnement des nombreux nouveaux services créés après 1853 jusqu'au milieu du ^{xx}e siècle.

Ce texte référence de 1853 distingue trois régimes qui correspondent à trois temps dans la situation de l'agent malade, consacrant ainsi une tripartition toujours d'actualité aujourd'hui (Taillefait, 2018, p. 225-226 et 293 et suiv.). Tout d'abord, les fonctionnaires absents parce que malades, du moins ceux dont la maladie a été « dûment constatée », « peuvent être autorisés » à continuer de percevoir leur traitement plein pendant trois mois. Ils peuvent ensuite obtenir un congé qui ne peut excéder trois mois pendant lesquels ils pourraient percevoir une partie de leur traitement. Au-delà de cette période maximale de six mois, si la maladie dont souffre l'agent est en lien avec son activité professionnelle, il peut être autorisé à continuer de percevoir tout ou partie de son traitement, cette fois-ci sans limite de temps puisque l'article précise « jusqu'à son rétablissement ou sa mise à la retraite ».

Évidemment inspiré des règles en cours de longue date au sein de l'armée, le secours spécifique aux agents souffrant d'une maladie ou d'une infirmité liée à leur activité était déjà prévu par certaines administrations civiles dès le début du ^{xix}e siècle. Cette protection particulière réservée à ceux que leur service a rendus malades ou blessés est différente de celle mise en place par la législation sur les accidents du travail à la toute fin du siècle. Il ne s'agit pas pour l'État d'indemniser l'agent au nom d'une quelconque responsabilité. Ce qui est à l'œuvre ici est une extension de la logique déjà au cœur du régime des pensions de retraite civiles et militaires selon laquelle il « est juste que, dans l'âge des infirmités, la patrie vienne au secours de celui qui lui a consacré ses talents et ses forces » pour reprendre les termes la loi des 3 au 22 août 1790 concernant les pensions, gratifications et récompenses nationales. Ici, les maladies et infirmités ne sont pas des effets de l'âge et de la durée des services rendus à l'État mais, parce qu'elles sont nées de ces

services, elles conduisent l'État à étendre la fiction évoquée plus haut et à faire comme si l'agent exerçait toujours ses fonctions et à continuer de lui verser son traitement en intégralité.

Reste que, dans cette hypothèse comme dans les deux autres, l'article 16 du décret du 9 novembre 1853 utilise systématiquement et prudemment le verbe « pouvoir ». S'il convient d'uniformiser les pratiques et surtout de poser clairement les bases du financement des pensions de retraite, il ne s'agit en aucun cas de porter atteinte au pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de congé pour raison de santé. La protection financière des agents publics absents pour cause de maladie reste ce qu'elle est depuis le début du siècle : une manifestation de la bienfaisance administrative ou, pour reprendre les termes utilisés dans le *Répertoire Dalloz* pour commenter ce texte, de « l'indulgence », « une assez grande faveur » même si c'est pour reconnaître que « l'indulgence est ici de la justice. Rien ne serait plus injuste, en effet, que de frapper un employé parce qu'il est atteint d'une maladie ». Mais l'administration du second XIX^e siècle reste attachée au caractère discrétionnaire des bienfaits dont elle fait bénéficier ses agents et elle est soutenue sur ce point par la jurisprudence administrative.

En 1860, le Conseil d'État refuse à un agent public malade le droit de se pourvoir au contentieux contre une décision de refus de maintien de son traitement jusqu'à rétablissement complet. Le requérant établit que la maladie dont il souffre est liée à l'exercice de ses fonctions et réclame donc que son traitement lui soit versé en intégralité pendant les vingt-deux mois qu'a duré sa convalescence. Mais le Conseil d'État refuse de se pencher sur le fond de l'affaire et estime que le décret de 1853 a conféré à l'administration une faculté d'accorder un congé avec traitement selon les circonstances, mais « n'a pas entendu conférer au fonctionnaire, lorsque l'administration n'a point usé de cette faculté à son égard, le droit de réclamer par la voie contentieuse un traitement pour des fonctions qu'il n'a pas remplies » (CE, 13 juin 1860, Lesseurre, *Rec.*, p. 462). Qu'il s'agisse d'une maladie liée à l'activité professionnelle de l'agent est finalement sans importance puisque le Conseil d'État n'examine pas l'affaire au fond. Il fait siens les arguments de l'administration et affirme en principe que le texte de 1853 ne limite d'aucune façon son pouvoir discrétionnaire, ni lorsqu'il s'agit d'accorder le congé pour raison de santé, ni lorsqu'il s'agit de décider du versement du traitement pendant ce congé.

Il faut attendre le début du XX^e siècle pour que la jurisprudence du Conseil d'État évolue progressivement. En 1911, il accepte d'examiner au fond une requête demandant le versement complet du traitement pendant un congé pour maladie due au service. En l'occurrence, il estime que les troubles du requérant ne peuvent être attribués à son activité et rejette sa demande mais, ce faisant, suggère que si cela avait été le cas, le fonctionnaire en question aurait effectivement eu droit au versement de l'intégralité de son traitement (CE, 17 février 1911, Quentel, *Rec.*, p. 210). De façon beaucoup plus claire, il affirme dans une décision de 1921 que le décret de novembre 1853 « doit être entendu comme ayant conféré aux fonctionnaires mis en congé pour cause de maladie dûment constatée le droit de conserver la totalité de leur traitement pendant les trois premiers mois de leur congé » (CE, 11 février 1921, Dame Mirabel, *Rec.*, p. 170). Le texte du Second Empire est toujours le même dans sa lettre mais l'interprétation qui en est faite au XX^e siècle en change profondément l'esprit.

Dans son contenu comme dans ses principes, la protection santé des agents publics par l'État est alors entrée dans un autre temps de son histoire (Moniolle, 2008). À partir des années 1920 et 1930, la jurisprudence du Conseil d'État transforme progressivement le congé de maladie avec maintien du traitement en un droit face auquel le pouvoir discrétionnaire de l'administration doit s'effacer. Si l'article 62 de la loi du 14 septembre 1941, par laquelle le régime de Vichy établit un statut pour les fonctionnaires civils, reprend mot pour mot la formulation de 1853, c'est justement pour en restaurer la logique initiale selon laquelle « la réglementation des congés ne crée jamais pour le fonctionnaire un droit au congé » (Bonnard, 1943, p. 474). L'article 89 de la loi du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires renoue quant à lui avec la jurisprudence d'avant-guerre en disposant qu'« en cas de maladie, dûment constatée et mettant le fonctionnaire dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions, il est de droit mis en congé ».

Sources

Bulletin des lois (Bull.), Paris, Imprimerie nationale des lois, 1794-1931

Bulletin du ministère de la Justice (Bull. min. Just.), Paris, Imprimerie nationale, 1876-2005

Circulaires, instructions et autres actes émanés du ministère de l'Intérieur ou relatifs à ce département (Circ. min. Int.), Imprimerie et librairie administratives de Paul Dupont, 1797-1839

Instructions générales du conseiller d'État, directeur général de l'administration de l'enregistrement et des domaines (Instr. enreg.), Paris, Bureau des instructions décadaires sur l'enregistrement, 1803-1852

La législation de l'instruction primaire en France depuis 1789 jusqu'à nos jours : recueil des lois, décrets, ordonnances, arrêtés, règlements (Instr. primaire), Paris, Delalain Frères, 1889-1902

Recueil des arrêts du Conseil d'État (Rec.), Paris, A. Bavoux, 1821-1847 ; Paris, Delhomme, 1848-1954

Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789 (Isambert), Paris, Belin-Leprieur, Libraire-Éditeur

Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, Paris, Dalloz, Bureau de la jurisprudence générale, 1845-1870

BONNARD R., 1943, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Paris, LGDJ

BOUCHENÉ-LEFER, 1831-1840, *Droit public et administratif français ou analyse et résultat des dispositions législatives et réglementaires publiées ou non sur toutes les matières d'intérêt public et d'administration*, 4 tomes, Paris, Joubert Libraire-Éditeur

GABORIAU E., 1862, *Les gens de bureau*, Paris, E. Dentu

VIVIEN A., 1845, *Études administratives*, Paris, Guillaumin-Libraire

Bibliographie

BIGOT Gr., 2014, *L'administration française. Politique, droit et société*, tome 1 (1789-1870), 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2014

CAILLOSSE J., 2019, « L'opposition "vertus publiques/ vice privés" est-elle l'horizon indépassable pour le droit des relations du travail ? », dans A. ZARKA (dir.),

Le travailleur obligé. Regards croisés sur les obligations de l'agent public et du salarié ?, Paris, Dalloz

HORDERN F., 2003, « Contrat de travail, lien de subordination et lois sociales », dans Y. LE GALL, D. GAURIER et P.-Y. LEGAL (dir.), *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, Rennes, PUR, 2003, p. 75-82

MONIOLLE C., 2008, « Éléments historiques relatifs aux congés de maladie dans la fonction publique d'État », *AJDA*, p. 1988-1996

TAILLEFAIT A., 2018, *Droit de la fonction publique*, 8^e éd., Paris, Dalloz

THUILLIER G., 1996, *Les retraites des fonctionnaires : débats et doctrines (1790-1914)*, Paris, Comité d'histoire de la Sécurité sociale

THUILLIER G., 1994, *Les pensions de retraites des fonctionnaires au XIX^e siècle*, Paris, Comité d'histoire de la Sécurité sociale, 1994