



HAL
open science

Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics

Frédéric Edel

► **To cite this version:**

Frédéric Edel. Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics. *Revue française d'administration publique*, 2012, 142 (2), pp.339. 10.3917/rfap.142.0339 . hal-04018012

HAL Id: hal-04018012

<https://hal.science/hal-04018012>

Submitted on 7 Mar 2023

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 - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

DEUX SIÈCLES DE PRINCIPE D'ÉGALE ADMISSIBILITÉ AUX EMPLOIS PUBLICS

Frédéric Edel

E.N.A. | *Revue française d'administration publique*

2012/2 - n° 142
pages 339 à 367

ISSN 0152-7401

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2012-2-page-339.htm>

Pour citer cet article :

Edel Frédéric, « Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics »,
Revue française d'administration publique, 2012/2 n° 142, p. 339-367. DOI : 10.3917/rfap.142.0339

Distribution électronique Cairn.info pour E.N.A..

© E.N.A.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

DEUX SIÈCLES DE PRINCIPE D'ÉGALE ADMISSIBILITÉ AUX EMPLOIS PUBLICS

Frédéric EDEL

*Chercheur au Centre d'expertise et de recherche administrative
de l'École nationale d'administration (ENA)
et chargé d'enseignement en droit public à l'Université de Strasbourg*

Résumé

La présente étude a pour objet de retracer l'histoire juridique du principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics affirmé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 jusqu'à aujourd'hui, particulièrement dans ses tout récents développements. Elle examine comment ce principe a été interprété, quelles en ont été les principales implications quant aux modalités de recrutement dans la fonction publique et quelles ont été les garanties qui ont été apportées pour rendre effective cette célèbre promesse révolutionnaire d'égalité.

Mots-clefs

Fonction publique, recrutement, égal accès, égalité, discrimination, garanties, concours, mérite

Abstract

— *Two centuries of the principle of equal access to public sector jobs — The aim of this study is to trace the history of the legal principle of equal entitlement to public sector employment stated in Article 6 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 26 August 1789 up to today. It examines how this principle has been interpreted, what have been the main implications for civil service recruitment procedures and what have been the guarantees set up in order for this famous revolutionary promise of equality to be effective.*

Keywords

Civil service, equal access, discrimination, effectiveness, entrance examination

Le principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics est unanimement reconnu comme la pierre angulaire du droit de la fonction publique. Il trouve sa source dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dans les termes suivants :

« La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation.

Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

Le principe de l'égal accès à la fonction publique est ainsi clairement présenté par les révolutionnaires de 1789 comme une expression ou une application particulière du principe plus général de l'égalité devant la loi.

Alors que les versions précédentes examinées par l'assemblée révolutionnaire font référence au « droit d'être appelé à tout emploi public » puis à l'idée selon laquelle tous les citoyens « sont susceptibles de toutes les places, de tous les emplois... », la version définitive de l'article 6 énonce qu'ils « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics... ». Le vocable d'égal admissibilité prend donc sa source au XVIII^e siècle dans le moment révolutionnaire et se retrouve ensuite dans tous les textes constitutionnels du XIX^e siècle abordant la question¹. La période contemporaine, quant à elle, tend davantage à recourir à l'expression de l'égal accès : celle-ci trouve son origine dans le préambule de la Constitution de 1946 qui « garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques » et dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle de l'après-guerre². Ces diverses formulations sont utilisées comme étant entièrement synonymes.

La présente étude a pour objet de retracer l'histoire juridique de ce principe affirmé il y a plus de deux siècles jusqu'à aujourd'hui, particulièrement jusque dans ses tout récents développements. Il s'agira d'examiner comment il a, tout au long de cette période, été interprété et d'étudier quelles en ont été les principales implications quant aux modalités de recrutement dans la fonction publique. Cette étude est donc une histoire des garanties qui, au fil du temps, ont été apportées pour rendre effective cette célèbre promesse révolutionnaire d'égalité.

L'histoire du principe d'égal admissibilité aux emplois publics est celle d'une lente conquête, d'un renforcement croissant des garanties qui l'entourent. Elle commence par l'affirmation en 1789 d'un droit « nu », d'un droit qui n'est d'abord accompagné d'aucune garantie véritable pour le faire respecter et aboutit aujourd'hui à une situation d'empilement de normes protégeant, d'une manière ou d'une autre, l'égal accès aux fonctions publiques. Les garanties dont il bénéficie ont, dans un premier temps, été seulement indirectes : elles se sont matérialisées au travers de la généralisation du concours et de la densification des règles qui le régissent. Ce n'est que dans un deuxième temps, qui a été long à se dessiner, qu'il a enfin pu jouir de garanties propres, en devenant notamment un droit justiciable puis en étant repris, de manière plus ou moins rapprochée, par de nombreux textes législatifs ou internationaux. Seront donc examinées, tour à tour, la conquête, au cours du XIX^e siècle, de la garantie du principe d'égal accès au travers du développement du principe du concours, puis celle, durant le XX^e siècle, de garanties essentiellement juridictionnelles.

1. Cf. *infra*.

2. Cette expression a été reprise, d'une part, par le juge administratif lorsqu'il a, pour la première fois, été amené à l'ériger en principe général du droit (cf. *infra* : arrêt *Barel* de 1954) et, d'autre part, par le juge constitutionnel (cf. *infra* : décision dite *Troisième voie d'accès à l'ENA* de 1983).

LA CONQUÊTE AU XIX^e SIÈCLE DE LA GARANTIE DU PRINCIPE D'ÉGAL ACCÈS AU TRAVERS DU PRINCIPE DU CONCOURS

Contrairement à ce qu'un raccourci historique pourrait laisser penser : l'affirmation de l'égalité admissibilité aux emplois publics n'a pas tout de suite impliqué la mise en place du concours. En 1789, elle ne l'implique même pas du tout. De la fin du XVIII^e siècle jusqu'au milieu du XIX^e siècle : égalité et concours sont deux principes qui sont encore dissociés. Ce n'est que plus tard, à partir du milieu du XIX^e siècle que l'un et l'autre furent corrélés, faisant progressivement apparaître le principe du concours comme étant un instrument de garantie du principe d'égalité.

Une égalité sans le concours jusqu'à la fin du XIX^e

L'affirmation d'une égalité individuelle et universelle constitue un acquis irrévocable légué par la Révolution française³. Dans le domaine de l'emploi public, elle a alors principalement signifié le refus, en droit, des inégalités de classe. Mais dès lors qu'une telle affirmation n'était accompagnée d'aucune autre garantie que ce refus-là, elle n'a pu empêcher le retour dans les faits de ces mêmes inégalités de classe.

Les acquis irrévocables de l'affirmation d'une égalité individuelle et universelle : le refus, en droit, des inégalités de classe

La formulation de l'article 6 de la Déclaration a été arrêtée par l'Assemblée révolutionnaire le 21 août 1789⁴. En son essence, l'article 6 revêt deux grandes significations qui forment le socle de l'héritage légué par la Révolution jusqu'à nos jours : l'une apparaît en creux, comme détruisant le passé, l'autre de manière positive comme édifiant l'avenir.

Le refus, en droit, des inégalités de classe

Dans le versant négatif de la définition de l'article 6, le principe de l'égalité admissibilité aux emplois publics signifie donc initialement, en cette fin du XVIII^e siècle, la suppression de la vénalité des offices et de l'hérédité des charges publiques⁵. L'article 6 se comprend d'abord comme le rejet du système de l'Ancien Régime.

3. Edel (Frédéric), « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Revue Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n°49, 2009, p. 213-242 (notamment p. 216-220).

4. Sur la genèse de cette disposition : Rials (Stéphane) éd., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 227-233 ; Dreyfus (Françoise), *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande Bretagne et aux États-Unis (XVIII^e-XX^e siècles)*, Paris, La découverte, 2000, chap. III, p. 81 *sqq.*

5. Parmi les conditions d'entrée dans l'administration, Vivien souligne qu'« il n'en est aucune qui concerne la naissance ou la condition sociale. Tous les français sont également admissibles aux emplois civils et militaires, et ce principe est une des conquêtes les plus précieuses de notre révolution [...] on n'impose plus aux candidats aucune condition de fortune personnelle [...] les emplois ne sont ni héréditaires, ni transmissibles à prix d'argent. Le même principe s'y oppose péremptoirement » (chap. II, p. 182) : Vivien, *Études administratives*, tome 1^{er}, Paris, Cujas, 1859, réédition 1974.

Il est la consécration de l'abolition des privilèges, des ordres et des corps intermédiaires qui avait été amorcée à partir de la nuit du 4 août 1789⁶. La suppression de la vénalité et de l'hérédité des offices publics comptait en effet parmi les principaux privilèges à éradiquer, comme cela ressortait déjà clairement des cahiers de doléances⁷.

Jusqu'à son dernier jour la monarchie avait en effet adopté, quant au recrutement des fonctionnaires, une double attitude consistant, d'une part, à exclure certaines catégories de personnes de toute fonction publique, les incapables (que sont les condamnés de diverses sortes, les serfs et les femmes)⁸, les étrangers⁹ et les juifs (en tant qu'étrangers)¹⁰ ainsi que les protestants¹¹ et, d'autre part et surtout, à réserver les charges à certaines classes sociales par le biais de la vénalité des offices et de l'hérédité des charges publiques¹². C'est ainsi, pour s'en tenir à l'exemple le plus connu et sans doute aussi le plus archétypal, que l'édit royal portant création de l'école royale militaire de 1751 exige pour y entrer la preuve de quatre générations de noblesse de père¹³. L'article 6 de la Déclaration signifie donc d'abord le basculement définitif de la vieille société holiste et hiérarchisée de l'Ancien régime vers la société libérale, individualiste et égalitaire, le "Régime moderne".

« La déclaration des droits étant le guide du législateur »¹⁴, celle-ci fut placée en tête de la Constitution du 3 septembre 1791 dont le préambule synthétise le combat révolutionnaire mené jusqu'à cette date. Il est éloquent à cet égard ; il faut écouter sa litanie destructrice : « L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. – Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales [...] ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leur fonctions. – Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public. – Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les français. – Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers... »¹⁵. Et dans la foulée même de ce préambule, en tête de son titre premier, la Constitution de 1791 commence par ces mots : « La Constitution garantit, comme droits naturels et civils : (1) que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans

6. Le décret relatif à l'abolition des privilèges, élaboré par l'Assemblée nationale du 5 au 11 août, énonce ainsi : art. 11. : « Tous les citoyens, sans distinction de naissance, pourront être admis à tous les emplois et les dignités ecclésiastiques, civiles et militaires, et nulle profession utile n'emportera dérogeance » ; art. 7. « La vénalité des offices de judicature et de municipalité est supprimée dès cet instant [...] ».

7. Pour un inventaire à cet égard : Garagon (Jean), « L'origine du principe de l'égalité d'admissibilité aux fonctions publiques », *Annales de l'Université de Lyon*, Sirey, 1956, (p. 5-68), p. 39-42. « Les citoyens de tous les ordres indistinctement seront appelés à toutes les dignités et emplois ecclésiastiques, militaires et civils » (Cahiers du Tiers-État d'Aix-en-Provence, *Archives parlementaires*, T. I, p. 695) ; *ibid.*, p. 39.

8. Garagon (Jean), *op.cit.*, p. 12-14.

9. *Ibid.*, p. 14-17.

10. *Ibid.*, p. 17-19.

11. *Ibid.*, p. 19-23.

12. *Ibid.*, p. 23-31. Ce point est davantage documenté, cf. aussi : Mousnier (Roland), « La fonction publique en France du début du XVI^e siècle à la fin du XVI^e siècle : des officiers aux commissaires, puis aux commis puis aux fonctionnaires », *Revue historique*, Paris, 1979, n° 530 p. 321-335 ; Thuillier (Guy) et Tulard (Jean), *Histoire de l'administration française*, Paris, PUF, coll. « Que-sais-je- ? », p. 9-11. Meyer (Jean), « Le XVIII^e siècle de 1714 à 1789 » partie III, in Pinet (Marcel) dir., *Histoire de la fonction publique en France*, t. 2, not. chap. IV « L'évolution de la vénalité des offices », p. 353 sqq.

13. Mousnier (Roland), *op. cit.*

14. Mounier, *Archives parlementaires*, p. 465, in Rials (Stéphane) éd., *La déclaration... op.cit.*, p. 230.

15. Cf. p. ex. : Rials (Stéphane) éd., *Textes constitutionnels français*, Paris, PUF, 1982, 1^{ère} éd., p. 6.

autre distinction que celle des vertus et des talents ». On ne saurait mieux mettre en lumière l'importance accordée alors à la question de l'égal accès aux emplois publics et qui est demeurée une constante des textes constitutionnels français jusqu'à aujourd'hui.

Elle a, en effet, été affirmée, de manière plus ou moins précise, dans les constitutions de l'an III (1795)¹⁶ ou de l'an VIII (1799)¹⁷, les chartes de 1814 ou de 1830¹⁸, la Constitution de 1848¹⁹ ou celle de 1946²⁰. Dans l'actuelle Constitution de la Cinquième République, le principe de l'égalité d'accès aux emplois publics est garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 à laquelle renvoie le texte constitutionnel de 1958.

L'affirmation d'une égalité d'accès individuelle et universelle

Dans le versant positif de la signification de l'article 6, celui-ci manifeste une égalité libérale, une égalité qui est donc intrinsèquement une égalité tout à la fois individuelle et universelle. Le recrutement dans l'administration doit donc désormais être opéré sur une base individuelle, et non plus en fonction d'une appartenance collective. Voilà donc le premier et principal acquis légué par la Révolution en la matière. Il est ouvert à « l'universalité des citoyens »²¹, sans qu'aucune des parties prenantes du contrat social n'en soit exclue *a priori*. Tel est le second acquis révolutionnaire sur lequel nous vivons encore aujourd'hui.

Est donc congédié un système légal fermé *a priori* au seul bénéfice de quelques uns en fonction de leur appartenance à un groupe social déterminé. Lui est désormais substitué un système légal ouvert à tous *a priori*. La naissance n'est donc plus un critère de distinction légitime : ce qui permet aux roturiers d'être admis par exemple aux écoles militaires²². Il en est de même, mais avec un certain retard, pour la religion : les protestants durent ainsi attendre le décret du 24 décembre 1789 – selon lequel « (1) Les non-catholiques [...] pourront être élus dans tous les degrés d'administration, sans exception ; (2) Les non-catholiques [...] sont capables de tous les emplois civils et militaires, sans exception »²³ ; quant aux juifs, dont le sort était expressément ajourné par ce même décret et qui était lié à la reconnaissance du statut de citoyens, ils durent patienter jusqu'à l'adoption d'un décret du 27 septembre 1791 qui « révoque tous ajournements, réserves et exceptions insérés dans les précédents décrets relativement aux individus juifs qui prêteront le serment civique qui sera regardé comme renonciation à tous privilèges et exceptions introduits en leur faveur »²⁴.

16. Article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 précédant l'acte constitutionnel du même jour : « Tous les citoyens sont également admissibles aux emplois publics » ; Article 3 : « Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi ».

17. Article 3 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 5 fructidor an VIII (22 août 1795) précédant la Constitution du même jour : « L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs. Cf. aussi : article 20 : « Chaque citoyen a un droit égal de concourir, [...] à la nomination [...] des fonctionnaires publics » ; article 21 : « Les fonctions publiques ne peuvent devenir la propriété de ceux qui les exercent ».

18. Article 3 (identique dans les deux chartes) : « Ils [les français] sont tous également admissibles aux emplois civils et militaires ».

19. Article 10 : « Tous les citoyens sont également admissibles aux emplois publics, sans autre motif de préférence que leur mérite ».

20. Le préambule (dernier paragraphe) de la Constitution du 27 octobre 1946 « garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques ».

21. Pour utiliser une formule de la Déclaration du 24 juin 1793, article 7.

22. Godechot (Jacques), Partie IV - « La Révolution et l'Empire », in Pinet (Marcel) et *alii*, *Histoire de la fonction publique en France, Tome II, Les XVI^e et XVIII^e siècles*, not. chap. IV « L'évolution de la vénalité des offices », p. 444.

23. *Cit. in* Garagon (Jean), *op. cit.*, p. 53.

24. *Ibid.*, p. 61 (plus largement sur ce point, cf. p. 55-61).

L'universalisme révolutionnaire qui préside à la compréhension de l'article 6 est cependant, comme on le sait, dans la conception androcentrique de l'époque, un universel masculin essentiellement, et la « Requête des dames à l'Assemblée nationale » qui demandait, pour les femmes, l'accès aux offices de la magistrature et à tous les emplois réservés par les hommes ne reçut aucun écho au sein de l'Assemblée nationale, qui repoussa presque unanimement la motion défendue par Robespierre qui entendait leur octroyer le droit de suffrage²⁵. Par ailleurs, il s'agit d'un universel « national » pour ainsi dire : dans la philosophie révolutionnaire, la prétention morale, de droit naturel, à concerner tous les hommes se réduit en contexte en une obligation juridique, de droit positif, qui s'applique à tous les parties prenantes d'un contrat social déterminé, c'est-à-dire aux seuls nationaux. Sauf à bénéficier d'une naturalisation²⁶, l'étranger est ainsi maintenu à l'écart de toute possibilité d'accéder à la fonction publique encore plus absolument que sous l'Ancien Régime.

Libérale, l'égalité l'est aussi en ce sens que l'égalité entre tous débouche sur une libre concurrence entre tous. De la même manière que, dans le domaine économique, l'égal accès au marché permet le développement d'une libre concurrence des individus, dans le domaine administratif, l'égal admissibilité des citoyens aux emplois publics permet que se déploie une libre « concurrence pour les places » (*Cahier de doléance d'Alençon*)²⁷. Tout comme le marché économique sélectionne par lui-même, et non par l'effet de la loi, les meilleurs agents économiques en fonction de la compétitivité développée par chacun, sur le marché de l'emploi public, la sélection des meilleurs postulants sera désormais effectuée en fonction des « vertus » et des « talents » propres à chacun, et non en raison de l'intervention de l'État.

En ce sens, il nous semble qu'il n'y a d'ailleurs pas de contradiction entre, d'un côté, l'énoncé selon lequel la loi « doit être la même pour tous » et, de l'autre, celui qui affirme la possible « distinction » selon la « capacité », les « vertus » et les « talents ». Ces différences-ci relèvent, dans la conception révolutionnaire, de la sphère privée et sont, en tant que telles, acceptables ; en revanche toute autre différenciation qui ne proviendrait pas des qualités naturelles ou de la libre activité des individus est un artifice, un privilège d'origine légale ou publique et serait donc, à ce titre, regardé comme une violation du principe d'égalité. La puissante tradition qui se met en place alors, celle d'une loi uniforme, d'un espace public isonomique, n'est ainsi pas remise en cause²⁸.

Les acquis limités de la seule affirmation d'une égalité individuelle et universelle : le retour, en fait, des inégalités de classe

Il importe cependant d'avoir présent à l'esprit que durant les deux premiers tiers du XIX^e siècle et même au-delà, le principe de l'accès à la fonction publique affirmé dans la déclaration des droits n'avait pas d'autre signification que celle de la suppression de

25. Garagon (Jean), *op. cit.*, p. 50. On le sait, la conception androcentrique de l'époque cantonne la femme dans le foyer. Par la suite, le code civil napoléonien, en exigeant l'accord du père ou du mari réduit donc fortement les possibilités : il nous semble que la question n'est pas tant que les femmes sont juridiquement incapables d'accéder à la fonction publique, que le fait qu'il s'agit d'une éventualité empiriquement impensable. À l'exception de fonctions subalternes de l'administration des postes, les emplois publics demeuraient, dans les faits, inaccessibles à la femme : cf. 78 *sqq.* « Les femmes ne sont admises que dans les postes, et ne peuvent occuper que les directions dont le revenu est inférieur à 2 000 francs », fait observer, en 1852 et 1859, Vivien, *op. cit.*, p. 184.

26. Garagon (Jean), *op. cit.*, p. 50-53.

27. Archives parlementaires T. V p. 29 ; *cit. in* Garagon (Jean), *op. cit.*, p. 41.

28. Edel (Frédéric), « Linéaments d'une théorie générale... », *op. cit.*

la vénalité des offices et de l'hérédité des charges publiques²⁹. Hormis une courte expérience de recrutement par le procédé de l'élection (1), le principe d'équale admissibilité n'avait pas d'autre portée que celle d'interdire au pouvoir législatif et réglementaire de revenir à un système de ce type³⁰. En d'autres termes, cette suppression a, pendant toute cette période, été regardée comme juridiquement suffisante pour assurer un état d'équale entre les citoyens en ce domaine (2).

L'échec de l'expérience de l'équale par l'élection

Tout au plus, l'équale a-t-elle trouvé une traduction dans la mise en place du système de l'élection des fonctionnaires³¹ : ayant pour modèle les déclarations des colons anglais en Amérique, les constituants de 1791 établirent que « Les administrateurs sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives » (titre III, chap. IV, sect. 2)³². L'élection concerna alors les administrations implantées localement.

« Mais l'expérience fut manquée » ; elle a duré « peu de temps » : « dès 1794, surtout à partir de 1795, la nomination directe par l'État se généralise »³³. Cet échec de l'élection est remarquablement résumé par Pierre Legendre : « L'évolution se déroule selon des enchaînements qui manifestent une belle logique ». « Cette greffe démocratique eut pour effet de désarticuler la machine administrative et, à partir de 1793, la guerre civile fit sombrer les expériences de démocratie totale, amorcées ou projetées par la Convention, dans une anarchie administrative pure et simple. L'idée d'investir l'État [...] du droit de nommer aux emplois, est née d'une réaction spontanée des dirigeants pour faire face à une situation de désastre intérieur. Cette réaction devait être nécessairement autoritaire, au moins dans la forme ; le Directoire s'efforça à la mise en ordre en exerçant, par des agents nommés, une surveillance sur les administrations de base, en principe toujours élues (Constitution de l'An III, art. 132 et suiv.), puis en procédant lui-même aux nominations dans tous les cas possibles (Larevellière-Lepeaux a raconté dans ses *Mémoires* les incroyables fournées de "8 à 10 000 nominations à faire à la fois ; chaque coterie, chaque faction voulait les places pour elle et les siens afin de prolonger son règne"). Le coup de barre décisif fut donné en l'An VIII, lorsque l'administration locale fut remise à l'initiative du gouvernement central ; quand s'achèvera le Premier Empire, le recrutement est

29. Parmi les conditions possibles pour être fonctionnaire, « il n'en est aucune qui concerne la naissance ou la condition sociale » ; « ...on n'impose plus aux candidats aucune condition de fortune personnelle [...] les emplois ne sont ni héréditaires, ni transmissibles à prix d'argent » : Vivien, *op. cit.*, p. 182. « D'après les uns, il faudrait se borner à comprendre sous ces mots la suppression du régime féodal, avec toutes ses conséquences... » : Batbie (Anselme), *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 2, 2^e éd., Paris, 1885, Larose et Forcel, p. 10, § 9.

30. La Déclaration de 1789, « c'est la loi des lois » : Batbie (A.), *op. cit.*, p. 10, § 9.

31. Mais ici déjà, l'équale n'était pas le seul ni peut-être même le premier motif expliquant qu'on recourt à ce système : « La conception révolutionnaire du citoyen-agent public s'imposait aux premiers constituants en raison de leurs principes et comme "meilleur moyen d'assurer l'intégrité des fonctionnaires publics" [Demeunier, *Archives parlem.*, 1^{ère} série, t. 29 p 633] en les faisant échapper à une nomination par le Roi » : Lanza (Albert), *L'expression constitutionnelle de l'administration française*, Paris, LGDJ, p. 342.

32. Cf. aussi l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Constitution de l'an I (1793) : « Tous les citoyens sont également admissibles aux emplois publics. Les peuples libres ne connaissent d'autres motifs de préférence, dans leurs élections, que les vertus et les talents ».

33. Legendre (Pierre), *Trésor historique de l'État en France - L'administration classique*, Paris, Fayard, coll. « Les savoirs », p. 458. Pour un résumé de cette furtive expérience : Lanza (Albert), *L'expression constitutionnelle de l'administration française*, Paris, LGDJ, p. 342-346.

devenu de haut en bas l'affaire de l'État [...] La liberté des autorités gouvernementales étant à peu près totale à l'origine, l'accusation de favoritisme, fréquemment lancée depuis la Monarchie de juillet, ne fait aucune distinction, n'épargnant aucune fonction »³⁴. Cet échec de l'élection et le retour en force de la nomination fut lourd de conséquences pour le siècle qui était à suivre.

L'échec de l'expérience d'une égalité dénuée de toute garantie

De fait, durant tout le XIX^e siècle, qu'il s'agisse des employés subalternes (huissiers facteurs, expéditionnaires...), des agents officiant au niveau intermédiaire (instituteurs...) ou des fonctionnaires de la haute fonction publique (magistrats, inspecteurs des finances, conseillers d'État...), le recrutement est entièrement dépendant du bon vouloir de l'employeur public (soit le chef du service, soit le chef politique, selon le niveau de l'emploi) et du conformisme politique de l'impétrant (qui croît à mesure que le poste est élevé³⁵).

Tous les observateurs s'accordent sur le fait que, par-delà la diversité des procédés de recrutement et des régimes, le recrutement au XIX^e siècle était très largement laissé à l'arbitraire et il fallait souvent être recommandé ou protégé³⁶. À l'exception des concours que l'on pouvait trouver ici où là, aucun titre ou diplôme n'était en principe exigé pour entrer dans les ministères et le recrutement était absolument laissé à la discrétion de ces derniers : Delbousquet remarque en 1843 : « Cependant, il existe des règlements dans ces administrations. Sans doute, mais tout le monde sait ce qu'il en est de ces règlements, ce sont des armes dont on ne se sert que contre ceux qui ne sont pas suffisamment protégés. En fait le premier venu peut y être admis. D'ailleurs autant de ministères, autant de modes d'admission, ou plutôt dans les uns comme dans les autres, c'est l'arbitraire avec ses différents caprices »³⁷. Vivien décrit parfaitement, en ce qui concerne l'entrée en magistrature, les effets pervers d'un recrutement qui n'est entouré d'aucune garantie : celui-ci est alors livré au seul « principe d'égalité et de libre concurrence » : « Ceux qu'on veut favoriser, en supprimant toute garantie se présenteront souvent en lice avec des armes mieux trempées que celles de leurs rivaux. La fortune et la naissance ont des avantages naturels inévitables » ; de fait « à la faveur d'un titre modeste, certaines familles avaient envahi les sièges de la magistrature, et trop souvent l'indépendance de la fortune et l'honnêteté des mœurs, seules conditions dont on se préoccupât, étaient les compagnes d'un esprit médiocre et imbu de préjugés »³⁸.

Comme pour d'autres droits, celui de l'égalité admissibilité aux emplois publics illustre la critique marxiste émise à l'encontre de la Déclaration des droits selon laquelle elle n'a procédé qu'à un affranchissement formel³⁹ qui, dans les faits, laisse encore une très large part au critère de la naissance et de la fortune pour accéder à fonction publique.

34. Legendre (Pierre), *Trésor historique de l'État...*, op. cit., p. 460-461.

35. Pour une synthèse : Renaut (Marie-Hélène), *Histoire de la fonction publique*, Paris, Ellipses, 2003, p. 22-24. Pour plus de détails : Thuillier (Guy), *La vie quotidienne dans les ministères au XIX^e siècle*, Comité pour l'histoire économique et financière, Ministère de l'économie, des finances, et de l'industrie, Paris 2004, p. 109-128.

36. Thuillier (Guy), *La vie quotidienne dans les ministères...*, op. cit., p. 109-128 ; Bidouze (René), partie III, in Pinet (Marcel) et alii (dir.), *Histoire de la fonction publique en France*, op. cit., p. 292.

37. Delbousquet, « De l'organisation des administrations centrales », 1843, cit. in Thuillier (Guy), *La vie quotidienne dans les ministères...*, op. cit., p. 111.

38. Vivien, op. cit., p. 197.

39. Marx (Karl), *À propos de la question juive* ([1844] ; trad. M. Simon ; préf., F. Châtelet), Paris, Aubier-Montaigne, 1971.

Aux inégalités en droit caractérisant l'Ancien Régime ont succédé des inégalités en fait, qui sociologiquement favorisaient encore très largement les personnes en fonction du capital économique et social, de la fortune et de la naissance⁴⁰. Si les critères de recrutement furent bien la « capacité », ce fut au sens de la capacité... financière⁴¹. De la même manière, si la sélection se faisait sur la base de la « vertu », ce fut avant tout celle... de la fidélité politique⁴².

Sur ce dernier point, il importe cependant de se garder de tout anachronisme. Dans le contexte de la première moitié du XIX^e siècle le fonctionnaire que l'administration recrutait alors était, très largement, inféodé et il n'était pas encore l'agent public neutre, indépendant et technicien d'aujourd'hui. De même, l'idée toute contemporaine selon laquelle le principe d'égalité admissibilité s'accomplit dans le principe du concours demeurait encore inaccessible aux esprits de l'époque.

Une égalité par le concours à partir de la fin du XIX^e et du début XX^e

Le rapprochement politique entre le principe d'égal accès et celui du concours tout au long du XIX^e siècle n'avait donc rien d'évident. Il n'a été acquis qu'à partir de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle. Quand bien même le concours était-il définitivement conquis, les règles qui l'encadraient ne protégeaient l'égalité des candidats que d'une manière tout à la fois très indirecte et très imparfaite.

Égalité et concours, un rapprochement par défaut

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le rapprochement entre le principe d'égal accès et celui du concours a été assez tardif, et le recours à ce dernier semble davantage motivé, ou à tout le moins autant motivé, par des préoccupations utilitaristes que par un idéal égalitariste.

Égalité et concours, un rapprochement tardif

L'idée selon laquelle le concours incarne l'instrument par lequel se concrétise le principe de l'égal accès aux emplois publics proclamé par la Déclaration des droits, une

40. « Jusqu'à présent on ne s'est pas occupé de rendre praticable l'article des constitutions qui déclare les emplois accessibles à tous les citoyens. Qu'on compare avec celle des fonctionnaires de nos jours : on sera étonné de voir comme les fonctions importantes se conservent dans les mêmes familles. Les fils des conseillers sont conseillers, les fils de directeurs et de préfets sont directeurs et préfets » ; A. Garnier, *Morale sociale ou devoirs de l'État et des citoyens*, 1850, p. 205, cit. in Thuillier (Guy), *Bureaucratie et bureaucrates en France au XIX^e siècle*, Genève, Librairie Droz, 1980, coll. « Hautes études médiévales et modernes », n°38, p. 345.

41. Au sens (au cens serait-on tenté d'écrire) que lui attribuait son initiateur, Mounier, en août 1789 : « ...de ce que les citoyens seroient admissibles sans aucune distinction, on pourroit en conclure qu'on ne doit faire aucune distinction entre les propriétaires et ceux qui ne le sont pas ; tandis que le mot capacité étoit assez vague pour ne pas compromettre cette importante question » ; Rials, *op. cit.*, p. 231.

42. En 1912, était soutenue l'opinion suivante : « quand les hommes de 1789, créateurs d'un nouvel ordre social, parlaient en outre des talents, des vertus qu'on devait trouver chez les citoyens appelés aux emplois publics, est-il déraisonnable de penser qu'ils entrevoyaient dans ces vertus autre chose que la simple moralité, que parmi ces vertus, ils plaçaient au premier rang l'attachement aux institutions récentes, le loyalisme, le civisme ? Que si ce loyalisme vient à faire défaut chez les individus qui demandent à concourir, il nous semble que leur mise à l'écart est conforme à l'art. 6 de la déclaration des droits » ; Sibert (Marcel), *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, 1912, p. 129.

telle idée a mis presque un siècle à s'imposer. En effet, pendant les deux premiers tiers du XIX^e siècle, égalité et concours sont deux idées encore largement dissociées⁴³ et la première n'implique pas la seconde. L'égalité ne se matérialise pas dans le concours.

Le concours, faut-il le rappeler, n'est pas une invention de la Révolution, mais de l'Ancien Régime, durant lequel furent créées des écoles fondées sur ce mode de recrutement : en 1747, le bureau des géographes, devenu l'école des ponts et chaussées en 1756 ; les écoles militaires avec, en 1749, l'école de Mézières pour la formation du génie, puis, l'école royale militaire de Paris en 1751, l'école des ingénieurs-constructeurs de la marine en 1765 et, en 1776, la création de douze écoles royales militaires ; ou encore l'école des mines en 1783. Le concours est, dans ces écoles, d'abord et avant tout, une garantie de compétence. Il est lié à la nécessité, pour les ministères concernés, de disposer d'une compétence technique et notamment mathématique, rendue nécessaire par la sophistication croissante des armes ou des ouvrages dont ces administrations ont la responsabilité.

Pendant longtemps, le concours n'a donc été qu'une modalité de recrutement parmi d'autres. Il n'y a pas lieu ici de retracer la lente et quasi continue montée en puissance du concours tout au long du XIX^e siècle⁴⁴. On se contentera d'un rappel extrêmement schématique, en gardant à l'esprit que « le concours n'a été adopté que très tardivement comme mode de recrutement : l'Empire, pour s'assurer un corps enseignant capable, utilise le concours pour les facultés de droit, pour les lycées. Mais pour l'administration – en dehors du concours d'entrée à l'école polytechnique, l'école des mines, et à l'école des ponts et chaussées – l'idée de recruter au concours, ou même après examen n'est que rarement mise en pratique »⁴⁵. Sous la Monarchie de juillet, le concours est timidement instauré pour certaines fonctions, par exemple pour les élèves inspecteurs au service télégraphique, les aspirants surnuméraires aux finances ou aux douanes, les rédacteurs au ministère de la guerre, *etc.* La question de la généralisation du concours a commencé à faire débat sous la Seconde République⁴⁶, mais sans déboucher pourtant sur une réforme législative⁴⁷, à l'image de l'échec de la création de l'« école d'administration » (sur le modèle de l'école polytechnique). Le concours continua, après un temps de réaction, à se développer de façon diffuse sous le Second Empire, notamment dans le ministère de l'agriculture et du commerce, celui de l'intérieur, celui des travaux publics ou celui des finances, ou bien encore à la Cour des comptes, *etc.* Enfin, il franchit une étape décisive sous la Troisième République, à partir 1885, après que le Conseil d'État fut à l'origine de l'adoption de règlements d'administration publique visant à définir une série de principes cohérents sur l'admission dans les ministères⁴⁸.

43. Pour l'établissement d'un tel lien : cf. le rapport de la Commission parlementaire présentant les avantages d'une proposition de loi du 30 mars 1844, repoussé par la Chambre des députés, souhaitant conditionner l'accès à l'administration au passage d'un concours : cf. Mestre (Jean-Louis), « Le système du mérite », *Cahiers d'histoire de l'administration*, n° 2, Institut international des sciences administratives, 1987, p. 90-108 (p. 102).

44. Thuillier (Guy), *Bureaucratie et bureaucrates...*, *op. cit.*, p. 334-362. Pour une vision synthétique : Mestre (Jean-Louis), « Le système du mérite », *Cahiers d'histoire de l'administration*, n° 2, Institut international des sciences administratives, 1987, p. 90-108

45. Thuillier (Guy), *Bureaucratie et bureaucrates...*, *op. cit.*, p. 334.

46. Sur le fondement notamment de l'article 10 de la Constitution de 1848 énonçant le principe de l'égal accès (cf. *supra* note n° 18) qui n'eut pas le temps d'être appliqué : Chabin (Michel), « 1814-1848 », in Pinet (Marcel) dir., *Histoire de la fonction publique en France*, t. 3, *op. cit.*, p. 128.

47. Pour un inventaire des différents projets de statut de 1830 à 1910 : Lefas (Alexandre), *L'État et les fonctionnaires*, Paris, Giard et Brière, 1913.

48. Décrets du 25 mars 1885 pour les travaux publics, 1^{er} août 1886 pour la Marine, 4 novembre 1886 pour l'intérieur, 19 janvier et 23 avril 1885 pour les Finances, *etc.* ; Cf. Thuillier (Guy), *Bureaucratie et bureaucrates...*, *op. cit.*, p. 354-355.

Égalité et concours, un rapprochement pragmatique ?

Ce qu'il nous importe de mettre en avant dans le cadre de la présente étude, c'est d'interroger le lien entre égalité et concours. Il ressort des principaux arguments avancés à son appui à l'époque que le concours est davantage regardé comme étant une garantie de qualité du recrutement pour l'administration qu'une garantie de l'égalité de traitement entre les candidats. Faisant le bilan des concours mis en place jusque sous le Second Empire, Michel Chabin fait apparaître que, « au total, de telles réformes étaient dictées moins par un souci d'équité – ne parlons pas d'égalitarisme – que par la professionnalisation croissante de certaines administrations, nécessitant un personnel technicien »⁴⁹. « S'interroge[ant] sur les conditions de cette diffusion discrète du principe du concours » jusqu'à la veille de la Troisième République, Guy Thuillier observe, quant à lui, que « les esprits à droite comme à gauche – sont généralement favorables au concours, les uns par conception élitiste, les autres pour obtenir une certaine démocratisation et une certaine limitation de l'arbitraire gouvernemental. Surtout, les ministères veulent relever le niveau intellectuel des bureaux – Il y a une crise très sensible du recrutement dans certains secteurs, en raison de la baisse du niveau de revenu des employés –, ils cherchent aussi à se protéger des influences et des recommandations politiques, surtout parlementaires, qui multiplient les médiocres dans les ministères »⁵⁰ ; les critiques dénonçant l'arbitraire et la piètre qualité des recrutements étant un thème récurrent des observateurs de l'époque⁵¹. En définitive, si le concours est regardé avec faveur, c'est sans doute – comme le relève Guy Thuillier – au motif assez prosaïque que « le concours est le mode de sélection qui apparemment, crée le moins de mécontents »⁵², dans un contexte où le nombre de bacheliers ne cesse de croître.

Quoi qu'il en soit de la réalité des motifs, et notamment de l'ampleur des motivations égalitaristes, dans l'expansion du principe du concours et sa généralisation au tournant du XIX^e au XX^e siècle, il n'en demeure pas moins qu'il a inévitablement constitué un facteur de réduction des inégalités au regard du système arbitraire de recrutement auquel il se substitue. Petit à petit, le concours est donc devenu un moyen qui a permis de garantir la promesse de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques lancée par les révolutionnaires à la fin du XVIII^e siècle.

Égalité et concours, un rapprochement imparfait

Si, à partir de la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, le principe du concours est un acquis, il importe, néanmoins, une nouvelle fois, de ne pas survaloriser la portée du progrès alors accompli pour l'égalité. En effet, y compris lorsque des concours existent, la part laissée à l'arbitraire et au clientélisme était encore extrêmement grande sans qu'il existe de réels moyens juridiques pour la restreindre.

49. Chabin (Michel), *op. cit.*, p. 128.

50. Thuillier (Guy), *Bureaucratie et bureaucrates...*, *op. cit.*, p. 345 (not. note n° 100). Pour quelques exemples édifiants de favoritisme : Lefas (Alexandre), *op. cit.*, p. 62 *sqq* (chap. 3, not. p. 65)

51. En 1908, Demartial constatait : « La plupart des mauvaises nominations sont dues à des influences obscures qui proviennent de l'intérieur même de l'État » ; Demartial (Georges), *Le statut des fonctionnaires*, Paris, La Grande Revue, 1908, p. 212. Déjà, en 1838, Girardin écrivait : « La carrière administrative est la seule dont les abords soient livrés sans défense aux prétentions de l'ignorance et à la présomption de l'incapacité » ; *cit. in* Thuillier (Guy), *Bureaucratie et bureaucrates...*, *op. cit.*, p. 335.

52. *Ibid.*

L'absence de règles générales sur le recrutement des fonctionnaires

Tout d'abord, il n'existait pas de règles générales sur le recrutement des fonctionnaires : durant toute la première moitié du XX^e siècle, le droit de la fonction publique ne comportait alors que très peu de dispositions législatives et les conditions de recrutement étaient encore entièrement fixées par une grande diversité de textes règlementaires déterminant quelles conditions sont exigées à l'entrée de telle ou telle carrière publique. De surcroît, les différentes propositions parlementaires visant à l'adoption d'un statut général depuis les années 1840 jusqu'à la seconde guerre mondiale ont toutes échoué. Lorsqu'il existe, le principe du concours est aisément contourné : ainsi au Conseil d'État en 1908 sur 32 conseillers en service ordinaire, 11 seulement provenaient du concours⁵³, et à la Cour des comptes, en 1910, sur 18 conseillers-maîtres 3 provenaient de l'auditorat⁵⁴, les autres de ces juridictions étant des nominations à l'extérieur (ou titre de l'extérieur) et donc à la discrétion du pouvoir politique.

L'absence de contrôle juridictionnel sur le pouvoir d'appréciation de l'aptitude fonctionnelle des candidats

Ensuite, à ses débuts, le régime juridique du concours ménageait encore au profit de l'administration une large part d'arbitraire possible, par-delà même la diversité des décrets. « Or – comme le fait observer un auteur, R. Brunet, en 1912 – tous ou presque tous ces décrets laissent un très large pouvoir d'appréciation à l'agent chargé de la nomination ; la plupart spécifient que le candidat, pour être admis à concourir, ne doit pas seulement remplir les conditions qu'ils énumèrent : ils exigent aussi qu'il ait obtenu l'agrément de l'agent, celui-ci étant maître de refuser son agrément et d'exclure ainsi quiconque du concours ; quelques autres prévoient que la liste de candidats déclarés aptes par le jury n'est qu'une liste de présentation sur laquelle le gouvernement a le droit de prendre les candidats qu'il veut, dans l'ordre qu'il veut »⁵⁵. Pendant tout le XIX^e siècle et au moins jusqu'en 1905, la doctrine et la jurisprudence admettaient, en effet, que l'autorité en charge de la nomination disposait du droit d'apprécier discrétionnairement l'aptitude fonctionnelle des candidats. C'est ainsi que, dans un arrêt *Rouget* du 5 juillet 1851, le Conseil d'État avait jugé qu'il n'était pas fondé à réviser l'appréciation, faite par le ministre de l'instruction publique, de la moralité d'un candidat pour l'agrégation des sciences mathématiques. La question s'était ainsi présentée à nouveau, en 1904 devant la chambre des députés, et le gouvernement avait fait valoir que le pouvoir du ministre était « absolument discrétionnaire »⁵⁶.

Pour conclure, comme le résume R. Brunet, « la plupart des règlements qui régissent les concours à l'entrée des carrières publiques permettent à l'agent chargé de la nomination d'exercer sur les candidats un contrôle très étendu. Dans la plupart des cas, aucun recours n'est possible de la part du candidat exclu. Une pareille situation est contraire au principe de l'égalité d'admissibilité de tous aux emplois publics »⁵⁷. Tel est le constat,

53. Chardon (Henri), *L'administration en France, Les fonctionnaires*, Librairie académique Perrin et C^{ie}, 1908, p. 407.

54. Discours de M. Tillaye, 2^e séance 6 avr. 1910, *JO*, 1910, *Déb. parl. Sénat*, p. 1384, *cit. in* Rolland (Louis), « La réaction contre le favoritisme », *RDP* 1911, p. 593.

55. Brunet (René), *Le principe d'égalité en droit français*, Thèse de doctorat, Paris éd. Felix Alcan, 1910, p. 148 ; p. 192. Cf. aussi Sibert (Marcel), *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, 1912, p. 117-120.

56. Jèze (Gaston), *RDP* 1912, p. 531.

57. Brunet (René), *op. cit.*, p. 192.

politique, que l'on peut faire alors que s'ouvre le XX^e siècle puisque, juridiquement, la Déclaration de 1789 et, avec elle, le principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics ne bénéficiaient alors encore d'aucune juridicité propre.

LA CONQUÊTE AU XX^e SIÈCLE DE GARANTIES JURIDICTIONNELLES DU PRINCIPE D'ÉGAL ACCÈS

Le XX^e siècle se caractérise par l'apparition de règles, d'origines jurisprudentielles d'abord, législatives ensuite, qui ont directement et expressément pour objet de protéger l'idée d'égalité d'admissibilité aux emplois publics et dont le juge est le principal garant. Mais cette conquête de la garantie juridictionnelle du principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics a été difficile et longue à se dessiner : elle n'a été acquise qu'à la Libération et l'émergence de dispositions législatives garantissant une règle d'égalité d'accès ne s'opère de manière véritablement notable qu'à la fin du XX^e siècle.

La garantie juridictionnelle du principe constitutionnel de l'égal accès à partir du milieu du XX^e siècle

En devenant un droit justiciable, les implications juridiques du principe d'égal accès ont pu être précisées par une jurisprudence administrative et constitutionnelle dont il importera de relever les aspects saillants, notamment lorsqu'elle détaille les différences de traitement qui sont constitutives d'une rupture d'égalité et celles qui ne le sont pas.

L'obtention tardive d'un droit justiciable à l'égal accès : 1954, 1983

La conquête jurisprudentielle d'un droit subjectif à l'égal accès à la fonction publique au lendemain de la Seconde Guerre a été précédée par une période de maturation durant la première moitié du XX^e siècle. Au cours de cette période, le principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics n'est certes pas encore la norme de référence du juge administratif⁵⁸. Néanmoins l'article 6 de la Déclaration des droits est omniprésent dans le discours des commentateurs (commissaires du gouvernement ou universitaires) de la jurisprudence du Conseil d'État sous la Troisième République : il forme le paradigme explicatif des évolutions législatives et jurisprudentielles en la matière⁵⁹.

Un principe d'égalité d'admissibilité indirectement sanctionné par le juge pendant la première moitié du XX^e siècle : des conquêtes limitées

Graduellement, sous la Troisième République, la loi et les règlements sont intervenus pour enserrer le recrutement par concours (conditions de publicité, d'un débat

58. Il constitue cependant la référence obligée chez l'ensemble des commentateurs : cf. p. ex., Jèze (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, p. 429 (« ... il est à la base de l'organisation politique et administrative moderne. Ce n'est pas seulement la proclamation d'un idéal politique. C'est là une règle de droit, obligatoire pour les autorités publiques »).

59. Sibert (Marcel), *op. cit.*, p. 124. Jèze (Gaston), *RDJ* 1912, p. 519. Brunet (René), *op. cit.*, p. 144.

contradictoire, de la possession d'une diplôme, *etc.*⁶⁰) et le Conseil d'État, selon « une évolution progressive et continue, mais plus lente et plus timide que pour les autres cas d'application », a étendu la théorie de l'excès de pouvoir à tous les actes touchant au recrutement de la fonction publique et en a facilité l'accès en définissant plus largement l'intérêt exigé pour former le recours⁶¹. Outre l'affirmation d'un contrôle sur le respect des formes éventuellement prescrites par la loi ou les règlements⁶², le Conseil d'État a aussi posé les jalons visant à encadrer le pouvoir discrétionnaire par la reconnaissance de la théorie du détournement de pouvoir⁶³, d'abord, puis celle de l'intérêt du service, ensuite ; puis il a, enfin, reconnu l'aptitude légale des femmes aux emplois publics. Néanmoins, ces différentes avancées demeuraient assez limitées pour au moins trois raisons.

Premièrement, la garantie du détournement de pouvoir est en vérité toute théorique. Comme le fait remarquer alors G. Jèze : « Constatons qu'en fait il est très rare que la décision d'un agent puisse être critiquée pour ce motif. Le plus souvent, l'agent n'a pas à donner et ne donne pas les raisons pour lesquelles il n'a pas nommé un individu à une fonction »⁶⁴. Dans ce cas, aucun recours n'aboutira : « on devra supposer – faute de pouvoir faire la preuve contraire – que cet agent a été guidé par "les talents et les vertus des candidats" qu'il a admis à concourir et qu'il n'a exclu les autres que parce que "leurs talents et leurs vertus" étaient insuffisants »⁶⁵. Par ailleurs, dans le cas où il motive son acte, « l'agent peut en se basant sur le défaut de moralité exclure qui lui déplaît d'un concours »⁶⁶, cette considération de fait échappant au contrôle juridictionnel⁶⁷.

Deuxièmement, le même constat désabusé peut être fait en ce qui concerne la solution retenue dans le célèbre arrêt *Abbé Bouteyre* du 10 mai 1912⁶⁸. À la suite de cet arrêt, le pouvoir de l'administration d'écarter un candidat ne s'exerce plus seulement dans les limites de ne pas commettre de détournement de pouvoir, mais aussi dans celles d'agir dans « l'intérêt du service ». Cependant, dans ses conclusions conformes, « le commissaire du gouvernement Helbronner apporte une restriction importante : l'appréciation par le ministre de ce qu'exige l'intérêt du service échappe au contrôle juridictionnel »⁶⁹. De fait dans cette espèce, le Conseil d'État validait la décision d'exclusion prise par

60. Jèze (Gaston), *RDP 1912*, p. 519. Pour des exemples de jurisprudence où il y a nullité pour non respect des formes prescrites par les lois et règlements : p. 521 *sqq.*

61. *Ibid.*

62. Pour un aperçu des contraintes imposées par le Conseil d'État sur les opérations de concours : Sibert (Marcel), *op. cit.*, p. 98-158.

63. Comme on a pu l'affirmer au tout début du XX^e siècle, « ce n'est pas en se basant uniquement sur les articles de la Déclaration des droits relatifs à l'égalité, que les citoyens dont les droits seraient violés ou les intérêts lésés par une décision anti-égalitaire pourront en obtenir l'annulation. Mais la jurisprudence actuelle leur fournit un moyen d'y arriver » ; « c'est la théorie dite du détournement de pouvoir : en s'appuyant sur cette théorie, il est assez souvent possible aux particuliers d'obtenir de l'administration qu'elle respecte le principe d'égalité » ; Brunet (René), *op. cit.*, p. 144.

64. Jèze (Gaston), *RDP 1912*, p. 527. Dans le même sens, Sibert (Marcel), *op. cit.*, p. 524.

65. Jèze (Gaston), *RDP 1912*, p. 531. Dans le même sens, Brunet (René), *op. cit.*, p. 150.

66. Brunet (René), *op. cit.*, p. 150. Pour un exemple éloquent : Lefas (Alexandre), *op. cit.*, p. 78 (cas d'un très bon élève de 18 ans de l'école nationale professionnelle de Nantes exclu d'un concours de commis des ponts et chaussées par un préfet en raison des opinions... d'un membre de sa famille).

67. Jèze (Gaston), *RDP 1912*, p. 528.

68. CE, *Abbé Bouteyre* du 10 mai 1912, Rec., p. 553 *sqq.*, concl. J. Helbronner ; *RDP 1912*, p. 453 *sqq.*, notes G. Jèze (voir not. p.456 *in fine*).

69. Jèze (Gaston), *RDP 1912*, notes précitées, p. 466 ; ce point est vigoureusement critiqué par G. Jèze qui milite pour une distinction à cet égard entre les motifs de fait et de droit. Helbronner regarde ce pouvoir d'appréciation sur les mérites des candidats comme un tempérament au principe contenu à l'article 6 de la Déclaration de 1789.

l'administration : il jugeait en effet que le pouvoir d'appréciation de l'intérêt du service du ministre de l'instruction publique l'autorise à écarter un ecclésiastique au concours d'agrégation de philosophie de l'enseignement secondaire⁷⁰. En pratique, d'une manière générale, les solutions d'espèce validaient le plus souvent le choix de l'administration grâce à une interprétation compréhensive de l'intérêt du service⁷¹. Avant la Seconde guerre, cette jurisprudence ne semble pas avoir souvent occasionné de nullité d'un recrutement. Et lorsque c'était le cas, il existait toujours des moyens de nommer l'intéressé à un autre poste, et parfois même encore mieux pourvu⁷².

Troisièmement, après la question de la religion, c'est celle des femmes qui a contribué, durant l'entre deux guerres, à encadrer davantage le pouvoir de l'administration en matière de recrutement, mais sur un plan davantage théorique encore une fois. Par un arrêt *Demoiselle Bobard* du 3 juillet 1936, le Conseil d'État posait, pour la première fois, le principe de l'aptitude légale des femmes aux emplois publics, mais il apportait dans la foulée un tempérament qui, là aussi, en affectait assez considérablement la portée, puisqu'il reconnaissait à l'administration la possibilité d'écarter la candidature d'une femme « si des raisons de service nécessitent, dans un ministère, des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin », sans que cette appréciation d'opportunité puisse être discutée devant le juge administratif. Et en l'espèce, le Conseil d'État jugeait donc que le gouvernement avait légalement pu réserver au personnel masculin les emplois de rédacteurs et ceux d'un grade supérieur au sein de l'administration centrale du ministère de la guerre en vue de satisfaire aux exigences spéciales du service dans ce ministère. Un arrêt *Demoiselle Cuisset* du 26 juillet 1912 leur interdisait l'ensemble des emplois pour lesquels la réglementation exigeait que les candidats à un poste, en l'occurrence celui de rédacteur, aient satisfait aux lois sur le recrutement de l'armée, les femmes étant par là-même exclues de cette catégorie d'emplois. La reconnaissance pour les femmes du principe de « l'aptitude légale » n'a donc pas signifié la reconnaissance d'une aptitude égale mais bien plutôt celle d'une aptitude inégale.

Un principe d'égalité directement sanctionné par le juge à partir de 1954 :
une conquête décisive

Les principes régissant le recrutement au sein de l'administration connurent un tournant décisif dans le contexte de l'Après-guerre qui voit, enfin, en 1946, la consécration d'un statut général, d'un statut unique dont le principe central est le concours. Le statut général affirme que les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi⁷³.

70. « À ce principe absolu, de l'aptitude de tout citoyen à postuler à un emploi public, un tempérament doit être forcément apporté, qui provient du caractère même de la fonction publique. C'est qu'en dehors des conditions d'âge, de capacité ou de moralité, les candidats aux fonctions publiques doivent être aptes aux fonctions qu'ils sont appelés à remplir [...] L'autorité qui fait la nomination a donc forcément, dans l'intérêt du service que la fonction a pour but d'assurer, à exercer un certain pouvoir d'appréciation sur les mérites des candidats » ; *Ibid.*

71. Cf. aussi CE, 29 juillet 1953 *Sieur Lingois* ; en application du pouvoir, conféré au président du Conseil des ministres, d'apprécier dans l'intérêt du service si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les études poursuivies à l'ENA, celui-ci était fondé à refuser au requérant de prendre part au concours d'entrée de cette école.

72. Lefas (Alexandre), *op. cit.*, p.65 : hypothèse d'un employé des tabacs nommé en moins d'un mois rédacteur, puis inspecteur de l'assistance publique, puis sous-chef de bureau rémunéré 5 000 francs, qui après annulation de sa dernière nomination, est nommé percepteur avec un traitement de 15 000 francs.

73. Loi du 19 octobre 1946 « relative au statut général des fonctionnaires » : titre 1^{er} art. 16.

L'avènement de ce droit commun doit politiquement être regardé comme une nouvelle étape du mouvement de concrétisation du principe républicain de « l'égal accès aux fonctions publiques », lequel est précisément réaffirmé par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁷⁴. Les conditions étaient alors réunies pour que ce principe devienne enfin un principe justiciable et qu'il puisse ainsi être opposé à l'administration, dans un premier temps ; puis, dans un second temps, bien plus tardif, au législateur.

(1) C'est avec le célèbre arrêt *Barel* du 28 mai 1954 que l'égalité d'admissibilité devient enfin, de manière effective, un droit subjectif opposable à l'administration. Il est doublement remarquable. Tout d'abord, le Conseil d'État y reconnaît explicitement, pour la première fois, « le principe de l'égalité de l'accès de tous les français aux emplois et fonctions publics » : il l'érige en « principe général du droit » que doit respecter le pouvoir réglementaire. Même si d'un point de vue formel, le fondement juridique de cette garantie n'est pas l'article 6 de la Déclaration de 1789 en tant que tel – il ne le deviendra que bien plus tard en 1988⁷⁵ – l'essentiel est acquis : le principe d'égal accès bénéficie enfin d'une sanction juridictionnelle : tout candidat s'estimant victime d'une inégalité de traitement lors d'un recrutement peut désormais s'adresser au juge administratif afin qu'il vérifie que ce principe général du droit n'a pas été enfreint. Ensuite, l'autre fait remarquable est que le Conseil d'État, en l'espèce, invalide la décision de l'administration au motif qu'elle viole le principe d'égal accès. À propos du pouvoir de l'administration d'arrêter la liste des candidats admis à concourir à l'École nationale d'administration, le juge réaffirme que, certes, l'administration dispose du pouvoir d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats admis à se présenter au concours présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles cette école donne accès et qu'elle peut, à ce titre, tenir compte de faits et de manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats ; mais il estime toutefois qu'elle ne saurait, sans méconnaître le principe de l'égalité d'accès aux emplois publics, écarter quelqu'un de la liste des candidats en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques, ce qui était le cas en l'espèce puisque l'intéressé avait été rejeté du fait de ses opinions communistes. L'avancée n'était donc, enfin, plus seulement circonscrite dans le monde des idées : il était prouvé que le principe d'égal accès pouvait se traduire concrètement dans les faits par une invalidation de la décision de l'administration⁷⁶. Par la suite, le Conseil d'État a renforcé encore davantage son contrôle sur les décisions de refus d'admission à concourir, en exerçant un contrôle non plus seulement minimal mais un contrôle normal qui l'amène à censurer toute erreur dans la qualification juridique des faits⁷⁷.

(2) Le législateur, quant à lui, s'est vu imposer, par le Conseil constitutionnel, le respect du principe énoncé par l'article 6 de la Déclaration de 1789 en matière d'emploi public, uniquement à partir de 1976⁷⁸ et, de manière tout à fait explicite, à partir de

74. Bidouze (René), « Du serment de fidélité à l'Empereur au statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales », *Revue française d'administration publique*, n° 25, 1983, p. 9-40 (p.17-18).

75. CE, ass. 16 décembre 1988, *Bleton*, Rec. CE p. 451 *sqq.* (Sous l'influence sans doute de la jurisprudence du Conseil constitutionnel).

76. C'est même pour Ch. Eisenmann, la seule originalité de cet arrêt : CE, ass., *Barel*, 28 mai 1954, Rec. p. 309 conc. Letourneur et p. 157 note Eisenmann.

77. CE, sect., 10 juin 1983, *R...*, n°34832, p. 251.

78. CC, 15 juillet 1976, n° 76-67 DC, « *Dossiers des fonctionnaires* » : dans le cadre de recrutements bénéficiant à des personnels appartenant déjà à l'administration, la faculté ouverte aux jurys de consulter les dossiers individuels, ne méconnaît pas « les dispositions de l'article 6 de la DDHC de 1789 » (§ 3) et plus exactement le « principe d'égalité de traitement des fonctionnaires » (§ 2) et plus exactement même le « principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires » (§ 3). C'est cependant bien aussi déjà la question de l'admissibilité à un emploi public qui est en jeu et que contient l'article 6.

1983. La question de l'entrée à l'École nationale d'administration fut une nouvelle fois à l'origine d'une évolution en la matière puisque c'est par une décision dite *Troisième voie d'accès à l'ENA*, du 14 janvier 1983⁷⁹, que le Conseil constitutionnel utilisa, pour la première fois, le principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics comme norme de référence de son contrôle. Il s'y réfère depuis de manière constante.

Les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel ont depuis lors eu l'occasion de détailler la portée du principe d'égal accès aux emplois publics. Il est impossible d'en évoquer ici tous les aspects⁸⁰, il sera fait état des deux traits principaux suivants : il s'agit des rapports que le principe constitutionnel d'égalité d'accès entretient avec le concours, d'abord, et avec le mérite, ensuite.

*La densification normative du droit à l'égal accès :
égalité, concours et mérite*

Comme le résume le Conseil constitutionnel, dès sa première affaire de 1983 : « si le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, proclamé par l'article 6 précité de la Déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public »⁸¹.

Les précisions jurisprudentielles des rapports entre égalité et concours :
le principe d'égalité n'interdit pas la pluralité des voies d'accès aux emplois publics

Le principe de l'égal accès aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'implique donc pas un même mode de recrutement pour tous.

(1) Il autorise que l'on puisse accéder à un même emploi par le biais de concours⁸² différents (concours externe, concours interne, troisième concours, concours sur épreuves, concours sur titre...). La jurisprudence du Conseil d'État précise, par exemple, que le principe d'égalité d'accès aux emplois publics ne s'oppose pas à ce que le recrutement des ingénieurs-élèves intégrant l'École nationale du génie rural repose sur des concours distincts et détermine des quotas distincts selon que les candidats proviennent

79. CC, 14 janvier 1983, n° 82-153.

80. Mélin-Soucramanien (Ferdinand), « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 18-1994, 1994, p. 241-294. Cluzel-Métayer (Lucie), « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *Revue française de droit administratif*, n° 2, 2010, p. 309-322. Fitte-Duval (Annie), « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP* 2006, p. 4 *sqq.*

81. *Ibid.*, § 5. Formule reprise par la suite : CC, 16 janvier 1986, n° 85-204.

82. La notion de concours est ici entendue au sens strict d'une procédure de sélection des candidats, par un jury indépendant de l'autorité de nomination, à la suite d'une vérification d'aptitude sans consultation des dossiers administratifs individuels, visant à classer les lauréats par ordre de mérite pour un nombre limité de poste à pourvoir.

de telle ou telle école (soit l'école formant classiquement les ingénieurs du génie rural des eaux et des forêts, soit celle formant les ingénieurs d'agronomie)⁸³. De même, un décret peut « sans méconnaître le principe d'égalité d'accès aux emplois publics, prévoir deux catégories d'épreuves différentes pour des médecins n'ayant pas suivi les mêmes formations et titulaires de diplômes différents »⁸⁴. En d'autres termes, la différence de traitement (des concours différents) est justifiée par une différence de situation (des formations et des expériences différentes).

(2) Plus encore, par une décision du 30 août 1984, le juge constitutionnel a pu préciser que l'article 6 ne suppose pas systématiquement le recours au système du concours. Une loi peut donc permettre le recrutement de fonctionnaires sans concours et ne pas méconnaître le principe d'égal accès : « aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours et qu'aucune disposition de la loi ne saurait être interprétée comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »⁸⁵.

C'est ainsi que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à la possibilité d'accéder à un même corps à la suite de procédures de sélection de natures différentes : concours, pour les uns, examen professionnel pour les autres. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le pouvoir réglementaire peut « sans méconnaître le principe d'égal accès aux emplois publics, prévoir des proportions de recrutement dans le corps des ingénieurs des mines différentes pour les ingénieurs-élèves des mines et pour les ingénieurs de l'industrie et des mines, qui sont placés dans des situations différentes tant quant à leur formation initiale que quant à leur statut »⁸⁶. Les ingénieurs des mines sont, en effet, pour une part, recrutés par la voie d'un concours et, pour une autre part, ne devant pas excéder 10 % des effectifs du corps, recrutés par promotion interne des ingénieurs de l'industrie et des mines à la suite d'un examen professionnel, lequel se distingue notamment du concours par le fait que les membres du jury peuvent consulter le dossier individuel des candidats. Pour le juge administratif, « la consultation du dossier individuel des candidats à un examen professionnel ne méconnaît aucune des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires, et notamment ne viole pas le principe d'égalité entre les candidats, dès lors qu'elle est effectuée pour chacun d'entre eux dans les mêmes conditions »⁸⁷. De la même manière que « le principe même du procédé du concours exige que les candidats soient mis en compétition dans des conditions qui assurent l'égalité de leur traitement, ce qui implique que les résultats des épreuves soient appréciés par un jury unique »⁸⁸ fonctionnant dans la même composition durant tout le concours et pour tous les candidats, sans autre élément d'appréciation que les épreuves elles-mêmes ; on pourrait dire que le principe même du

83. CE ass., 12 décembre 2003, *M. Billimaz et autres*, n° 245607 (JCP 2004, n° 6, p. 154, note D. Jean-Pierre) : « si le principe d'égalité impose que, dans les concours d'accès aux emplois publics, il ne soit tenu compte que des mérites des candidats, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités de ceux-ci à l'entrée dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte de la variété des situations, et en particulier des études suivies ou des expériences professionnelles antérieures, ainsi que des besoins du service public ».

84. CE, 3 octobre 2003, *Akhras et autres*, n° 246718.

85. CC, 30 août 1984, n° 84-178, § 10. En l'occurrence, n'est pas contraire au principe d'égal accès la possibilité, introduite par la loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et, plus exactement par les statuts particuliers des corps de fonctionnaires de catégorie C et D, de recruter ces derniers sans concours.

86. CE, 6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n° 309922.

87. CE, 28 juin 1991, *Desmoulins*, n° 104589 ; dans le même sens : CE, 8 juin 1998, *Pellerin* n° 143481, Rec. CE 1998, p. 720.

88. CE, 30 mars 1968, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 68699.

procédé de l'examen professionnel exige que les candidats soient sélectionnés dans des conditions qui assurent l'égalité de leur traitement, ce qui implique que la consultation du dossier individuel par le jury en complément du résultat des épreuves soit effectuée pour chacun d'entre eux dans les mêmes conditions. Le principe d'égalité joue donc manière relative, c'est-à-dire relativement à un certain point de vue, en fonction de la finalité des procédures de sélection retenues : celle du concours d'un côté et celle de l'examen professionnel de l'autre. En conséquence, il impose une identité de traitement entre les candidats uniquement à l'intérieur de chaque type de sélection.

De même, la justiciabilité du principe d'égal accès à la fonction publique n'a pas non plus eu pour effet de remettre en cause la tradition, d'origine napoléonienne, des recrutements « au titre de l'extérieur »⁸⁹ dont l'objectif est d'ouvrir certains corps à des personnes disposant d'une expérience hétérogène, distincte de celle des fonctionnaires y accédant par la voie du concours. S'inscrivant dans le droit fil du modèle de recrutement discrétionnaire hérité du XIX^e siècle, le recrutement au tour extérieur permet ainsi au gouvernement d'intégrer directement dans un corps, et notamment les plus prestigieux, un certain nombre de personnes sans autres conditions statutaires, le plus souvent, que celles de l'âge de l'impétrant ou du nombre d'années passées dans une fonction⁹⁰. Bien que ces conditions soient minimales, le tour extérieur n'a pas été jugé contraire au principe d'égal admissibilité. C'est ainsi que, dans une décision du 12 septembre 1984, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution l'article de loi qui « réserve au gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination d'inspecteurs généraux ou de contrôleurs généraux au tour extérieur », tout en précisant néanmoins que cette disposition « ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui exige que le choix des candidats soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur seront confiées ». Une telle réserve interprétative renvoyait implicitement au Conseil d'État le contrôle, au cas par cas, des nominations sur le fondement de l'article 6 ; contrôle que le juge administratif a effectivement opéré, lors de l'application de la loi en question, dans deux décisions du 16 décembre 1988 (et sur lesquelles il faudra revenir ultérieurement).

(3) Enfin, le juge constitutionnel a pu préciser que « le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois permanents de direction d'établissement public qui sont en principe occupés par des fonctionnaires », pourvu que « les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées » s'appliquent de manière identique à tous les candidats et que la sélection soit « fondée sur la capacité des intéressés à remplir leur mission »⁹¹. Le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics n'implique donc pas de recourir inévitablement à des fonctionnaires pour occuper certains emplois publics. Tel est le cas en l'occurrence des postes de directeurs d'établissements publics de santé ou d'établissements sociaux ou médico-sociaux à la suite d'une loi du 21 juillet 2009. D'une manière générale, la part des agents non titulaires s'élève aujourd'hui à 16,8 % des effectifs de l'ensemble de la fonction publique (soit à peu près 900 000 personnes). Ils représentent précisément 20 % de la fonction publique

89. Comme le désigne le Conseil d'État lors des premiers contentieux : CE, 8 février 1924, *Sieus Evesques et Lavila*, Rec. 1924, p. 145.

90. Conditions statutaires que fait respecter le Conseil d'État dès les premiers contentieux : CE, *Sieus Evesques et Lavila*, 8 février 1924, n° 72.292, Rec. p. 145-146 (condition d'ancienneté non remplie par l'intéressé).

91. CC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, n° 2009-584 DC.

territoriale, 15,9 % de la fonction publique hospitalière et 15,1 % de la fonction publique d'État. Au sein de cette dernière, les contractuels constituent même 30 % des agents de catégorie A et B (soit à peu près 218 000 individus)⁹².

Les précisions jurisprudentielles des rapports entre égalité et mérite :
le principe d'égalité impose une adéquation entre les capacités et les fonctions

Recruter implique de distinguer. En conséquence, tout comme d'ailleurs le principe général d'égalité devant la loi, le principe spécial d'égal accès aux emplois publics est interprété de manière relative en ce sens qu'il admet certaines distinctions et en rejette d'autres. À cet égard, l'article 6 indique, rappelons-le, que les citoyens sont admissibles aux emplois publics « sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Le critère de choix est donc celui du mérite (individuel) à accéder à un emploi (administratif). La jurisprudence précise que les distinctions possibles peuvent « tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public ». La sélection du plus apte peut donc s'apprécier en portant l'accent soit sur la spécificité du profil du candidat soit sur celle de la mission à remplir. Dans tous les cas, le principe d'égalité impose d'examiner « les mérites » des postulants au regard des « besoins du service », les capacités des candidats à la lumière des fonctions à exercer. Autrement dit, il impose une adéquation entre les capacités et les fonctions. Tout critère de distinction entre les candidats qui ne s'inscrit pas dans ce rapport de congruence devient, de ce fait même, non pertinent ou arbitraire et doit alors être regardé comme une discrimination contraire au principe d'égal accès. Le juge fait respecter cette exigence interne au principe d'égalité à l'égard des actes généraux déterminant le mode de recrutement autant que des décisions de recrutement elles-mêmes.

(1) Au regard de la finalité du recrutement de l'École nationale d'administration, il n'est ainsi pas compréhensible que les élèves des écoles normales supérieures bénéficient d'une voie d'accès spéciale à cette école : « la création d'un régime d'accès privilégié à l'École nationale d'administration réservé aux élèves desdites écoles normales supérieures ayant achevé leur troisième année de scolarité n'est justifiée ni par la situation particulière dans laquelle se trouveraient lesdits élèves au regard du recrutement dans les corps auxquels ouvre accès l'École nationale d'administration, ni par les besoins du service public ; qu'elle méconnaît par suite le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 »⁹³. Pour l'énoncer autrement, la rupture du principe d'égalité découlait dans cette hypothèse de l'introduction d'une différence de traitement (des concours distincts) entre des candidats qui, au regard de la nature des postes à pourvoir par le biais de l'ENA, sont dans une situation essentiellement semblable (quant à leur mérite, tel qu'il est révélé par leur formation). De ce point de vue, la différence de traitement ne répond pas à une différence de situation.

C'est pour cette même raison que ne respecte pas non plus le principe d'égal accès, une instruction du ministre de la défense réservant des emplois dans certains établissements militaires de construction navale à des personnes provenant d'un chantier naval

92. Ministère de la fonction publique, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique 2010-2011*, vol. 1, La documentation française, 2011, p. 114.

93. CE ass., 21 décembre 1990, *Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud et autres, Association des anciens élèves de l'ENA*, n° 72834 72897. Est ainsi annulé le décret du 13 août 1985 en tant qu'il institue un concours d'entrée à l'école nationale d'administration réservé à certains élèves « de l'école normale supérieure et de l'école normale supérieure de jeunes filles ou de l'établissement unique issu de leur regroupement ».

privé en difficulté ; ce faisant le ministre « s'est fondé sur des considérations sociales étrangères aux critères de sélection résultant de la capacité des candidats et a ainsi méconnu le principe d'égal accès aux emplois publics »⁹⁴.

(2) Le raisonnement demeure le même au niveau individuel. Le contrôle, par le Conseil d'État, des recrutements au tour extérieur, sur le fondement de l'article 6 fait particulièrement bien ressortir cette exigence-là tirée principe d'égal accès, précisément en raison du fait que ce type de recrutement n'est entouré de presque aucune autre condition de fond que celle de ne pas enfreindre ledit principe. Cette condition du respect du principe d'égal accès a été posée, dans le cadre d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, par deux décisions du 16 décembre 1988 dans lesquelles étaient respectivement contestées une nomination au sein du corps des inspecteurs généraux de l'administration des affaires culturelles et une autre au sein du corps des inspecteurs généraux des bibliothèques⁹⁵. Si la première a été validée, la seconde a en revanche été invalidée au motif de l'inadéquation des capacités de l'intéressé avec les fonctions à remplir. Après avoir rappelé les termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, le Conseil d'État précise que « l'appréciation des capacités des candidats, à laquelle se livre l'autorité investie du pouvoir de nomination, doit s'effectuer en tenant compte des attributions confiées aux membres du corps dont il s'agit et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions ». Examinant le dossier du candidat au regard des missions du corps d'inspection en question (composé de quatre personnes au total), le juge administratif relève qu'« il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il ait possédé une expérience dans le domaine des bibliothèques et de l'information scientifique et technique ; que, par suite, eu égard aux caractères [...] de l'inspection générale des bibliothèques, les auteurs du décret attaqué, en estimant que [l'intéressé] avait les capacités requises pour être nommé dans ce corps, ont, quels que fussent par ailleurs les mérites de l'intéressé, commis une erreur manifeste d'appréciation ». Dans les faits, néanmoins, l'encadrement du tour extérieur sur le fondement du principe d'égalité demeure assez lâche⁹⁶. Depuis 1988, l'invalidation d'un recrutement au tour extérieur pour erreur manifeste d'appréciation des capacités d'un candidat au regard des fonctions à remplir n'est survenue qu'une seconde fois : par une décision du 23 décembre 2011, le Conseil d'État a annulé la nomination, au sein du corps général économique et financier de première classe, d'une personne qui, notamment, « n'avait exercé ni des responsabilités d'encadrement ou de direction, ni des fonctions d'analyse et d'expertise approfondies à caractère économique et financier »⁹⁷.

94. CE, 14 février 1990, *Fédération syndicaliste force ouvrière de la défense*, n° 104275.

95. CE, 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils et autres c. M. Dupavillon*, n° 71862, 71942 et 72000, et *Bleton et autres c. M. Sarazin*, n° 77713.

96. En raison de la rareté des recours (liés à des conditions d'ouverture difficile en l'absence de procédure organisée de sélection et un usage parcimonieux de la part des syndicats de fonctionnaire) et de la retenue du juge administratif (à l'égard de la « très large liberté de choix » du gouvernement), alors même que, depuis 2001, plusieurs nominations (cinq) ont été prises malgré l'avis défavorable de la commission d'aptitude (mises en place à partir de 1994) : Melleray (Fabrice), « Erreur manifeste d'appréciation et recrutement au tour extérieur », *JCP Droit administratif*, n° 3, 2012, comm. 32.

97. CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières (SPACEF-CFDT)*, n°346629 (Melleray (Fabrice), précité ; Didier (Jean-Pierre), « La 'République irréprochable' devant le Conseil d'État », *JCP Adm. et coll. territ.*, n° 6, 2012, p. 2052) : il s'agit en l'occurrence de Dominique Tibéri, fils de l'ancien maire de Paris et député du cinquième arrondissement de Paris, qui, selon la presse (*Le Monde*, 23 déc. 2011), aurait bénéficié d'un arrangement politique. Le Conseil d'État rappelle expressément qu'en application de l'article 6 de la Déclaration de 1789 « l'appréciation des capacités des candidats à laquelle se livre l'autorité investie du pouvoir de nomination doit s'effectuer en tenant compte, au vu notamment de l'avis de la commission d'aptitude instituée par la loi, des attributions confiées aux membres du corps concerné et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions ».

D'une manière générale, quel que soit le type de recrutement, la prise en compte pour évaluer les candidats d'un critère étranger aux seuls capacités, vertus et talents est une rupture d'égalité. Par exemple, un arrêt du 10 avril 2009, *El Haddaioui c. Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales*, invalide la délibération d'un jury de concours interne d'officier de la police nationale qui, lors de l'entretien d'évaluation, avait posé au candidat plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse. Le juge administratif constate que ces questions « sont constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics »⁹⁸.

(3) La garantie de l'égal accès peut, en outre, résulter de dispositions, nombreuses, qui n'ont pas explicitement pour objet d'énoncer une règle d'égalité de traitement. Ainsi, par exemple, lorsque le tribunal administratif de Nancy annule une décision de refus de nomination d'un agent en raison d'une surcharge pondérale au motif qu'il n'est pas établi que cette dernière soit « incompatible avec les obligations du service public afférentes à l'emploi de préposé »⁹⁹, il sanctionne l'administration au motif qu'elle a commis un excès de pouvoir dans l'application d'une disposition qui pose la condition d'aptitude physique pour l'exercice de la fonction¹⁰⁰. Matériellement néanmoins cette décision a pour résultat de protéger les candidats contre la survenance de discriminations fondées sur un critère qui est étranger à celui du mérite.

La multiplication de garanties législatives de l'égal accès à partir de la fin du XX^e siècle

L'arsenal législatif permettant de lutter contre les inégalités de traitement en matière d'accès aux emplois publics n'a cessé de s'enrichir¹⁰¹ et de se diversifier, du point de vue à la fois des normes de référence et des moyens de garantie. Ce phénomène tend à s'amplifier à mesure qu'approche la fin du siècle, à partir du tournant des années 1980. Tel est le cas, par exemple, des dispositions communautaires qui prescrivent l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi et qui sont à l'origine de la loi de 1991 qui ouvre les emplois publics non régaliens aux ressortissants étrangers membres de l'Union européenne (Soit environ 70 % des emplois de la fonction publique d'Etat et de la fonction publique territoriale)¹⁰². Les règles visant à garantir l'égal accès des femmes aux emplois public manifestent également ce phénomène. Elles l'illustrent d'une manière qui est non seulement archétypale mais pourraient préfigurer aussi les évolutions pour d'autres catégories sociales éprouvant des difficultés à accéder à certains emplois.

98. CE, ss-sect. 5 et 4 réunie, 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddaioui c. Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales*.

99. TA Nancy, 5 mai 1992, *Mlle Willaume*, n° 90292.

100. Art. 5 de la loi du 13 juillet 1983.

101. Mekhantar (Joël), « La lutte contre les discriminations en matière d'accès aux emplois publics », *AJFP*, 2011, n° 3, p. 146-154.

102. Les 30% de postes qui leurs sont interdits sont les emplois qui « soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance de l'État ou des autres collectivités publiques » : loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses mesures relatives à la fonction publique introduisant un article 5 bis dans la loi du 13 juillet 1983.

La grande diversité des normes de référence et des moyens de garantie

(1) C'est ainsi qu'à partir d'une loi du 1^{er} juillet 1972¹⁰³, est apparue une incrimination pénale de la discrimination à raison d'une série de critères qui ont été toujours plus nombreux au fil des années : alors qu'ils portaient au départ uniquement sur l'appartenance ethnique et religieuse, il en existe aujourd'hui une douzaine¹⁰⁴. Le code pénal incrimine ainsi la discrimination notamment « lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher » ou « à subordonner une offre d'emploi [...] à une condition fondée sur l'un [des critères en question] »¹⁰⁵. En apparence, un tel dispositif répressif semble incarner une étape décisive ; dans les faits, cependant, peu de justiciables semblent engager une action judiciaire sur la base des dispositions susmentionnées. Les applications du délit de discrimination de l'article 225-1, devant la chambre criminelle de la Cour de cassation sont très rares, l'obstacle majeur à franchir pour les victimes de discrimination reste en général celui de l'établissement de la preuve de la discrimination alléguée¹⁰⁶.

(2) Le droit administratif a suivi la même évolution : les critères de discrimination énumérés par la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires – dite loi « Le Pors » – n'ont, eux aussi, cessé de croître au cours des années et sont passés de cinq¹⁰⁷ à onze aujourd'hui. L'actuel article 6 de cette loi dispose en effet qu'« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires » ou les « agents non titulaires de droit public », notamment lors de leur recrutement¹⁰⁸, « en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race ». Depuis 2001, la prohibition des discriminations en raison du sexe fait même l'objet d'un article spécifique, l'article 6 bis (*cf. infra*)¹⁰⁹.

Que la disposition violée soit la Déclaration de 1789 ou la loi de 1983, la décision administrative discriminatoire est alors frappée d'illégalité. Et dans la seconde hypothèse, l'agent qui en est l'auteur est, de surcroît, « passible d'une sanction disciplinaire »¹¹⁰.

Par ailleurs, la jurisprudence admet que le candidat qui en est la victime a la possibilité d'engager la responsabilité de l'État¹¹¹ et ainsi d'obtenir, le cas échéant, la réparation des

103. Danti-Juan (Michel), « Discriminations », *Répertoire pénal*, Dalloz, 2009, § 3 à 6.

104. Aujourd'hui l'art. 225-1 al. 1 du code pénal réprime les discriminations suivantes : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

105. Cette infraction est principalement « punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » (art. 225-2 du code pénal) et si, lors du processus de recrutement par l'administration, une telle discrimination porte sur un élément consistant « à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi », alors le code pénal sanctionne la « personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public » d'une peine « de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende » (art. 432-7 du code pénal).

106. Sagardoytho (Thierry), « Le droit pénal de la discrimination : un droit à construire, point de vue d'un praticien », *AJ pénal*, 2008, p. 313.

107. Opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, sexe et appartenance ethnique.

108. *Cf.* art. 6 al.5.

109. Et n'est plus évoquée avec les autres formes de discriminations énumérées par l'article 6 susmentionné.

110. Article 6 *in fine*.

111. Soit sur le fondement de la responsabilité pour faute, soit sur celui de la rupture d'égalité devant les charges publiques lorsqu'une validation législative couvre rétroactivement l'annulation des épreuves d'un concours. *Cf.* Moukoko (Philippe), « La responsabilité de l'État du fait de la violation du principe d'égalité d'accès aux emplois publics », *AJFP*, n° 1, 2009, p. 10-15.

préjudices subis. Ainsi, par exemple, dans une affaire où l'administration avait refusé d'engager une personne dans la gendarmerie pour un motif étranger aux capacités de l'intéressé à exercer le métier de gendarme, en l'occurrence en raison d'une affection de l'appareil génital et des risques de stérilité que l'impétrant pouvait courir, le juge a considéré que cette décision était entachée d'illégalité en ce qu'elle méconnaissait le principe constitutionnel de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics et qu'elle était constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Constatant que la décision litigieuse avait « ruiné ainsi tout espoir de carrière de l'intéressé dans la gendarmerie » et qu'elle avait un « caractère vexatoire », le juge a condamné l'État à lui verser une somme de 10 000 euros en réparation du dommage moral et de 6 000 euros en réparation du préjudice matériel lié à la perte de revenu entre le départ de son emploi précédent et l'accès à un nouvel emploi¹¹². Les préjudices nés de la perte d'une chance de carrière dans l'administration peuvent également être réparés¹¹³, mais la preuve de son caractère sérieux peut s'avérer difficile¹¹⁴.

(3) Les victimes de discrimination lors d'un concours d'accès à la fonction publique ont, en outre depuis 2005, la faculté de saisir une autorité quasi-administrative ou quasi-juridictionnelle : la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, devenue Défenseur des droits depuis 2011. Usant de son pouvoir d'enquête et de sa capacité de médiation, elle a depuis cette date eu l'occasion de rendre plus d'une dizaine de délibérations portant sur des allégations de discrimination dans le cadre d'un concours d'accès à un emploi public. Il s'agit majoritairement de distinctions à raison du handicap ou de l'état de santé et à raison de l'âge, et dans une mesure moindre à raison de l'origine¹¹⁵. Ces délibérations ont débouché soit sur des recommandations auprès de l'administration, soit sur des observations auprès des tribunaux en tant que tiers-intervenant¹¹⁶. La Haute autorité a, par exemple, recommandé le réexamen de la candidature d'une personne à un poste de gardien de la paix en raison de son état de santé¹¹⁷ ou d'une autre à un poste de maître de conférences écartée en raison de son âge¹¹⁸. Dans une affaire qui concernait le rejet de la candidature d'un professeur d'anglais en raison de son âge, l'enquête de la Haute autorité a fait apparaître que l'âge des candidats a été retenu comme critère de sélection, sans que cela n'apparaisse objectivement et raisonnablement justifié par le rectorat ; elle a alors notamment recommandé à ce dernier la réparation intégrale du préjudice subi¹¹⁹. Dans une autre affaire encore, la délibération a été suivie d'une circulaire du ministre de la fonction publique rappelant l'importance du droit d'accès du candidat à sa fiche d'évaluation lors d'un concours aux fins de preuve d'une éventuelle discrimination et des conséquences au plan contentieux d'un éventuel refus sur le standard de preuve appliqué en matière de discrimination¹²⁰.

112. TA de Limoges, 31 mai 2007, *Zapata*, n° 0500138.

113. Conseil d'État, 6 novembre 2000, *Gregory*, n° 289398, le requérant a été privé d'une chance sérieuse de réussite à ce concours compte tenu de la place occupée par l'impétrant à l'issue des épreuves du concours (réparation de 100 000 francs). Cour administrative d'appel de Marseille, 23 novembre 1999, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 97MA00827, « compte tenu des notes obtenues par (l'intéressé) aux épreuves d'admissibilité, l'intéressé doit être regardé comme un candidat qui réunissait des chances suffisamment sérieuses de succès » (réparation de 30 000 francs).

114. TA de Limoges, 31 mai 2007, *Zapata*, n° 0500138.

115. Délibérations n° 2009-140 et n° 2006-223.

116. Délibérations n° 2008-08, n° 2008-215 et n° 2009-387.

117. Délibération n° 2007-250 (relative à la limite d'âge pour le recrutement d'agents polyvalents d'entretien et de maintenance mécanique des véhicules et de leurs équipements).

118. Délibération n° 2008-213, 20 octobre 2008.

119. Délibération n° 2010-212, 11 octobre 2010.

120. Délibération n° 2006-223, 23 octobre 2006.

En définitive, la période récente voit non seulement se développer le nombre et la nature des normes de références et des autorités de contrôle, mais aussi les moyens de contrôle. Outre ceux que nous venons de relever, il importe de mentionner que la législation actuelle recèle un outil dont les vastes potentialités commencent seulement à être exploitées : il s'agit de la discrimination indirecte. Le droit national et européen pertinent en la matière n'interdit plus seulement la discrimination directe mais aussi la discrimination indirecte. Cette évolution résulte d'une modification de la loi « Le Pors » intervenue en 2001 (pour ce qui concerne les motifs précédemment énumérés) ou encore de l'adoption de la loi du 27 mai 2008 « portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ». Le domaine de l'égal accès des femmes et des hommes esquisse une illustration des potentialités que renferme une telle notion et il est plus largement caractéristique du phénomène de renforcement des garanties juridiques de lutte contre les discriminations dans l'accès à l'emploi public.

L'exemple caractéristique des garanties d'égal accès accordées au profit des femmes

D'un point de vue juridique, la réduction des inégalités d'accès des femmes à la fonction publique durant le XX^e siècle¹²¹ a schématiquement connu deux étapes véritablement décisives, qui n'ont été franchies, à chaque fois, qu'à la suite d'une contrainte extérieure, celle des bouleversements sociologiques et professionnels liés à la Seconde Guerre d'abord, et celle des modifications politiques et juridiques liées à l'intégration européenne ensuite.

(1) Ce n'est vraiment qu'à partir de la Libération¹²², qu'on peut considérer que les femmes ont pour la première fois bénéficié sur un plan juridique d'un principe d'égal accès aux emplois publics. Elles ont accès, dès octobre 1945, à l'École nationale d'administration (avec une certaine réserve néanmoins)¹²³, puis, en avril 1946, à la magistrature (mais sans réserve aucune cette fois)¹²⁴. Concrétisant l'article 3 du préambule de la Constitution de la Quatrième République qui déclare que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », le statut général des fonctionnaires du 19 octobre 1946 prévoyait, quant à lui, à son article 7 qu'« aucune distinction pour l'application du [...] statut n'est faite entre les deux sexes sous réserve des dispositions spéciales »¹²⁵...

Sans doute l'égalité d'accès des femmes et des hommes aux emplois publics était-elle explicitement affirmée, mais – comme le laisse apparaître la réserve finale de

121. Fort (François-Xavier), « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 2009, n° 22, p. 1181-1187 ; Melleray (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, 2e éd., Paris, Economica, 2010, not. p. 234-245 ; Sauvé (Jean-Marc), « L'administration et les femmes – Introduction », *La revue administrative*, 2011, n°383, p. 467-473.

122. Davantage qu'à partir de l'arrêt *Bobard* de 1912, pour les raisons précédemment exposées : voir *supra* et parce que l'article 26 du statut général édicté par le régime de Vichy a, au pire, constitué une régression, au mieux, maintenu un *statu quo* en conditionnant l'accès à « l'intérêt du service » et en laissant « chaque administration fix[er] les limites dans lesquelles cet accès est autorisé ».

123. Art. 5 al.2 de l'ordonnance n°45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires : « Les femmes ont accès à l'École nationale d'administration sous réserve des règles spéciales d'admission à certains emplois ».

124. Art. 1 (et unique) de la loi n°46-643 du 11 avril 1946 ayant pour objet de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature : « Tout français, de l'un ou de l'autre sexe, répondant aux conditions légales, peut accéder aux fonctions de la magistrature ».

125. Art. 7. du statut de 1946.

l'article 7 – l'égalité juridique était encore loin d'être complète. Elle était même encore largement dévoyée, car les exclusions des femmes autorisées par la législation et la jurisprudence demeuraient extrêmement larges. Un arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 6 janvier 1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies c. Sieur Montlivet* autorisait, en effet, l'administration à apporter, sous le contrôle du juge, des dérogations au principe d'égalité « dans le cas où la nature des fonctions exercées ou les conditions d'exercice de ces fonctions exigent de telles dérogations ». Le statut de 1959¹²⁶ et la jurisprudence¹²⁷ ont maintenu par la suite, à peu de chose près, ce large système de dérogations au détriment des femmes, consignées dans des textes épars dans un premier temps, puis dans un texte unique dans un second temps¹²⁸. Dans sa dernière rédaction, celui-ci comptait encore sept corps réservés à un seul sexe et dix-huit ménageant des recrutements distincts.

(2) Il faut attendre l'intervention de règles internationales et européennes, à partir du tournant des années 1980, pour que l'on puisse, enfin, parler d'un véritable principe juridique d'égal accès entre les deux sexes de sorte qu'aujourd'hui les postes qui restent inaccessibles aux femmes sont résiduels et doivent désormais être justifiés de manière stricte et circonstanciée. C'est en effet le droit international, d'abord onusien¹²⁹, et, bien plus encore ensuite, le droit européen qui ont été à l'origine d'une modification profonde des règles nationales en la matière : c'est ainsi sous la double pression de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne que le droit français ne réserve plus l'accès à certains corps de fonctionnaires ou cadres d'emploi à un seul sexe, mais impose un droit d'accès identique pour les hommes et les femmes, hormis « exceptionnellement [...] lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions »¹³⁰. Par un arrêt *Commission c. France* du 30 juin 1988, la Cour de justice avait, en effet, jugé le système de recrutements distincts dans le corps de la police nationale contraire à la directive du 9 février 1976 relative à « l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et aux conditions de travail »¹³¹. En conséquence, de nombreux recrutements distincts entre hommes et femmes ont été supprimés par voie réglementaire. Ce fut ainsi le cas des corps des commissaires de police, des commandants et officiers de paix, des inspecteurs, des enquêteurs, des gradés et gardiens de la paix de la police nationale¹³², des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire¹³³ ou encore dans l'armée¹³⁴.

126. Art. 7. du statut de 1959 : « Pour l'application de la présente ordonnance, aucune distinction n'est faite entre les deux sexes, sous réserve des mesures exceptionnelles prévues dans les statuts particuliers et commandées par la nature des fonctions ».

127. Conseil d'État, 1^{er} juin 1962, *Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire*, rec. p. 365. Cet arrêt maintient la possibilité d'une dérogation pour tenir compte des conditions d'exercice des fonctions.

128. À la suite d'une loi du 10 juillet 1975 qui mit fin à cet éparpillement en exigeant du statut général qu'il regroupe au sein d'un seul décret les dérogations disséminées dans les différents statuts particuliers.

129. Loi du 10 juillet 1975 et décret du 29 août 1975 portant publication de la convention sur les droits politiques de la femme (ratifiée en 1957). Selon l'article 3 de cette Convention : « Les femmes auront, dans des conditions d'égalité, le même droit que les hommes d'occuper tous les postes publics et d'exercer toutes les fonctions publiques établis en vertu de la législation nationale, sans aucune discrimination ».

130. Art. 6 de la loi du 7 mai 1982 reprise par celle du 13 juillet 1983 (article 6 bis depuis 2001).

131. Art. 2§ 2 de la directive n° 76-207-CEE du Conseil. CJCE, aff. n° 318/86, *Rec.* 1988, p. 3559.

132. Décret n° 92-200 du 3 mars 1992 supprimant les corps des fonctionnaires des services actifs de la police nationale de la liste des corps pour lesquels un recrutement distinct peut être prévu pour les hommes et pour les femmes.

133. Décret n° 95-456 du 26 avril 1995.

134. De même dans l'armée, alors que jusqu'en 1998, l'accès des femmes aux différents corps de l'armée devait en effet être autorisé par un texte, depuis le décret n° 98-86 du 16 février 1998, l'ensemble des corps des trois armes de droit est ouvert aux femmes. Des arrêtés motivés peuvent toutefois limiter leur accès pour certains corps.

De son côté, le Conseil d'État a lui aussi été incité à faire évoluer sa jurisprudence. C'est ainsi que durant les années 1990, il a été amené à censurer : une décision qui rejetait la candidature d'une femme à une affectation dans un emploi d'enseignant spécialisé dans une maison d'arrêt¹³⁵ ; des dispositions statutaires qui ne permettaient pas aux femmes l'accès au corps d'officiers de l'air¹³⁶ ; une réglementation qui limitait à 20 % le recrutement des femmes dans le corps des commissaires de l'armée de terre¹³⁷.

En l'état actuel du droit, certaines spécialités militaires demeurent fermées aux femmes (tels les soldats affectés dans les sous-marins ou les corps des fusiliers-marins). Les dérogations à la mixité des concours ne concernent que le corps des gradés et surveillants des maisons pénitentiaires¹³⁸ et – de manière assez incompréhensible – celui d'attachés d'éducation des maisons d'éducation de la Légion d'honneur.

Une étape importante vient récemment d'être franchie, et concrétise tout à la fois des incitations consignées dans des instruments européens de *soft law* ainsi que l'habilitation constitutionnelle énoncée à l'article 1^{er} al. 2 de la Constitution, issue de la révision constitutionnelle de 2008, selon lequel « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes [...] aux responsabilités professionnelles et sociales » : il s'agit de la loi du 1^{er} mars 2012 qui prévoit désormais de fixer des proportions progressives de femmes dans les nominations de cadres dirigeants de la fonction publique (20 % en 2013 et 2014, 30 % de 2015 à 2017 et 40 % à partir de 2018) ainsi que des pénalités financières pour les administrations de l'État, des collectivités locales ou du secteur hospitalier qui ne respecteraient pas ces quotas¹³⁹. Selon une estimation du ministère de la fonction publique, près de 5 000 emplois sont concernés par la mise en place de ces quotas dont environ 3 000 dans l'État (préfets, ambassadeurs, recteurs...), 1 600 dans la fonction publique territoriale, particulièrement dans les régions et les départements, et 400 dans la fonction publique hospitalière.

On peut prédire, sans trop se tromper, que la prochaine étape juridictionnelle de protection de l'égal accès des femmes en France proviendra de l'utilisation de deux notions législatives et jurisprudentielles qui, elles aussi, sont directement issues du droit européen et notamment communautaire : il s'agit de la notion de discrimination indirecte et de celle de renversement de charge de la preuve. La législation française n'interdit plus seulement la discrimination directe mais aussi la discrimination indirecte fondée sur une série de motifs au premier rang desquels figure le critère du sexe¹⁴⁰. C'est là une avancée considérable qui permet de lutter contre des législations ayant pour effet, indirect, de créer des discriminations en fait, notamment entre les hommes et les femmes. La Cour de justice

135. CE, 7 décembre 1990, *Ministre de l'éducation nationale c. Mme Buret*, *Rec. T.* 557.

136. CE, 29 décembre 1993, *Mlle Martel*, n°78835, *Rec.*, p. 377.

137. CE, 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, n° 185049, *RFDA* 1998, p. 1011.

138. Décret n° 95-456 du 26 avril 1995 modifiant le décret du 15 octobre 1982. La légalité de ce dernier a été admise : CE, 16 avril 1986, *Confédération française démocratique du travail*, *Rec.* 1986, p. 104.

139. Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à « l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique », *JORF*, 13 mars 2012

140. Cf. l'art. 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et les art. 6 et 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales ». L'apport du droit de la Convention européenne des droits de l'homme est encore infime, mais non moins réel : cf. *CEDH*, 13 novembre 2007, *D. H. et autres c. République Tchèque*, § 180 (par référence à la déc. de recevab., 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*) : admission du principe du renversement de la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe.

a ainsi déjà eu l'occasion de la mettre en œuvre lorsqu'une réglementation détermine la durée de l'expérience professionnelle nécessaire pour une dispense d'examen d'accès à un emploi, et qui désavantageait en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, en raison de ce que, dans l'administration considérée, les femmes travaillent majoritairement à temps partiel à la différence des hommes qui sont à temps plein¹⁴¹.

L'évolution récente de la législation¹⁴² et de la jurisprudence devrait, elle aussi, à l'avenir permettre de mieux débusquer les discriminations de fait que peuvent subir les femmes notamment à l'occasion de certains modes de recrutement ou d'avancement. Par un arrêt d'assemblée du 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, le Conseil d'État a en effet aménagé le régime d'administration de la preuve devant le juge administratif, pour tenir compte de la difficulté particulière que peuvent éprouver les agents publics, et notamment les femmes, à établir l'existence d'une discrimination indirecte à leur encontre. Le Conseil d'État s'est depuis lors trouvé dans la situation de mettre en application ce dispositif particulier de charge de la preuve à propos d'une discrimination fondée sur l'appartenance syndicale¹⁴³. La Cour administrative de Versailles l'a mis en œuvre au sujet d'une allégation de discrimination fondée sur le sexe lors du déroulement de carrière d'un agent public féminin qui, à la suite de plusieurs candidatures infructueuses, n'avait accédé que tardivement à un emploi de chargé de recherche dans un organisme public dans lequel elle officiait¹⁴⁴.

*

* *

Dans cette longue quête d'effectivité du principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics, la nouvelle étape qui semble s'ouvrir en ce début de XXI^e siècle est le développement de politiques publiques dites « d'égalité des chances » qui visent à opérer des distinctions compensatrices en faveur de groupes socialement défavorisés, soit pour des raisons de santé, soit pour des raisons sociologiques. Ces politiques compensatrices peuvent intervenir à deux moments distincts.

Les premières peuvent opérer lors du recrutement lui-même : de longue date déjà, certains emplois (de catégorie B et C) sont réservés à des personnes éprouvées par la guerre (grands blessés, veuves, orphelins) et inscrites sur une liste de classement *ad hoc*¹⁴⁵. Depuis 2008, en bénéficient également les victimes d'actes de terrorisme ainsi que les agents publics victimes dans le cadre de la fonction publique qu'ils exercent d'une atteinte à leur intégrité physique ou d'une maladie les plaçant dans l'incapacité permanente de poursuivre leur activité professionnelle¹⁴⁶. Par ailleurs, depuis 1987, la loi

141. Cet arrêt concerne un examen d'accès à la profession (privée) de conseiller fiscal, et plus exactement une dispense accordée en faveur des fonctionnaires de l'administration fiscale ayant exercé certaines fonctions pendant une durée minimale de quinze ans et calculée par référence à un travail à temps complet. La Cour a jugé que cette législation a pour effet d'obliger les fonctionnaires travaillant à temps partiel d'accomplir plusieurs années de travail supplémentaires pour bénéficier de la dispense en question, ce qui a indirectement pour effet de défavoriser les femmes qui, dans l'administration des finances de Brême, sont majoritairement, à 92 %, des femmes : CJCE, *Kording c. Senator für Finanzen*, 2 octobre 1997, n° C-100/95.

142. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée.

143. CE, 10 janvier 2011, *Mme Lévêque*, n° 325268.

144. CAA de Versailles, 29 décembre 2009, *Mme Delaunay*, n° 08VE00296.

145. L. 26 oct. 1946 modifiée par L. n° 56-757, 1er août 1956 reconduction de la législation sur les emplois réservés : *JORF* 2 août 1956. L. n° 87-1131, 31 déc. 1987 : *JORF* 1er janv. 1988.

146. Article L 394, modifié par loi n° 2008-492 du 26 mai 2008 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

fait obligation à l'État, et à ses établissements publics employant au moins vingt agents d'employer au moins 6 % de personnes handicapés. Dans un esprit similaire depuis 2003, les chefs d'établissement sont fondés à donner la priorité aux étudiants boursiers lorsqu'ils recrutent des assistants d'éducation, sous réserve que cet avantage s'applique à aptitudes égales¹⁴⁷. La loi de 2012 fixant un quota de 40 % de femmes dans les emplois supérieurs de la fonction publique s'inscrit dans la droite ligne de ce mouvement. Enfin, il est désormais possible, depuis une ordonnance du 2 août 2005, à des jeunes (âgés de seize à vingt-cinq ans) en situation d'échec scolaire (c'est-à-dire sans qualification ou peu diplômés) – choisis après une procédure de sélection simplifiée faisant intervenir Pôle emploi puis une commission *ad hoc* – d'accéder, en qualité de fonctionnaire titulaire, à des corps et cadres d'emplois de la catégorie C, à l'issue d'une vérification d'aptitude sanctionnant une formation en alternance (par des cours et des stages) effectuée dans le cadre d'un contrat de droit public d'une durée maximale d'un ou deux ans. Ce dispositif – intitulé « Parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et d'État » (PACTE) – représente environ une centaine de jeunes par an.

Les secondes interviennent en amont du recrutement : elles prennent la forme de politiques d'accompagnement privilégié à l'image de la création de classes préparatoires intégrées à des écoles de service public ou bien de politiques incitatives comme l'adoption de la Charte pour la promotion de l'égalité. Le principe d'égal accès apparaît ici davantage comme un objectif politique à atteindre qu'une norme à respecter. Reste à savoir si de tels moyens sont suffisants.

147. CC, 24 avril 2003, n° 2003-471 DC ; cf. circulaire relative aux assistants d'éducation n°2003-092 du 11-6-2003.