

Bernard Voutat

***Défis humanitaires dans les services publics
et devoir de fidélité des agents de l'État***

Aspects juridiques des relations de travail dans la fonction publique

Résumé

L'objectif de cette contribution consiste à examiner, sous un angle juridique et dans le contexte d'une réflexion plus large relative aux défis humanitaires posés aux agents publics, la façon dont l'Etat aménage ses relations de travail avec ces derniers. Dans un premier temps, l'auteur examine les principes généraux qui président à l'organisation et au fonctionnement de l'Etat, ainsi que leurs conséquences sur la position de l'administration et des services publics vis-à-vis de ce dernier. Dans un second temps, l'analyse se prolonge sur les incidences de ces principes sur l'aménagement *hiérarchique* des relations de travail dans les services publics, ainsi que sur les obligations (de gestion, de fidélité et d'obéissance) auxquelles sont astreints les agents de l'Etat. Il est alors montré une évolution doctrinale et jurisprudentielle à propos de la notion de fidélité et des restrictions aux droits fondamentaux des agents publics qu'elle peut entraîner. Alors que ces restrictions pouvaient être admises en vertu d'un rapport de droit spécial liant les agents publics à l'Etat-employeur, la doctrine comme la jurisprudence estiment désormais que celles-ci doivent répondre aux conditions générales en matière de restriction des droits fondamentaux : base légale, proportionnalité et intérêt public. En conclusion, l'auteur relativise toutefois la portée de cette évolution, en insistant sur la fait que l'obligation de fidélité des agents de l'Etat doit être appréciée en fonction de l'ensemble des aspects juridiques de leur statut. Une doctrine et une jurisprudence libérale (relativement) en matière d'obligation de fidélité, dès lors, doivent être mises en perspective avec une certaine privatisation de l'Etat, impliquant le renforcement des pouvoirs informels dans l'administration.

Introduction générale

Conformément au cadre général de la recherche, il s'agit de s'interroger sur les défis humanitaires auxquels sont *personnellement* confrontés certains

agents publics dans l'exercice de leur fonction. Plus précisément, l'interrogation porte sur la façon dont ces agents publics¹ gèrent les aspects moraux, éthiques, philosophiques ou encore politiques de leur activité professionnelle, aspects pouvant, le cas échéant, provoquer d'éventuels *conflits de conscience* résultant d'une certaine inadéquation ou d'un *hiatus* entre leurs représentations des situations auxquelles ils sont confrontés et le cadre normatif (général ou spécifique) de l'action étatique. Il est clair que tous les agents publics ne sont pas exposés au même degré à la problématique considérée. Un employé de voirie, par exemple, n'est certainement pas amené à résoudre des questions posant des problèmes humanitaires. Il n'en va pas de même pour un policier chargé d'exécuter une décision de renvoi prise à l'encontre d'un requérant d'asile dont la demande a été rejetée, ou pour un fonctionnaire chargé de prendre des décisions en matière de chômage ou de distribution de l'aide sociale, ou encore pour un cadre administratif veillant à la bonne exécution, dans ses services, de lois ou règlements ayant des incidences humanitaires prononcées, en matière d'immigration, d'autorisation de séjour ou d'assurances sociales, par exemple.

La question se pose dès lors dans ce contexte de savoir dans quelle mesure le droit régissant les relations de travail entre l'État et ses agents intègre cette dimension de leur activité, le cas échéant en leur accordant des possibilités leur permettant de critiquer, voire de s'opposer, au nom d'une raison humanitaire, à certaines actions de l'État.

Cette question, libellée dans des termes très généraux, renvoie bien entendu à des situations très variables, qui restent largement hypothétiques. Les conflits pouvant surgir au sein des services publics ensuite d'une contestation de l'activité étatique par certains agents peuvent être distingués en fonction de l'auteur de cette contestation, de son ampleur – allant d'une simple réticence à une opposition clairement exprimée d'exécuter une directive – et selon que cette opposition s'exprime dans le cadre des rapports de service ou en dehors de ceux-ci. Il en résulte ainsi toute une gamme de situations possibles à l'intérieur de laquelle il n'est guère aisé d'établir une nomenclature précise. Telle n'est du reste pas l'ambition de cette étude. La jurisprudence en la matière n'est pas très abondante, mais l'on dispose de

¹ Dans le présent rapport, nous considérons la notion d'agent public de manière extensive comme désignant toute personne liée à l'État par un rapport de travail, quelle que soit la nature juridique dudit rapport. D'une manière générale, donc, peut être considérée comme « professionnel des services publics » toute personne exerçant une activité au sein de l'État et percevant de ce dernier un traitement. Cette définition pourrait également s'élargir aux personnes occupées au sein d'organismes parapublics – et donc soumises à des régimes juridiques différents – auxquels l'État délègue, moyennant un système de subventions, des tâches spécifiques pouvant entrer dans une définition large de la notion de service public.

quelques ouvrages de doctrine juridique² consacrés spécifiquement aux obligations des agents publics, qui concernent plus directement la problématique évoquée ci-dessus. On relèvera enfin que les personnes interrogées dans le cadre de la recherche menée par entretiens n'ont que très peu évoqué les aspects *juridiques* de leurs conditions de travail, et en particulier ceux qui pourraient affecter la façon dont ils sont confrontés à des défis humanitaires, dans le sens indiqué ci-dessus.

Dans le présent rapport, notre propos se limitera donc à l'examen de cette problématique sous l'angle restreint — mais *révélateur* de la façon dont l'État conçoit son organisation et action — du droit applicable aux relations de travail dans les services publics entre l'État-employeur et ses agents. Cette perspective générale comprend deux volets principaux mais complémentaires. D'une part, il s'agit de considérer les principes généraux qui président à l'organisation et au fonctionnement de l'État, ainsi que leurs conséquences sur la situation, au plan juridique, de l'administration et des services publics vis-à-vis de celui-ci. D'autre part, il s'agit d'examiner les conséquences de ces principes sur l'aménagement des relations de travail dans les services publics, en particulier sous l'angle de leur nature (soumission au droit public), de leur organisation (hiérarchie et principe de subordination), ainsi que de la définition des devoirs des fonctionnaires (de gestion et de fidélité).

I. L'État et l'administration

1) Principes généraux

Les professionnels des services publics sont intégrés dans un dispositif complexe, l'administration publique, dont l'activité générale consiste à exécuter, moyennant une marge de manœuvre plus ou moins importante selon les cas, des décisions et des règles de droit adoptées par les autorités politiques. Il en résulte deux conséquences générales, liées l'une à l'autre, sur l'organisation et le fonctionnement des services publics :

— Premièrement, les services publics s'intègrent dans un tissu administratif qui se caractérise par une *organisation hiérarchisée*. L'administration publique, en effet, a pour devoir l'accomplissement d'un

² Notamment Peter Hänni, *Die Treupflicht im Öffentlichendienstrecht*, Presses de l'Université de Fribourg, 1982 ; Rechte und Pflichten im öffentlichen Dienstrecht. Eine Fallsammlung zur Gerichts- und Verwaltungspraxis im Bund und Kantonen, Presses de l'Université de Fribourg, 1993 ; Isabelle Häner, « Grundrechte im öffentlichen Personalrecht », in Peter Helbing et Thomas Poledna, *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, Stämpfli, 1999, p. 395-418 ; Blaise Knapp, « La violation du devoir de fidélité, cause de cessation de l'emploi des fonctionnaires fédéraux », *Revue de droit suisse*, 1984, 1, p. 489-523 ; Anne Neuenschwander, *Les libertés des fonctionnaires en droit suisse*, Thèse de licence, Université de Lausanne, 1984.

certain nombre de tâches définies par l'organe législatif comme devant être assumées par l'État et donc exécutées sous la responsabilité du gouvernement selon des objectifs et par des moyens qui sont posés par la loi. Conformément au principe général de la séparation des pouvoirs, le gouvernement assure l'exécution des lois édictées par le Parlement et dispose à cette fin de l'administration publique, conçue comme étant un appareil ou un organisme neutre, apolitique, placé sous la responsabilité et la direction d'un exécutif, dont elle dépend fondamentalement pour l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées.

– Deuxièmement, l'administration publique est tributaire d'un ensemble de principes généraux applicables au fonctionnement de l'État (habituellement pensés comme étant constitutifs de la notion d'État de droit), qui s'appliquent donc également à son organisation, ainsi qu'à la façon dont elle mène ses activités et édicte ses décisions.

Pour s'en tenir à l'essentiel, les activités de l'État reposent sur plusieurs principes généraux, consacrant l'État de droit et qui sont tout à fait classiques du point de vue du droit constitutionnel³ :

(i) le principe de la *légalité*, qui veut que les activités de l'État soient fondées sur la loi (réserve du droit) et que celle-ci soit respectée par les organes de l'État, ainsi du reste que par les particuliers (suprématie du droit) ;

(ii) le principe de l'*égalité* de traitement, qui interdit les discriminations, soit les différences de traitement injustifiées (les autorités doivent traiter de manière égale ce qui est pareil et de manière différente ce qui est dissemblable) ;

(iii) le principe de la *bonne foi*, exigeant que les relations entre l'État et les particuliers soient conçues sur le mode de la confiance réciproque, qu'elles soient loyales, exemptes de tromperies et de comportements contradictoires ;

(iv) les principes de *proportionnalité* et d'*intérêt public*, selon lesquels l'activité de l'État doit être conforme au but visé par la loi, tout en minimisant les atteintes potentielles à la liberté des personnes, consécutives à la mise en œuvre de moyens inaptes ou excessifs ;

(v) le principe de l'*interdiction de l'arbitraire*, qui exclut toute violation grossière de la loi, susceptible de heurter le sens du droit et de l'équité ;

³ Ces principes figurent en particulier aux articles 5, 8 et 9 de la nouvelle Constitution fédérale, qui reprend certaines notions essentielles dégagées précédemment par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Sur ces principes, cf. « Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle Constitution fédérale », du 20 novembre 1996, *Feuille Fédérale*, 1997, I, 133-137 et 146-147 ; et le commentaire de Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, (vol. 2 : Les droits fondamentaux), Berne, Staempfli, 2000, p. 469-473.

(vi) les activités de l'État sont en outre soumises au respect d'un système de *droits fondamentaux* reposant sur la dignité humaine et la liberté individuelle, limitant dès lors l'emprise étatique sur les individus et irradiant l'ensemble de l'ordre juridique.

2) Incidences de ces principes sur l'aménagement des rapports de travail dans l'administration publique

Il est admis que ces principes *juridiques* généraux, de rang constitutionnel, s'appliquent à la façon dont l'État, *en tant qu'employeur*, aménage les relations de travail qui l'unissent aux agents publics composant l'administration, et cela quels que soient les dispositifs juridiques qu'il met en place à cette fin⁴. Cela ne signifie pas pour autant que les statuts des agents publics soient homogènes. Bien au contraire, le droit de la fonction publique (au sens large) s'avère à bien des égards hétérogène. D'une part, des réglementations spéciales existent en fonction des différents niveaux étatiques⁵ (Confédération, cantons et communes) ou au sein de l'administration décentralisée⁶ (établissements, fondations, corporations, organisés selon les cas en fonction du droit public ou du droit privé). D'autre part, dans le contexte du processus de privatisation de l'État, celui-ci tend à diversifier ses rapports juridiques avec ses agents, en distinguant parfois un statut de « fonctionnaire » (au sens strict), assujéti à une réglementation spécifique de droit public (généralement sous la forme d'une loi, complétée par des dispositions réglementaires impliquant en particulier une nomination, définitive ou pour une période administrative) et un statut d'« employé », soumis à des dispositions reprises pour l'essentiel du droit privé (en ce qui concerne notamment les conditions plus souples de la résiliation des rapports de travail, mais aussi, selon les cas, le système de rémunération ou de retraite)⁷. En fait, comme le relève Pierre Moor, « on rencontre dans

⁴ Thierry Tanquerel, « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale », in G. Aubert, F. Bellanger et T. Tanquerel, *Fonction publique : vers une privatisation ?*, Zürich, Schulthess, 2000, p. 10.

⁵ On notera que cela concerne, en Suisse, environ 500 000 personnes, soit 150 000 pour la Confédération, 175 000 pour les cantons et 140 000 pour les communes. Cf. Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III : l'organisation des activités administratives. Les biens de l'État. Berne, Staempfli, 1992, p. 203, n° 5.1.1.1. Raimund Germann, *Administration publique en Suisse. L'appareil étatique et le gouvernement.*, Berne, Haupt, 1996, p. 109-168.

⁶ François Bellanger, « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration décentralisée », in G. Aubert, F. Bellanger et T. Tanquerel, *Fonction publique : vers une privatisation ?*, Zürich, Schulthess, 2000, p. 43-68.

⁷ Pour un développement plus large des aspects juridiques de cette pratique, cf. Minh Son Nguyen, « Le recours par l'administration au contrat de travail pour engager du personnel », in Jean-Louis Duc, *Le travail et le droit : problèmes actuels et choisis*. Fribourg, Éditions universitaires, 1993, p. 3-20.

beaucoup de cantons une dualité de régimes dont la justification tient plus aux commodités de la politique du personnel qu'à des raisons de systématique : les conditions de licenciement sont beaucoup plus larges en droit privé. (...) À vrai dire, il s'agit rarement de l'application pure et simple du Code des obligations, car la législation, outre qu'elle le déclare applicable, renvoie pourtant à certaines dispositions du statut des fonctionnaires, particulièrement à celles qui concernent les obligations de service et les salaires et autres rémunérations⁸ ». Dans cette perspective, il est généralement admis que le statut d'employé – hors les fonctions temporaires à caractère auxiliaire – relève également du droit public, le droit privé s'appliquant en l'espèce comme droit public supplétif.

Cette diversification des statuts des agents publics par renvoi à des dispositions de droit privé, y compris au sein d'une même collectivité publique, soulève plus généralement un problème lié à la qualification de la *nature* – publique ou privée – des relations de travail dans la fonction publique. Il s'agit d'un problème complexe, dont la portée pratique – en dehors des aspects techniques liés aux procédures contentieuses, qui diffèrent selon le régime juridique en cause – n'est pas décisive selon plusieurs auteurs, dès lors que les différents types de réglementation tendent à s'interpénétrer et se rapprocher quant à leur contenu. Ce débat, tout particulièrement d'actualité dans le contexte de la privatisation de l'État, révèle toutefois certains enjeux (et aussi conflits) relatifs à la nature de l'administration et des services publics.

Depuis quelques années, en effet, en relation avec l'introduction dans l'administration des principes de la « nouvelle gestion publique⁹ », certains auteurs ont avancé que ni la nature de l'État ni les particularités des tâches étatiques ne sont en soi essentielles pour justifier un statut distinct pour les agents de l'État. Outre les difficultés liées à l'identification des critères pertinents de cette distinction classique entre droit public et droit privé¹⁰, ce dernier conviendrait parfaitement selon certains, qui soulignent la nécessité de distinguer la nature des activités des agents de l'État et la qualification des rapports de service. Ainsi, notamment, la subordination des agents publics envers l'État, souvent invoquée pour justifier des régimes de droit public, existe aussi en droit privé et il n'est pas contestable que certains

⁸ Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III : l'organisation des activités administratives. Les biens de l'État. Berne, 1992, p. 208, n° 5.1.1.3.

⁹ Voir notamment à ce sujet le débat entre Peter Knoepfel et Matthias Finger dans la *Revue suisse de science politique*, vol. 1, n° 1, p. 133-148 ; Paul Richli, « La réforme du statut de la fonction publique fédérale », in G. Aubert, F. Bellanger et T. Tanquerel, *Fonction publique : vers une privatisation ?*, op. cit., p. 69-97.

¹⁰ La littérature en la matière souligne abondamment le caractère relatif de cette distinction, dès lors que les critères habituellement mis en œuvre (sujets, intérêt public et subordination) ne parviennent pas toujours à des solutions univoques. Le débat à propos du statut des agents publics est à cet égard particulièrement révélateur de ces difficultés et de ces hésitations.

organismes puissent remplir des tâches d'intérêt public, alors que les rapports de service relèvent du droit privé, et que de nombreuses activités au sein de l'administration ne se distinguent guère du secteur privé¹¹.

En dépit de ces arguments, la doctrine juridique estime assez largement que les relations de travail dans les services publics relèvent néanmoins de régimes de droit public, « pour des motifs tenant à la nature de l'État comme entité juridique et aux caractéristiques des activités étatiques¹² ». Par-delà les aspects de ce débat qui concernent strictement la technique juridique, il faut indiquer ici que celui-ci comporte une dimension – sans doute fondamentale – de portée politique et philosophique, dès lors que sont en cause les fondements mêmes de l'État, considérés en l'espèce sous l'angle de l'opposition (certes problématique) entre droit public et droit privé. Plusieurs raisons – diversement avancées par les auteurs – sont invoquées à l'appui de cette préférence nuancée pour le droit public, qui sont intéressantes à mentionner ici, dans la mesure où elles révèlent plus précisément certaines représentations de la position particulière des agents publics vis-à-vis de l'État-employeur, représentations qui peuvent affecter, on le verra, la problématique considérée des défis humanitaires liés aux activités étatiques effectuées par les services publics ou d'autres secteurs de l'administration.

3) Les spécificités du service public

De manière classique, le débat à ce sujet repose sur différents critères mis en œuvre pour distinguer le droit public du droit privé. Sont dès lors considérés, selon des agencements variables selon les auteurs, les tâches accomplies dans le service public, la relation entre l'administration (et donc ses agents) et les particuliers, ainsi que certains principes d'organisation et de fonctionnement de l'État évoqués plus haut.

En premier lieu, s'agissant des tâches, il est avancé que les agents publics, serviteurs de l'intérêt général incarné par l'État, assument *des tâches particulières relevant de l'« intérêt public »*. Comme le précise Pierre Moor, « les agents publics assurent l'administration et la gestion des affaires publiques. Ils ne travaillent donc pas seulement pour gagner leur vie ni non plus au profit d'un quelconque employeur. Leur tâche est le service public. Il ne s'agit pas seulement de mettre en lumière ici la finalité particulière des

¹¹ Voir l'argumentation chez Pascal Mahon, « Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale », in Jean-Louis Duc, *Le travail et le droit : problèmes actuels et choisis*. Fribourg, Éditions universitaires, 1993, p. 42-43, ainsi que chez Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, *op. cit.*, p. 209, n° 5.1.1.3 *in fine*, qui réserve pourtant le problème de l'égalité de traitement (voir ci-dessous).

¹² Thierry Tanquerel, « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale », *art. cit.*, p. 13.

activités administratives, mais aussi de faire ressortir les caractéristiques de l'institution. Celle-ci est de nature politique. Cela signifie d'une part qu'elle est responsable face à la collectivité, aussi bien quant à la légalité qu'à la réussite matérielle de ses entreprises ; de l'autre qu'elle est intégrée dans un processus complexe de décision qui est celui de tous les organes de l'État¹³ ». Autrement dit, ces tâches peuvent être liées à la fourniture de prestations de service public qui repose sur certains principes différents de ceux qui président au fonctionnement de l'économie privée.

D'autre part, ces tâches peuvent être liées à la mise en œuvre de la puissance publique, investissant dès lors les agents de l'État d'une autorité particulière qui les distinguent des employés du secteur privé, cela par la nature même de leurs activités pouvant impliquer des mesures ou décisions (par exemple des sanctions, des autorisations ou encore des mesures de surveillance) affectant la situation juridique des particuliers¹⁴.

De surcroît, les agents publics se trouvent dans une relation spécifique de *dépendance et de subordination*. Le fait qu'ils soient au service de l'État implique qu'ils entrent dans un *rapport de puissance publique spécial* impliquant un devoir de fidélité et d'obéissance plus étendu que dans le secteur privé. Dans cette optique, les agents de l'État sont soumis à certaines obligations spécifiques qui peuvent entraîner certaines restrictions de leurs droits constitutionnels, en vertu du but même poursuivi par l'État employeur¹⁵. Cet aspect, largement évoqué par la doctrine juridique classique, est bien mis en évidence par Pascal Mahon : « Entrant au service de l'État, l'agent public noue avec celui-ci une relation spéciale, exorbitante du droit (constitutionnel) commun, appelée hier rapport de puissance publique particulier et aujourd'hui rapport de droit spécial. Simultanément, l'agent public est soumis à un devoir de gestion et de fidélité accru – par rapport aux obligations de diligence et de fidélité du droit commun (du travail, cette fois). De cette (double) spécialité, il résulte que l'agent de l'État peut se voir imposer, naturellement en quelque sorte, des obligations spéciales – de faire et de ne pas faire – qui constituent autant d'expressions des devoirs de gestion et de fidélité et, en même temps, de restrictions (naturelles) à ses droits fondamentaux et à ses libertés idéales : limitations à la liberté d'association et interdiction de la grève, obligation de domicile et restriction à la liberté d'établissement, interdiction ou limitation de l'exercice d'activités accessoires et de la liberté du commerce et de

¹³ Pierre Moor, *Droit administratif*, vol III, *op. cit.*, p. 222, n° 5.3.1.1.

¹⁴ Thierry Tanquerel, « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale », *art. cit.*, p. 11.

¹⁵ Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, (vol. 2 : Les droits fondamentaux), Berne, Staempfli, 2000, p. 96. Voir aussi Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume I : les fondements généraux, Berne, Staempfli, 1994 (2^e éd.), p. 362-366.

l'industrie, limites à la liberté d'opinion et d'expression et à l'activité publique et politique, secret de fonction, interdiction d'accepter des dons¹⁶. »

Enfin, et c'est sans doute un aspect fondamental aux yeux de Pierre Moor, la soumission du statut des agents publics au droit public trouve sa plus importante justification dans la nécessité de prévoir des dispositifs juridiques assurant le respect du principe de l'égalité de traitement. Ainsi, précise-t-il, « la question à résoudre est celle de la nature des relations entre l'État en tant qu'employeur et les travailleurs qui sont à son service, et la solution à y apporter doit tenir compte des spécificités de ces relations réciproques, notamment sous l'angle de l'égalité de traitement¹⁷ ». Ce qu'il importe d'éviter, dans cette perspective, c'est que les « arrangements individuels » introduisent l'inégalité de traitement et l'arbitraire au sein de l'administration. Si la « privatisation » des conditions de travail dans le secteur public tend à rapprocher ces conditions de celles qui existent dans le secteur privé, sur le plan juridique, cependant, le statut des agents publics relève encore largement des principes du droit public.

Bref, d'une manière générale et selon des pondérations variables d'un auteur à l'autre entre les différents critères à prendre en considération, la soumission des agents publics à des règles spéciales serait fondamentalement liée à la nature particulière de leurs activités ainsi qu'au fait qu'ils soient employés par l'État, ce dernier étant soumis à certains principes fondamentaux. Ces règles apparaissent nécessaires pour garantir l'indépendance des agents publics, et en conséquence une bonne application de la loi, et permettre de la sorte que les activités de l'État soient menées conformément aux principes généraux qui président à son fonctionnement.

Pierre Moor résume ainsi cette problématique : « En Suisse, comme dans d'autres pays, la réglementation de droit public vise à concilier deux objectifs apparemment opposés. D'une part, l'agent public a des obligations spécifiques, il est serviteur de l'État et, à ce titre, doit souffrir, plus qu'un autre administré, des restrictions à l'exercice des libertés publiques ; sa vie privée même n'est pas aussi libre (...). D'un autre côté, il est partie intégrante d'un appareil soumis à de fortes pressions, en particulier politiques, souvent incompatibles avec la gestion des tâches publiques : il faut accorder à la situation de la fonction publique une sécurité juridique assez forte pour qu'elle puisse résister sans crainte de représailles. D'un côté, un pouvoir hiérarchique assez fort est nécessaire pour contrôler efficacement l'administration subordonnée ; de l'autre, il y faut des limites, afin que les agents soient, dans l'exercice même de leurs attributions, à l'abri de l'arbitraire de leurs supérieurs. Comme on le voit, et pour marquer la différence d'avec le contrat de travail, il s'agit d'assurer l'égalité de

¹⁶ Pascal Mahon, « Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale », *art. cit.*, p. 64.

¹⁷ Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, *op. cit.*, p. 209, n° 5. 1.1.3.

traitement entre les agents publics et l'application d'une politique du personnel qui soit assujettie à des règles impératives – donc donner un statut qui soit aux antipodes de ce qui résulterait du principe de l'autonomie de la volonté. À cet égard la différence essentielle ne réside pas tant dans l'exercice d'un pouvoir hiérarchique, qui se manifeste dans toute entreprise, mais bien plutôt en ce que le licenciement ne peut intervenir qu'en présence de motifs suffisants : c'est là qu'on voit que l'administration est soumise à des règles¹⁸. »

Ce tour d'horizon des différents arguments plaidant en faveur du droit public pour la réglementation des relations de travail dans les services publics laisse apparaître plusieurs dimensions de l'organisation et du fonctionnement de l'État. Tirés des principes généraux évoqués plus haut, ces arguments mettent en évidence la spécificité des tâches accomplies, dès lors qu'elles sont effectuées dans l'intérêt public et qu'elles peuvent impliquer la mise en œuvre de la puissance publique. Ils insistent en outre sur le caractère hiérarchique des relations entre les autorités politiques et l'administration : le gouvernement dirige les services publics, mais répond en principe de son action devant le Parlement. Ils en déduisent enfin l'existence d'un rapport de droit spécial unissant les agents publics à l'État, impliquant un rapport de subordination hiérarchique¹⁹ d'où découle un ensemble d'obligations spécifiques, une fois encore, aux relations de travail dans les services publics. Autant d'éléments donc qui caractérisent la vision juridique de l'État et des services publics, et qui affectent profondément la conception des devoirs spécifiques auxquels sont soumis les agents publics.

II. Les obligations des professionnels des services publics

1) Principes généraux

D'une manière générale, la doctrine juridique appréhende les obligations des agents publics à partir du *lien de subordination hiérarchique* qui caractérise leur position dans l'administration. La structure pyramidale implique que la hiérarchie exerce un pouvoir d'instruction, de contrôle, voire de sanction, afin d'assurer une certaine cohérence et homogénéité dans les activités administratives. Il en résulte, fondamentalement, un ensemble de devoirs que les législations pertinentes des différentes collectivités publiques ne formulent généralement que d'une manière assez large, ces devoirs étant

¹⁸ Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, *op. cit.*, p. 204, n° 5.1.1.1.

¹⁹ *Ibid.* p. 222.

pour l'essentiel tributaire d'une obligation générale de fidélité, érigée parfois en principe non écrit de la fonction publique²⁰.

Outre certaines obligations dont les contours sont plus ou moins aisés à établir – obligation de résidence, interdiction d'accepter des dons, respect du secret de fonction, limitations des activités accessoires – les dispositions en la matière, assez proches entre elles, sont vagues et imprécises. La loi sur le personnel de la Confédération (art. 20 Lpers du 24 mars 2000) prévoit, par exemple, un devoir général de fidélité, selon lequel « l'employé est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération ». L'office fédéral du personnel a par ailleurs édicté un *Code de comportement* (adopté le 19 avril 2000 par le Conseil fédéral) fixant certains principes directeurs en matière d'éthique professionnelle. Un point n° 2 précise que « les collaborateurs et collaboratrices font preuve de loyauté envers leur employeur et respectent la confidentialité des informations auxquelles leur profession donne accès. Cette règle s'étend en particulier à l'exercice de leur liberté d'expression ». Dans les cantons, il est indiqué que les agents publics accomplissent leur tâche « avec diligence, conscience et fidélité » (Fribourg), « avec zèle et diligence » (Valais), « avec engagement, fidélité, honneur, impartialité » (Neuchâtel), « dans l'intérêt de l'État » (Zoug). Le projet vaudois de loi sur le personnel actuellement en discussion stipule, de manière un peu plus précise (art. 48), que « le collaborateur s'engage à fournir des prestations de qualité. Il accomplit ses tâches dans un souci d'efficacité et de conscience professionnelle. Il travaille dans un esprit d'entraide et de collaboration. Il doit par ailleurs agir, en toutes circonstances, de manière professionnelle et conformément aux intérêts de l'État et du service public, dans le respect des normes en vigueur, des missions et directives de son supérieur ». Enfin, à Genève, les dispositions topiques figurent dans le Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1999. Ce texte indique que « les membres du personnel sont tenus au respect de l'intérêt de l'État et doivent s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice ».

Sans multiplier les exemples, on peut retenir que les dispositions considérées impliquent un ensemble de devoirs pour les agents publics, qui sont déclinés à travers des concepts juridiques indéterminés fixant des principes généraux, mais dont l'interprétation laisse à l'autorité une très large marge d'appréciation. Il s'agit pour celle-ci, dans des cas spécifiques, de procéder à des appréciations permettant de trouver un « équilibre entre un devoir quasi militaire d'obéissance et la nécessité d'une large mesure

²⁰ Par exemple Gilda Modoianu, « Les intérêts privés des fonctionnaires », *RDAF*, n° 6, novembre-décembre 1991, p. 432

d'initiative personnelle²¹ », ou encore « entre l'accomplissement des tâches de l'État et les droits constitutionnels des citoyens²² ». À cet effet, il s'agit de distinguer les différents types de devoirs selon leur nature, puis d'évaluer dans quelle mesure ils sont susceptibles de porter atteinte aux droits constitutionnels des agents publics, compte tenu de leurs fonctions, de leur rang et des circonstances entourant, le cas échéant, la violation de tel ou tel aspect des obligations générales qu'ils assument envers l'État-employeur.

La doctrine juridique distingue à cet égard deux types d'obligation – le devoir de gestion et le devoir de fidélité – d'où découle un devoir d'obéissance, corollaire des deux premiers.

2) Devoirs de gestion, de fidélité et d'obéissance

Le devoir de *gestion* – ou, selon Knapp²³, le devoir de fidélité au sens étroit et minimal, à caractère professionnel – concerne la façon dont l'agent public remplit sa fonction et exécute les tâches qui lui sont confiées. Il peut être précisé dans un cahier des charges ou des directives spéciales, orales ou écrites : horaire, lieu de travail, zèle, dévouement, entraide dans le service, information des supérieurs, travail supplémentaire, etc. Il est analogue aux obligations usuelles des travailleurs du secteur privé envers leur employeur. Toutefois, il peut aussi avoir des conséquences sur les occupations accessoires (charges publiques ou privées, parfois soumises à autorisation) ou la résidence. Selon Pierre Moor, les limitations à l'exercice du droit de grève doivent être examinées par rapport au devoir de gestion.

Le devoir de *fidélité* concerne quant à lui le comportement de l'agent public dans le cadre du service, mais aussi plus largement en dehors de celui-ci. Notion générale, juridiquement indéterminée, ses contours sont plus imprécis que le devoir de gestion proprement dit. Pour justifiée qu'elle puisse être dans son principe (assurer le service public, garantir la confiance des administrés, exécuter les lois et décisions adoptées par des autorités démocratiquement élues, etc.), cette obligation générale peut être fortement contestable dans ses applications concrètes, dès lors qu'elle comporte inévitablement une « dimension sociale et politique²⁴ ». Son contenu revêt en effet plusieurs facettes :

- (i) un devoir de dignité envers les administrés ;
- (ii) des comportements privés compatibles avec les fonctions assumées ;
- (iii) un devoir de discrétion plus étendu que le secret de fonction ;

²¹ Blaise Knapp, « La violation du devoir de fidélité, cause de cessation de l'emploi des fonctionnaires fédéraux », *art. cit.*, p. 490.

²² Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, *op. cit.*, p. 224.

²³ Blaise Knapp, « La violation du devoir de fidélité... », *art. cit.*, p. 490.

²⁴ Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, p. 229, n° 5.3.3.1.

(iv) un devoir de loyauté envers l'État, qui comprend plusieurs aspects, tels que respecter les autorités politiques, accepter les décisions qui pourraient être jugées inopportune, soutenir les positions officielles, etc.²⁵.

Ces différents éléments sont constitutifs de l'obligation de fidélité dans une situation particulière, dans la mesure où ils sont en relation avec la fonction occupée. Ils s'apprécient également en regard des responsabilités de l'agent public et de la nature de ses actes et sont dès lors susceptibles d'affecter l'exercice de ses droits constitutionnels.

Enfin, conséquence des deux premières obligations, l'agent public a un devoir d'*obéissance*, qui existe également dans le secteur privé, mais qui est considéré comme plus strict dans le secteur public, dès lors, argumente Knapp²⁶, que la violation de ce devoir n'a pas seulement pour conséquence d'entraîner, le cas échéant, des dommages économiques pour l'employeur, mais affecte les intérêts des tiers et des administrés, plus largement le rôle de l'État, et cela d'autant plus que les agents publics appliquent le droit en prenant des décisions et en émettant des actes de nature juridique.

La question se pose dès lors de savoir à quelle(s) condition(s) l'obligation d'*obéissance* peut cesser. Autrement dit, dans quelles circonstances l'agent public peut estimer ne pas être tenu par un ordre reçu de son supérieur hiérarchique ? D'une manière générale, la doctrine juridique estime que l'agent public doit obtempérer aux ordres donnés et exécuter les tâches concernées, quitte à faire part ultérieurement de ses réserves selon les procédures instituées dans le service. La seule situation où serait admissible un refus d'exécution concerne des instructions manifestement illégales, émanant d'une autorité incompétente, formellement invalides ou encore adressées à un agent non habilité en vertu de ses fonctions. Ces instructions sont nulles et l'agent public ne doit pas s'y conformer. Il a même le devoir d'éviter une action qui serait prise en violation de la loi. Une telle situation est cependant rare : Moor ne recense aucun cas dans la jurisprudence.

Pour l'essentiel donc, la bonne marche de l'administration impose aux agents publics qu'ils donnent suite aux ordres reçus. Se référant à l'affaire Gruninger, Moor avance encore que la violation de ce que l'agent estimerait être un principe élémentaire d'humanité ne constitue pas une illégalité manifeste²⁷, illustrant ainsi le caractère très contraignant du devoir d'*obéissance* tel qu'il est conçu d'une manière générale dans le droit de la fonction publique.

Enfin, il convient de relever que la violation par l'agent public de ses obligations l'expose à des sanctions, qui peuvent être définies dans des dispositions légales à caractère disciplinaire prévoyant un catalogue de

²⁵ Blaise Knapp, « La violation du devoir de fidélité... », *art. cit.*, p. 496.

²⁶ *Ibid.*, p. 492.

²⁷ Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, p. 239, n° 5.3.4.

mesures graduelles – allant du blâme à la révocation – que peut prendre l'autorité en pareille circonstance, selon la gravité de la violation considérée. À défaut de telles dispositions (par exemple dans le canton de Vaud), l'autorité examine la situation en regard des conditions relatives à la résiliation des rapports de travail, une éventuelle faute de l'agent public pouvant dès lors entrer en considération pour l'ouverture d'une telle procédure.

3) Devoir de fidélité et restrictions des droits fondamentaux

Comme indiqué ci-dessus, le devoir de fidélité des agents publics leur impose des comportements spécifiques pouvant conduire à des restrictions – parfois importantes – de certains de leurs droits fondamentaux, notamment en matière de liberté d'opinion, d'expression et d'association, restrictions prévues par des dispositions juridiques indéterminées, formulées de façon peu précise et donc sujettes à des interprétations plus ou moins extensives. On note à ce sujet une évolution sensible de la jurisprudence et de la doctrine juridique, qui traduit au niveau des principes certaines transformations des représentations des services publics, ainsi que de la relation entre l'État et ses agents. De manière résumée, on peut déceler une tendance vers une appréciation plus nuancée de la notion de fidélité. Alors que dans les années trente jusque vers la fin des années 1970 les obligations des fonctionnaires étaient conçues de manière très étroite sous l'angle principal du rapport de puissance publique spécial caractérisant leur position vis-à-vis de l'État, on note « depuis quelques décennies », précise Pascal Mahon²⁸, que les agents publics sont désormais plus largement qu'auparavant considérés comme étant titulaires des droits fondamentaux au même titre que les autres personnes, nonobstant l'existence de ce rapport de droit spécial. Cette évolution, très étroitement tributaire des contextes et des rapports de force politiques, des mentalités, de la culture politique et juridique ambiante, de différents facteurs liés aux transformations de l'État, manifeste, au niveau en tout cas des principes, une modification de certaines conceptions des services publics, de leur organisation ainsi que de leur fonctionnement.

Cette évolution paraît sensible si l'on examine comment cette problématique du rapport entre service public et exercice des libertés idéales s'est élaborée durant la première moitié de ce siècle, période au cours de laquelle s'est imposée une conception pour le moins large, et donc fortement restrictive pour les agents publics, de leur obligation de fidélité par rapport à l'État, conception elle-même directement associée à une représentation hiérarchique et autoritaire de l'État et de l'administration. L'ouvrage

²⁸ Pascal Mahon, « Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale », *art. cit.*, p. 64.

d'André Grisel²⁹, paru en 1937, qui procède à une analyse doctrinale et jurisprudentielle exhaustive des dispositions pertinentes en matière d'obligation de fidélité contenues dans la loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires (art. 13, 22-28 LStf), constitue un bon indicateur de la perspective à travers laquelle l'État envisageait alors ses relations avec ses agents. Le message du Conseil fédéral était à cet égard fort clair : « Le rapport de subordination de droit public domine toute la personnalité du fonctionnaire, (de sorte que) si l'État veut remplir sa mission et jouir de l'autorité nécessaire, il faut que ses fonctionnaires lui soient fidèles en service et hors service³⁰. » Selon André Grisel, la pierre angulaire du système réside dans l'art. 22 LStf, selon lequel « le fonctionnaire doit faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération et s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice ». À ses yeux, le sens de cette disposition, compte tenu en particulier du commentaire émis par le Conseil fédéral dans son message, doit être apprécié très largement. La Confédération est une république démocratique, de sorte que ses intérêts sont identifiables à ceux de la majorité du peuple. Mais dès lors qu'il existe plusieurs conceptions de ces intérêts, celle qui doit conduire l'action des fonctionnaires est celle qui est exprimée par les autorités politiques. Autrement dit, « l'attitude des fonctionnaires est déterminée par les intérêts de la majorité du peuple, *tels que se les représentent les gouvernants* (...), soit l'autorité administrative supérieure, c'est-à-dire le Conseil fédéral ou l'instance à laquelle il délègue ses pouvoirs³¹ ». Il s'ensuit, selon cette interprétation, que « la liberté des fonctionnaires, spécialement leur liberté de pensée, est limitée par les conceptions du Conseil fédéral, qui peut donc leur interdire toute discussion politique, leur imposer la lecture d'un journal officiel ou les obliger à prendre part à une manifestation religieuse³² ». Plus encore, cette disposition implique que « la conduite tout entière des fonctionnaires dépend du bon plaisir du Conseil fédéral (...), qu'elle annihile la liberté d'opinion des fonctionnaires ». Et de conclure : « Si notre démocratie libérale était remplacée par un régime autoritaire, l'article 22 serait une des rares dispositions politiques capables de survivre aux institutions défuntes³³. »

L'analyse de Grisel, très restrictive du point de vue de la liberté d'opinion des fonctionnaires, traduit une vision au fond très autoritaire et hiérarchique de l'État, inspirée de la doctrine allemande selon laquelle les agents publics – du fait de leur nomination « à vie » – « se doivent entièrement au service de l'État à qui ils sont soumis par un devoir

²⁹ André Grisel, *La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1937.

³⁰ Message du Conseil fédéral du 18 juillet 1924, *Feuille Fédérale* 1924, III, p. 97.

³¹ André Grisel, *La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse*, *op. cit.*, p. 32.

³² *Ibid.*, p. 32-33.

³³ *Ibid.*, p. 59.

d'obéissance quasi absolu³⁴ ». Cette vision est par ailleurs assez largement confirmée par la jurisprudence que Grisel analyse pour dégager les principes essentiels à partir desquels l'expression d'une opinion (émanant le plus souvent de militants ou sympathisants communistes, ainsi que de syndicalistes) peut constituer une violation du devoir de fidélité. En ce qui concerne la *situation* des fonctionnaires, il ressort qu'elle n'affecte pas directement les décisions des autorités disciplinaires. Au contraire, les violations du devoir de fidélité concernent des fonctions techniques (conducteur de train, fonctionnaire PTT) et non des fonctions supérieures à caractère plus politique, ce facteur pouvant toutefois constituer un élément aggravant. S'agissant ensuite du *moment* incriminé, Grisel montre que les actes sanctionnés sont effectués durant le service, mais aussi en dehors de celui-ci, dans le cadre des activités privées des fonctionnaires. Troisièmement, les *intérêts* considérés comme lésés dans ces affaires relèvent soit directement de la fonction occupée (accomplissement imparfait des obligations de service) soit de manière plus indirecte de l'intérêt général de la Confédération, ces deux aspects apparaissant toutefois étroitement liés. Enfin, les *modalités d'expression* des opinions litigieuses sont diverses : simple conversation ou distribution d'un journal dans le service, participation à une manifestation interdite, appartenance au parti communiste³⁵, discours prononcé en public.

Finalement, Grisel estime que cette jurisprudence demeure modérée par rapport aux possibilités plus larges inscrites à ses yeux dans l'article 22 LStf. Selon lui, ni le Conseil fédéral ni le Tribunal fédéral n'ont réduit à néant la liberté d'opinion des fonctionnaires, ne serait-ce qu'en raison du nombre relativement restreint d'affaires (une trentaine cependant) et de la préférence accordée à des procédures d'avertissement préalable. Dans l'ensemble, il est

³⁴ Cette conception, qui trouve du reste un ancrage dans la Constitution allemande, est évoquée par Blaise Knapp au début de son texte consacré au devoir de fidélité en droit fédéral pour précisément montrer ce qui la différencie de celle qui prévaut en Suisse, qui ne connaît pas le fonctionnariat à vie, mais la nomination pour une période administrative de quatre ans. Dès lors, cette différence a pour conséquence, d'après Knapp, que l'obligation de fidélité doit être pensée d'une manière moins restrictive : « On ne peut obliger quelqu'un qui assume une tâche pour quelques années à abjurer sa foi ». Blaise Knapp, « La violation du devoir de fidélité », *op. cit.*, 489.

³⁵ On relèvera que le Conseil fédéral a adopté, durant les années trente, plusieurs textes spécifiques à l'encontre des fonctionnaires fédéraux ; ainsi notamment l'arrêté du 2 décembre 1932 interdisant à tous les fonctionnaires de la Confédération d'appartenir à une organisation communiste (selon une liste complétée en 1937) ; « Instructions du Conseil fédéral. Après la seconde guerre mondiale, le Conseil fédéral a promulgué, le 4 septembre 1950, des instructions concernant le congédiement des agents de la Confédération indignes de confiance », *Feuille Fédérale*, 1950 II, p. 801 sq. Notons que ces instructions ont été abrogées au début des années nonante, dans le contexte de l'affaire dite des « fiches ». Sur ces textes, voir en particulier Anne Neuenschwander, *Les libertés des fonctionnaires en droit suisse*, *op. cit.*, p. 72-76 ; Jean-Daniel Perret, *La liberté d'opinion face à l'État*, Neuchâtel, La Baconnière, 1968, p. 147-154.

jugé en conclusion de cette étude que les principes considérés sous l'angle du devoir de fidélité ne sont nullement incompatibles avec un régime démocratique : « Les agents publics, instruments des autorités, doivent conformer leur attitude à la volonté du peuple et de ses représentants³⁶. »

On le voit, nonobstant l'appréciation plutôt optimiste de Grisel, la conception qui prévaut dans les années trente et qui subsiste bien au-delà de la Seconde Guerre mondiale peut conduire à des restrictions significatives des libertés idéales des agents publics, sur la base, peut-on préciser, de dispositions légales très semblables à celles qui figurent encore à l'heure actuelle dans les législations fédérales et cantonales. Toutefois, l'interprétation de ces textes fait l'objet de certaines remises en cause. Comme indiqué ci-dessus, plusieurs auteurs ont été amenés à nuancer les différents aspects du devoir de fidélité³⁷. La casuistique juridique s'est affinée et conduit progressivement à prendre plus précisément en compte une combinaison de facteurs tels que le niveau de responsabilité des agents, la nature de la fonction occupée, les tâches accomplies, la distinction entre activités dans et hors service, la façon dont l'agent public s'exprime, les circonstances et l'objet de son intervention, le public auquel il s'adresse, etc. Autant d'éléments qui, sans remettre en cause la finalité du système juridique, ni non plus en exclure les ambiguïtés, sont susceptibles d'en nuancer les applications.

Plus fondamentalement cependant, la doctrine juridique remet progressivement en question la théorie fondée sur l'existence d'un rapport de droit spécial. On en trouve notamment une illustration chez Pascal Mahon, pour qui il s'agit de rompre avec cette conception hiérarchique et autoritaire, d'origine allemande, de l'État : « Le caractère spécial de la fonction publique ne saurait être invoqué pour légitimer, à lui seul et de façon générale, des restrictions particulières aux droits fondamentaux des agents de l'État. Il faut au contraire admettre que les fonctionnaires sont pleinement titulaires des droits fondamentaux, lesquels peuvent être restreints aux mêmes titres et conditions que pour les autres individus, c'est-à-dire par la loi (formelle et matérielle), pour un intérêt public prépondérant et dans le respect du principe de proportionnalité³⁸. » Pierre Moor souligne également que l'évolution récente (*i.e.* de la doctrine) conduit à soumettre plus fortement les rapports de droits spéciaux aux normes juridiques fondamentales régissant en

³⁶ André Grisel, *La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse*, *op. cit.*, p. 117.

³⁷ En particulier Peter Hänni, *Die Treupflicht im Öffentlichendienstrecht*, *op. cit.*; Blaise Knapp, « La violation du devoir de fidélité », *op. cit.* Pour une vue d'ensemble, Pierre Moor, Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, *op. cit.*, p. 221-245.

³⁸ Pascal Mahon, « Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale », *art. cit.*, p. 65-66. Dans le même sens Isabelle Häner, « Grundrechte im öffentlichen Personalrecht », *art. cit.*, p. 400 sq. ; Peter Hänni, *Die Treupflicht im Öffentlichendienstrecht*, *op. cit.*, p. 46 sq. et 100 sq.

particulier les libertés publiques, de sorte que, « en raison des aléas de leur concrétisation et malgré la formulation unilatérale que leur donne la législation, les devoirs des fonctionnaires doivent être interprétés en rapport avec les libertés publiques dont ils sont titulaires comme tout autre sujet de droit³⁹ » En d'autres termes, comme toutes les restrictions aux droits fondamentaux décidées par les pouvoirs publics, celles qui concernent les libertés publiques des agents de l'État doivent être conformes aux règles posées par la Constitution fédérale en la matière, reprises par ailleurs dans le droit constitutionnel des cantons. Selon ces règles, les dites restrictions, le cas échéant les sanctions infligées à l'agent public, doivent satisfaire l'exigence d'une base légale et respecter les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité⁴⁰.

D'un point de vue doctrinal (concernant donc la représentation de l'État et de son fonctionnement), cette conception est sensiblement différente de celle évoquée à propos de l'analyse d'André Grisel, qui n'intègre à aucun stade de son argumentation cette dimension relevant des conditions permettant au législateur, respectivement aux autorités exécutives de porter atteinte aux droits fondamentaux des agents publics. Sa portée reste toutefois relative. S'agissant de l'exigence d'une *base légale*, notamment, la doctrine estime que les devoirs des agents publics peuvent être formulés en des termes généraux. D'une part, il paraît difficile d'établir une nomenclature plus précise, et surtout exhaustive, vu l'extrême diversité des situations et des relations entre l'État et ses agents, ce qui peut justifier l'utilisation de cette technique législative consistant à recourir à des notions juridiques indéterminées. D'autre part, la soumission des agents publics à ce que d'aucuns⁴¹ considèrent néanmoins toujours comme un rapport de droit spécial a pour conséquence que la base légale peut être formulée en des termes très généraux. Le tribunal fédéral juge toutefois que le respect des principes de proportionnalité et d'intérêt public doit alors faire l'objet d'un contrôle d'autant plus rigoureux que la base légale est imprécise et que l'atteinte aux libertés des agents publics est importante⁴². Cet examen doit

³⁹ Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, *op. cit.*, p. 223-224.

⁴⁰ Auer.

⁴¹ Par exemple Thierry Tanquerel, « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale », p. 24.

⁴² *Ibid.*, p. 26. L'arrêt en question (ATF 1997 I 296) traite le cas d'une enseignante genevoise de confession musulmane à qui l'autorité a interdit le port du foulard dans ses classes. Une partie de l'argumentation se fonde ici sur le fait que « les fonctionnaires sont soumis à un rapport de puissance public spécial auquel ils ont librement adhéré et auquel ils trouvent un intérêt, ce qui justifie qu'ils ne puissent bénéficier des libertés publiques (ici de la liberté religieuse) que dans une mesure limitée. Il suffit dès lors que la loi indique de manière générale, par des concepts juridiques indéterminés, les valeurs qui doivent être respectées et qui pourront être concrétisées par ordonnance ou par décision individuelle. En revanche, dans leur contenu, les restrictions aux libertés publiques doivent être justifiées par le but et la bonne marche de l'institution » (p. 303-304).

tenir compte de l'ensemble des circonstances, l'une des plus déterminantes en matière de devoir de discrétion ou de réserve – et donc de liberté d'opinion et d'expression – étant le niveau de responsabilité de l'agent public qui prend publiquement position dans un domaine d'action de l'État. La fonction occupée entre également en considération, dans le cas, relaté par exemple chez Moor, d'un membre d'une organisation xénophobe travaillant à la Police des étrangers du canton de Vaud, dès lors que cette appartenance politique est susceptible de jeter le discrédit sur l'objectivité des décisions prises par ce secteur de l'administration.

Dans ce contexte, l'appréciation des critères d'*intérêt public* et de *proportionnalité* ne peut donner lieu à une nomenclature simple. Ces principes fixent une méthode d'analyse permettant de procéder à une balance des intérêts en présence, mais ne débouchent pas *ipso facto* sur des solutions déterminées pour chaque cas pouvant se produire dans les services publics. D'une manière générale, la doctrine estime qu'il doit y avoir une relation objective et qualifiée entre la fonction assumée par l'agent public et le comportement supposé violer l'obligation de fidélité. Inévitablement, plusieurs critères peuvent entrer en considération⁴³.

Ainsi, par exemple, selon Knapp, l'appartenance politique n'est pas en soi problématique, pour peu qu'elle soit discrète et, surtout, que soit exclue l'intention de renverser par la force ou la ruse le régime en place et que la réalisation de cette intention puisse être considérée comme plausible et sérieuse ou qu'elle puisse déboucher sur une utilisation abusive de la fonction⁴⁴. De même, selon le même auteur, l'objection de conscience n'apparaît pas d'une manière absolue comme incompatible avec certaines activités administratives⁴⁵. Moor⁴⁶ s'interroge sur le cas d'un médecin gynécologue qui, pour des raisons de conscience, refuserait de pratiquer des interruptions de grossesse, estimant qu'il s'agirait dans ce cas d'une violation du cahier des charges pour des motifs excusables, justifiant dès lors un déplacement et non une mesure de nature disciplinaire. S'agissant des affaires qui concernent la marche du service, il relève également que les restrictions sont plus couramment admises, cela pour assurer une certaine cohérence dans l'élaboration et l'exécution des décisions, tout en précisant qu'en la matière le niveau de responsabilité de l'agent public est déterminant : plus celui-ci est élevé, plus il faut admettre un devoir de discrétion étendu, hors les cas où certaines critiques sont formulées par des

⁴³ Voir notamment des exemples chez Haenni, pp. *Die Treupflicht im Öffentlichdienstrecht*, op. cit., p. 57 sq et 118 sq. ; Haenni... ; pour une synthèse, Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, op. cit., p. 232-237.

⁴⁴ Blaise Knapp, « La violation du devoir de fidélité, cause de cessation de l'emploi des fonctionnaires fédéraux », p. 498.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 496-497.

⁴⁶ Voir ces quelques exemples chez Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, op. cit., p. 231-239.

hauts fonctionnaires à l'encontre de graves irrégularités pouvant léser des intérêts clairement identifiés. Enfin, Moor admet également que la politique générale suivie par l'État puisse faire l'objet de critiques, dans et hors service, mais dans certaines limites qui ne sont pas faciles à déterminer *a priori*.

Ces quelques exemples signalent l'étendue des questions pouvant surgir. Toutefois, leur résolution implique également de considérer plus largement le cadre dans lequel évoluent les agents publics. Si d'un côté leur devoir d'obéissance exclut – mais il n'y a guère de jurisprudence en la matière – qu'ils s'opposent aux instructions qui leur sont données, de l'autre, on ne peut en déduire un fonctionnement de l'administration rigide et hiérarchique, excluant l'initiative et le sens critique des agents publics, réduits en quelque sorte à de simples exécutants. Il serait inadéquat d'attendre que l'administration fonctionne selon un conformisme généralisé. L'exercice des libertés publiques est sans doute au fondement de l'État de droit et constitue l'une des dimensions essentielles de l'organisation démocratique d'une société. Dès lors, en rupture avec certaines conceptions autoritaires de l'État, il n'y a pas lieu de prémunir l'administration elle-même contre les droits fondamentaux qui sont censés être au principe même du fonctionnement et de l'organisation démocratique de l'État. Cela vaut notamment, souligne Pascal Mahon, en matière de droits syndicaux, et cela tout particulièrement dans le contexte du redimensionnement du statut des fonctionnaires qui se développe en Suisse à l'heure actuelle : « On ne saurait considérer que la situation des agents de l'État ne diffère pas – ou plus – de celle des travailleurs du secteur privé s'agissant du besoin de protection contre la résiliation, mais qu'elle est – ou reste – différente s'agissant de la jouissance et de l'exercice des droits fondamentaux⁴⁷. »

Fondamentalement, ce qui est en jeu, par-delà les aspects juridiques et parfois très techniques des questions abordées ici, c'est bien le fonctionnement démocratique de l'État et celui des services publics. Telle est du reste l'une des réflexions proposées par Pierre Moor : « Ce qui est déterminant, c'est le service public. Le devoir de fidélité oblige les fonctionnaires, aussi bien dans l'exercice de leurs tâches qu'au-dehors, à un comportement tel que la population puisse avoir confiance dans l'appareil administratif à qui est confié la gestion des affaires publiques⁴⁸. » Comment ne pas voir, à travers cette observation générale, que les défis humanitaires auxquels sont aujourd'hui confrontés les agents de l'État posent directement la question du service public, non seulement celle de son fonctionnement et de son organisation, mais aussi celle de ses finalités. Si les agents publics ont

⁴⁷ Pascal Mahon, « Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale », *art. cit.*, p. 66.

⁴⁸ Pierre Moor, *Droit administratif*. Volume III, *op. cit.*, p. 230.

certaines de devoirs, n'ont-ils pas aussi celui de rendre possible un retour réflexif de l'État sur lui-même ?

À titre d'épilogue provisoire

Les agents publics et le devoir de fidélité

La lecture des entretiens réalisés auprès des professionnels des services publics dans le cadre de cette recherche laisse au juriste, sans doute plus qu'au sociologue, une première impression mitigée : dans une très large mesure, les agents publics n'ont qu'une conscience extrêmement retreinte et diffuse du cadre légal dans lequel s'inscrivent les relations de travail qu'ils entretiennent avec leur employeur, notamment en ce qui concerne les obligations qu'ils ont à son égard. Certes, les répondants abordent fréquemment et franchement certains aspects liés à leurs *conditions* de travail. Sont ainsi évoqués le manque de personnel, le recours jugé trop fréquent à des travailleurs auxiliaires ou temporaires, la surcharge de travail, le stress lié à celle-ci, qui empêche d'accomplir valablement certaines tâches considérées comme essentielles à la mission de service public. Sont également signalés à quelques reprises des rapports parfois tendus avec les responsables hiérarchiques. Il est parfois jugé que ces derniers manquent de respect à l'égard des personnes placées sous leur responsabilité ou qu'ils se montrent excessivement pointilleux dans des contrôles considérés dans certains cas comme excessifs ou inutiles.

Cependant, les aspects de leurs activités pouvant soulever des questions relevant de la problématique des défis humanitaires sont plus rarement abordés de front. Lorsqu'ils le sont, ils sont plus directement évoqués sur le plan strictement individuel, en regard de certaines règles de déontologie professionnelle, voire par rapport à des situations difficiles à vivre personnellement au moment où elles se produisent, qu'en relation à des « défis » éthiques à caractère collectif pouvant, le cas échéant, avoir des répercussions sur leur façon d'envisager leurs obligations, mais aussi leurs droits vis-à-vis de l'État. Nous n'avons pas identifié de violation manifeste du devoir de gestion motivée par des refus d'exécuter certains ordres pour des raisons de conscience, politiques ou éthiques. S'agissant du devoir de fidélité, les répondants manifestent très largement une intériorisation du rapport de subordination hiérarchique qui caractérise leurs activités dans l'administration et qu'ils acceptent comme une donnée inévitable de leur travail. Du reste, cet aspect est à ce point jugé comme « allant de soi » qu'il n'est évoqué que très marginalement. À quelques reprises, toutefois, certains répondants abordent le problème. Dans un cas (à propos d'une procédure de renvoi), la situation est jugée difficile : « On est des moutons, on ne dit jamais rien et on déprime dans notre coin. » Mais plus souvent apparaît l'idée, sans doute rassurante et bien légitime, que l'agent public qui exécute

une décision n'en est pas personnellement responsable, qu'elle est imputable à la hiérarchie qui, elle-même, reçoit ses instructions des autorités politiques : « Les autorités ont décidé cela, je ne peux rien faire. » Plus encore, transparaît parfois un sentiment de confiance envers l'autorité qui ordonne l'exécution d'une mesure, autorité dont il est présumé « qu'elle sait ce qu'elle fait ». Enfin, un cadre fonctionnaire de police s'attarde plus longuement sur cet aspect, mais pour reproduire – à partir de sa fonction de direction – les attendus classiquement émis pour justifier le caractère hiérarchique de l'institution : outre les questions d'efficacité, ce caractère hiérarchique est destiné à garantir une unité de pratique, ainsi qu'à éviter l'arbitraire et les inégalités de traitement envers les administrés comme au sein de l'administration.

D'une manière générale, il ressort donc que le modèle hiérarchique de l'administration conduit en quelque sorte à une dilution des responsabilités assumées dans le cadre des activités de service public, selon une chaîne qui n'est pas souvent explicitée comme telle, mais qui conduit à se reconnaître une faible marge de manœuvre. Cela ne signifie pas pour autant que les professionnels des services publics se désintéressent du contenu de leur travail. Dans le secteur social, notamment, apparaît souvent l'idée d'une réflexivité nécessaire par rapport à celui-ci. Les questions sont évoquées collectivement, à l'intérieur du service (dans le cadre de séminaires internes notamment) ou parfois à l'extérieur (dans un cadre syndical). Revient cependant à plusieurs reprises le constat d'un manque chronique de temps pour réfléchir et prendre un certain recul par rapport au travail quotidien.

Sans doute plus fondamentalement faut-il préciser que le droit en général, les dispositions relatives au devoir de fidélité en particulier, n'épuisent pas la réalité du fonctionnement des services publics et des relations d'autorité et de pouvoir qui se nouent au sein de l'administration. Le présent rapport s'est centré sur quelques aspects juridiques des relations de travail dans la fonction publique. À cet égard, il a pu mettre en évidence une évolution sans doute positive, sur le plan doctrinal (et donc aussi des représentations de l'État et de son fonctionnement), du droit des relations de travail dans les services publics : limitation de l'appréhension de ces relations sous l'angle unilatéral de la notion ambiguë de « rapport de puissance public particulier » ou de « rapport de droit spécial, élaboration d'une casuistique plus nuancée associée à la prise en compte des critères d'intérêt public et de proportionnalité, et plus fondamentalement reconnaissance du fait que les agents publics sont titulaires des droits fondamentaux. Autant d'aspects qui, toujours sur le plan doctrinal, permettent sans doute des appréciations concrètes et des solutions moins empreintes de la conception autoritaire et hiérarchique de l'administration, sans bien entendu les garantir, tant il est vrai qu'en la matière la résolution des conflits dépend plus largement des contextes politiques, sociaux et culturels environnant les services publics.

Sans minimiser cette évolution doctrinale en matière de devoir de fidélité, il convient cependant d'en relativiser la portée. Comme l'indique opportunément Pascal Mahon, « la liberté des agents de l'État ne dépend pas seulement des textes qui la consacrent ou la limitent spécifiquement, mais aussi et surtout de l'ensemble du statut de ces personnes⁴⁹ ». Il est à cet égard important de souligner que les avancées doctrinales évoquées plus haut s'inscrivent plus largement dans le cadre de l'introduction dans l'administration de certains principes de la « nouvelle gestion publique ». Ceux-ci impliquent notamment une « privatisation » de la fonction publique à travers le recours aux instruments du droit privé : suppression du statut de fonctionnaire, contractualisation des rapports de travail, salaire au mérite, flexibilisation des conditions de travail, contrats de prestations, gestions par projets et objectifs, techniques de gestion et d'évaluation du personnel analogues au secteur privé, etc. Si d'un côté ces réformes se mettent en place sur la foi d'un discours critique envers les « archaïsmes » de la « vieille administration », supposée autoritaire, hiérarchique, pesante, dont témoignent en partie les transformations évoquées plus haut à propos du devoir de fidélité, de l'autre, en revanche, les nouveaux dispositifs tendent singulièrement à renforcer les mécanismes informels de pouvoir au sein des services publics. Il en résulte sans doute un décalage entre une doctrine juridique libérale en matière d'obligation de fidélité des agents publics envers l'État et une réalité où les devoirs de gestion s'étendent qualitativement et quantitativement, renforçant dans le même mouvement l'encadrement hiérarchique des agents de l'État. Cette problématique excède certainement le cadre restreint de cette contribution, mais elle doit être prise en compte dans toute perspective qui viserait à intégrer la problématique des défis humanitaires dans le droit des relations de travail dans les services publics.

À cet égard et pour conclure, nous pouvons suggérer quelques thèses ou pistes de réflexion :

1. Les bases légales en matière de devoir de fidélité apparaissent trop générales et imprécises. Une rupture claire avec la théorie du « rapport de droit spécial » impliquerait pas conséquent d'élaborer des dispositions d'une plus haute densité normative, prévoyant le principe général selon lequel les agents publics sont titulaires à part entière des droits fondamentaux, sous réserve de restrictions énumérées dans la loi mais subordonnées au respect des principes d'intérêt public et de proportionnalité.

2. Les agents publics devraient pouvoir se prévaloir, selon des procédures à déterminer, des conflits de conscience à caractère humanitaire vécus dans le cadre de leur fonction.

⁴⁹ Pascal Mahon, « Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale », *art. cit.*, p. 66.

3. La dimension collective de cette problématique apparaît fondamentale, de sorte que l'administration devrait pouvoir bénéficier de structures – instruments de réflexivité de l'État par rapport à sa pratique – au sein desquelles le personnel pourrait procéder à des échanges sur les finalités du service public.

4. Cette dimension implique une plus large reconnaissance des droits collectifs à caractère syndical au sein de l'administration, dès lors en effet que les syndicats de la fonction publique contribuent à cette nécessaire réflexion sur le service public.

D'une manière plus générale, ces quelques propositions sont traversées par une préoccupation majeure, qui se dégage en partie des évolutions juridiques et doctrinales concernant l'activité administrative, selon laquelle les professionnels des services publics sont tout autant des *agents* publics que des *acteurs* des services publics. Deux façons de considérer le service de l'État et l'État lui-même.