

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس الدولة

مجلة مجلس الدولة

عدد خاص

ملتقى دولي حول منازعات الوظيفة العمومية

بتاريخ 2 و 3 جوان 2007

2007

منازعات الوظيفة العمومية

- تم إنجاز هذا العدد الخاص بتدعيم هيئة
التعاون التقني البلجيكي CTB في إطار الإتفاقية
المبرمة بتاريخ 5 أكتوبر 2004 و الرامية إلى
التدعيم المؤسساتي لمجلس الدولة الجزائري.
- كمال فنيش : رئيس غرفة بمجلس الدولة
- أحمد مومن : مدير الدراسات لدى الأمانة العامة
للحكومة
- Daniel GANDREAU : رئيس غرفة بمجلس
الإستئناف الإداري لمرسيليا - فرنسا
- فافا سيد لخضر : مستشارة دولة.
- ملتقى دولي حول منازعات الوظيفة العمومية
بتاريخ 2 و 3 جوان 2007
بفندق الأوراسي - الجزائر.
- Jean-François NEURAY : محاضر أول،
رئيس قسم بمجلس الدولة البلجيكي، أستاذ
محاضر بجامعة ليبر - بروكسل - بلجيكا
- السيد طيب : أستاذ بالمدرسة الوطنية للإدارة
- محمد دمرداش زكي العقلي : المستشار
بمجلس الدولة المصري
- التدخلات :
- Thierry LE ROY : مستشار دولة - رئيس
السرية الثامنة بمجلس الدولة الفرنسي
- خالد محمد العتريس : المستشار بمجلس
الدولة جمهورية مصر العربية

الطبع :

الجزائر برينت منشورات الساحل
المنطقة الصناعية رقم 17 عين البنيان الجزائر
رقم الهاتف : 21 27 35 (020)
13 63 30 (021)

فهرس

05 حقوق و حريات الموظف العام في ظل أحكام مجلس الدولة المصري

السيد محمد الدمرداش زكي العقالي
المستشار بمجلس الدولة المصري

15 دور مجلس الدولة المصري في التصدي للمسائل المتعلقة بالوظيفة العامة

السيد خالد محمد العتريس
المستشار بمجلس الدولة
جمهورية مصر العربية

حقوق و حريات الموظف العام في ظل أحكام مجلس الدولة المصري

من إعداد السيد محمد الدمرداش زكي العقالي
المستشار بمجلس الدولة المصري

حقوق و حريات الموظف العام في ظل أحكام مجلس الدولة المصري

من إعداد السيد محمد الدمرداش زكي العقالي
المستشار بمجلس الدولة المصري

تمهيد:

تمارس الدولة دورها باعتبارها شخصا معنويا عاما عن طريق أشخاص طبيعيين يعبرون عن إرادتها ألا وهم الموظفون العموميون و لقد تناول السيد الزميل المستشار / خالد العتريس في كلمته التي استمعتم لها اتجاهات مجلس الدولة في شأن الوظيفة العامة من بدء هذه العلاقة حتى انتهائها. و نتناول جانبا آخر من هذه العلاقة كان لمجلس الدولة المصري بصمته الواضحة فيها ألا وهي حقوق و حريات الموظف العام.

فالموظف العام كمواطن له ما لغيره من المواطنين من حقوق و عليه ما عليهم من واجبات، و لكنه و هو ينهض لممارسة هذه الحقوق أو أداء تلك الواجبات مقيد بمراعاة مقتضيات المركز الوظيفي التي تسنده إليه الدولة.

و لقد تناول المشرع تنظيم أوضاع الموظف العام، فتصدى لأول مرة لتنظيم هذه الأوضاع بالأمر العالي الصادر سنة 1878 الخاص بتشكيل مجلس النظر ثم تتابعت المعالجة التشريعية حتى القانون رقم 47 لسنة 1978 و تعديلاته المتعاقبة على النحو الذي استعرضه السيد المستشار / خالد العتريس.

حريات و حقوق الموظف العام:

و قبل الحديث عن حقوق و حريات الموظف العام في ظل أحكام مجلس الدولة لابد من الإشارة إلى قاعدة أولية مفادها أن الموظف بسبب صفته الوظيفية يتعين أن يمارس الحريات التي كفلها الدستور للمواطن بصورة أضيفت من تلك التي يستمتع بها المواطن، و هذه نتيجة طبيعية لاختلاف العلاقة التي تربط الدولة بالمواطنين فقط عن تلك التي تربطها بالمواطنين الموظفين، ففي ظل العلاقة بين الدولة و الموظف هناك منافع و مصالح متبادلة بين الطرفين. فالموظف يستفيد من الوظيفة التي توفرها الدولة مقابل الالتزامات التي يفرضها عليه نظام الوظيفة العامة.

و إذا كان دخول الموظف سلك الوظيفة العامة أمرا اختياريا إذ لا يملك أحد - أساسا - إجبار الموظف المواطن على الانضواء في سلك الوظيفة العامة، فإن مجرد قبوله خدمة الدولة و الانضمام إلى جهازها الوظيفي يفرض عليه بعض الالتزامات التي تفوق التزامات المواطن، كما أن الاعتراف للموظف بنفس القدر من الحريات المسموح بها للمواطن قد يعرض أداء المرفق العام لوظائفه للخطر.

و بعد نعرض لاتجاهات مجلس الدولة المصري بصدد أبرز حقوق و حريات الموظف العام. و نبتدئ بالحديث عن الحريات الشخصية للموظف العام.

أولا : الحريات الشخصية :

تناول الدستور المصري الصادر في عام 1971 في مادته 41 الحرية الشخصية فنص على أن : (الحرية الشخصية حق طبيعي و هي مصونة لا تمس ...).

و حق الزواج انتهت المحكمة الإدارية العليا و هي قمة الهرم القضائي بمجلس الدولة المصري، إلى عدم جواز إيراد قيود عليه ففي واقعة ألزمت وزارة التربية و التعليم مدرسات التربية البدنية بعدم الزواج خلال ثلاث سنوات من التحاقهن بالعمل انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن الوزارة من حقها إلزام المدرسات بعدم الزواج لسنوات ثلاث و ذلك استيفاء لحق الإدارة في استرداد المصروفات التي أنفقتها عليها أثناء الدراسة و طبقا للتعهد الموقع منها، و أنه إذا اختارت المدرسة الزواج خلال فترة الحظر المفروضة فليس هناك من سبيل لإجبارها على العمل لكن يكون من حق الإدارة استيفاء المصروفات التي أنفقتها عليها أثناء الدراسة⁽¹⁾.

و حرية الملبس ثار بشأنه نزاع قضائي كان محل دعوى بمحكمة القضاء الإداري أقامها كاهن قبطي يعمل أستاذا في كلية العلوم بجامعة القاهرة طعنا في قرار الجامعة بمنعه من التدريس و هو مرتديا الزي الكهنوتي و فوّه الروب الجامعي لأداء عمله بالكلية.

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 2469 لسنة 6 ق.ع في 4/20/1963.

و انتهت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 18/5/1983 إلى أنه مع التسليم بالاعتراف بالمسيحية كأحد الأديان السماوية و أن الإسلام جاء حافظا لحقوق أهل الكتاب و فرض على المؤمنين الإيمان بالله و كتبه و رسله لا نفرق بين أحد من رسله، فإن ارتداء المدعي لزي الكهنوت تفرضه عليه واجباته الدينية و لا يمكنه خلعه و هذا الأمر يتصل بعلاقته بالكنيسة، و هي علاقة لا شأن للجامعة بها و لا تعتبر الجامعة طرفا فيها. أما دخوله الجامعة مرتديا زيا دون آخر فهو أمر يتصل بعلاقته بالجامعة التي يعمل بها و حين يحظر قانون الجامعات ارتداء الزي الديني أثناء العمل فيها فإن قرار الجامعة بمنع الكاهن من التدريس فيها يكون صحيحا. مما يتعين معها رفض دعوى الكاهن⁽¹⁾.

و قد طعن الكاهن في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا و التي انتهت إلى إلغاء حكم القضاء الإداري إلا أن إلغاء حكم محكمة القضاء الإداري بني على أن قرار منع الكاهن من التدريس صدر من جهة غير مختصة و هي مجلس عمداء الكليات و لم يصدر من جهة الاختصاص و هو مجلس الجامعة.

و بذا فإن الحكم الصادر من الإدارية العليا قد تناول مسألة الاختصاص و لم يتصدى لجوهر الموضوع ليقضي فيه بشكل فاصل في مدي حق الموظف في ارتداء ما يشاء من ملابس أثناء ممارسة عمله، و الجدير بالذكر في مقام الحديث عن الزي الديني أن دائرة توحيد المبادئ و هي قمة دوائر المحكمة الإدارية العليا بصدد إصدار حكم في منتصف الشهر الحالي بشأن الزي المعروف بالنقاب لتسدل الستار على جدل فقهي و قانوني طويل بشأن مشروعية ارتداء الطالبات و الموظفات لهذا الزي أثناء الدراسة أو العمل.

و حق الشكوى من الحقوق التي تصدت لها أحكام مجلس الدولة المصري، فأقرت المحكمة الإدارية العليا حق الموظف العام في التقدم بالشكوى إلى السلطات العليا في الدولة و على الأخص رئيس الدولة، و أشارت إلى أن هذا الحق مكفول لكل مواطن و ليس من شأن التحاق صفة الموظف العام بالمواطن حرمانه من ممارسة هذا الحق⁽²⁾.

كما ذهبت الإدارية العليا إلى حق الموظف العام في أن يعبر من خلال الصحافة عن تظلمه مما يعانیه أو مما يتصوره ظلما لحق به ما دام لا يسيء استعمال هذا الحق⁽³⁾.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 2029 لسنة 37 ق جلسة 18/5/1983.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 720 لسنة 32 ق. ع جلسة 20/6/1987.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي 3815 و 2872 لسنة 31 ق. ع جلسة 18/3/1989.

و عرضت المحكمة العليا لحق الموظف في الطعن في تصرفات رؤسائه، و أنه لا تثريب عليه إذا كان معتدا بنفسه واثقا من سلامة نظمه شجاعا في إبداء رأيه، أن يطعن في تصرفات رؤسائه طالما لا يبغي من طعنه إلا وجه المصلحة العامة التي قد تتعرض للنيل منها إذا سكت المرؤوسون عن تصرفات رؤسائهم المخالفة للقانون⁽¹⁾.

و ألزمت المحكمة الإدارية العليا الموظف العام بالا يلتزم بواجب الطاعة التي ينبغي عليه لرؤسائه ما دام أن الرئيس قد أصدر أوامره مخالفة للقانون، و انتهت المحكمة إلى أن مسئولية الموظف رئيسا كان أو دون الرئيس لا ترتفع بأوامر تصدر له من أية جهة و من أي مقام، ما دامت هذه الأوامر لا تتفق و القانون، و أن خوف الموظف من أذى يصيبه إذا خالف هذه الأوامر لا يعفيه كذلك من المسئولية بل عليه أن يظل دائما حدود القانون⁽²⁾.

و لم تكن الحياة الشخصية و التي يعيشها الموظف العام خارج نطاق الوظيفة بعيدة عن رقابة قضاء مجلس الدولة، مع الإشارة بداءة إلى أن قضاء مجلس الدولة يمارس رقابته هنا على أساس من عدم اعتبار أي عمل شائن يرتكبه الموظف في حياته الخاصة مخالفة تأديبية، و إلا صار نظام الوظيفة العامة أداة للأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و ما لم يخلق لتحقيقه⁽³⁾، و عليه فإن هذه الأعمال التي يرتكبها الموظف العام في حياته الخاصة إذ لم تنعكس على وظيفته و تؤثر فيها أي تخل بكرامة الوظيفة و مقتضياتها بالثقة الواجبة في شاغلها و الاحترام المطلوب له فلا يجوز اعتبارها خطأ تأديبيا. و قد انتهت المحكمة العليا أن تواجد الموظف العام في منزل تحيطه الشبهات و يتردد عليه بعض الأشخاص للعب القمار، يعد تواجدا في بيئة تحلت من الأخلاق الكريمة في وسط مدموغ بالاستهتار و العبث يؤثم سلوكه و ينعكس بل يمتد إلى وظيفته⁽⁴⁾. في حين ذهبت المحكمة العليا إلى أن ممارسة الغناء و العزف لا يمس كرامة الوظيفة فقضت أن للموظف المرخص له بالعمل في غير أوقات العمل الرسمية أن يزاول كل ما لا يتعارض مع كرامة الوظيفة من الأعمال الفنية و من بينها العزف في الفرق الغنائية⁽⁵⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 680 لسنة 31 جلسة 12/7/1985.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 991 لسنة 14 جلسة 30/6/1973.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 31 لسنة 36 جلسة 9/1/1991.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1134 لسنة 9 جلسة 5/1/1963.

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 41 لسنة 19 جلسة 30/6/1977.

ثانيا : حرية العمل :

و مبدأ حرية العمل يقضي بألا يجبر الشخص على ممارسة عمل لا يريده، كذا أن يكون من حق الموظف أن يترك العمل الذي يلتحق به بشرط أن ألا يكون تركه لهذا العمل عن غير إرادة حرة منه. ففي حكم للمحكمة العليا انتهت فيه (أن المبدأ الدستوري و القانوني المقرر هو ألا إجبار في تولي الوظائف العامة أو الاستمرار فيها، فالعمل حق و واجب و شرف تكفله الدولة و لا يجوز فرض أي عمل جبرا على المواطنين إلا بمقتضى قانون، و لأداء خدمة عامة، و بمقابل عادل ...) ⁽¹⁾.

بل و مضت المحكمة الإدارية العليا في رسم الضوابط التي يتعين على الإدارة انتهاجها في قبول استقالة الموظف العام. فقضت (أن جهة الإدارة لا تملك إلا إرجاء قبول استقالة العامل لأسباب تتعلق بمصلحة العمل مع إخطاره بذلك، على ألا تزيد مدة الإرجاء على أسبوعين بالإضافة إلى المدة التي يجب البت فيها في طلب الاستقالة، و هي ثلاثون يوما من تاريخ تقديمها، و التي اعتبر المشرع أن عدم البت في طلب الاستقالة خلالها قبول لها بحكم القانون ...) ⁽²⁾. و باستقراء اتجاهات أحكام مجلس الدولة المصري نجدها قد استقرت على أنه لا يجوز للإدارة رفض استقالة الموظف بحسبان الاستقالة عمل إداري من جانب العامل و تشكل حق من حقوقه يستند إلى طبيعة العلاقة الوظيفية القائمة على رضا العامل بالوظيفة بحيث يكون هذا الرضا شرطا لنفاذ تلك العلاقة و شرطا لاستمرار نفاذها ، فإذا ما أبدى الموظف عدم رضاه بالوظيفة في أي وقت، يتعين إنهاء علاقته الوظيفية، و القول بغير ذلك يتعارض مع طبيعة هذه العلاقة، و يقبلها من نظام يقوم على الرضا إلى نظام يستند إلى التكليف، و لا ريب أن القانون و أحكام مجلس الدولة قد كفلت لجهة الإدارة سلطة إرجاء قبول الاستقالة ضمنا لحسن سير المرافق العامة لكن هذا الإرجاء في أضيق الحدود و بمدد محدودة ⁽³⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2815 لسنة 36 جلسة 18/3/1994.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 948 لسنة 31 ق.ع جلسة 24/6/1996.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 61 لسنة 39 ق جلسة 10/3/2002.

كما قيد مجلس الدولة المصري الموظف العام في القيام بممارسة الأعمال التجارية حتى لا تكون الوظيفة العامة باب للتربح و تعرض مجلس الدولة في أحكامه للأعمال المحظورة على الموظف العام القيام بها فقضت المحكمة الإدارية العليا (أن الموظف العام يحظر عليه أن يجمع بين وظيفته و بين أي عمل آخر يؤديها بالذات أو بالوساطة، إذا كان هذا العمل لا يتفق مع مقتضيات وظيفته، و من المحظور عليه أن يزاوّل أي أعمال تجارية و بوجه خاص أن يكون له أي مصلحة في أعمال تتصل بأعمال وظيفته، و ذلك حتى يبتعد الموظف العام عن مواطن الزلل و الشبهات، و يلتفت إلى أعمال وظيفته، و مقتضيات تقلده لمنصب عام، دون أن يكون شغله لهذا المنصب مع ما يصحبه من مكّنات و سلطات، و مجالا لربحه و نفعه الشخصي بدون وجه حق)⁽¹⁾.

كما حظرت الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الجمع بين أكثر من وظيفة، بمعنى يقوم الموظف بالعمل في أكثر من جهة بعمل دائم على وجه مستقر أو مطرد، فقضت بعدم جواز الجمع بين وظيفة أستاذ جامعي و وظيفة رئيس مجلس إدارة لشركة من شركات القطاع العام⁽²⁾، و مثال لهذا الحظر قضت الإدارة العليا بعدم أحقية صيدلي في العمل خبيرا بالهيئة العالية للأدوية و في نفس الوقت مديرا للمكتب الإقليمي لشركة لاروش للأدوية⁽³⁾.

و رتب مجلس الدولة جزاء على الموظف الذي شغل أكثر من وظيفة باعتباره إخلال منه بواجبات كل وظيفة يشغلها، و أناط بكل جهة يعمل بها حق توقيع الجزاء المناسب لشغله الوظيفة الأخرى، مع ملاحظة أن مبادرة إحدى الجهتين لحقها في توقيع الجزاء يخل يد الجهة الأخرى في ممارسة هذا الحق ذلك أن المقرر و المستقر في أحكام القضاء و مدونات الفقه أنه لا يجوز مجازاة العامل عن جريمة واحدة مرتين⁽⁴⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 61 لسنة 39 ق جلسة 10/3/2002.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2921 لسنة 39 ق جلسة 21/10/1997.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 944 لسنة 17 ق جلسة 25/8/1963.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 101 لسنة 40 ق بجلسته 2/9/1999.

فتوي الجمعية العمومية لقسمى الفتوى و التشريع رقم 185 في 16/2/1965 مجموعة السنة 19.

ثالثا : الحريات النقابية :

تحمي التشريعات في أغلب الدول مبدأ الحرية النقابية بما يتضمنه هذا المبدأ السماح للموظف بتكوين نقابات ترعى شئونه وتهتم بمصالحه.

و قد أدرك مجلس الدولة منذ وقت مبكر ضرورة و أهمية إتاحة الفرصة لممثلي اتحادات الموظفين للدفاع عن مصالح من يمثلونهم فأقر حق الشكوى للنقابي و لو اتخذ شكل المنشورات ما دام أن هذه المنشورات كان الهدف منها الدفاع عن المصالح المهنية المشروعة للموظفين و حتى و إن تضمنت عبارات تحمل معاني كريهة⁽¹⁾.

كما أرسى مجلس الدولة مبدأ تواترت فيه الأحكام مفاده أن من يشغل وظيفة مدير عام و حتى إن كانت على سبيل النذب يحظر ترشيحه للنقابات العمالية تأسيسا على أن من يشغل وظيفة مدير عام فأعلى قادر بحكم سلطاته التي يخولها له القانون على التأثير في العملية الانتخابية لصالحه و بحكم ما يملكه من وسائل الترغيب و التهريب⁽²⁾ و الواقع العملي في مصر يؤكد منذ زمن طويل على ضمان مجلس الدولة للتشكيلات النقابية حرية العمل، و حصانة أعضائها من عسف جهة الإدارة، خاصة أن التحول الاقتصادي في السبعينيات و انحسار التوجه الاشتراكي أظهر ضرورة وجود نقابات للموظفين تدافع عن مصالحهم المهنية و تتكلم باسمهم أمام الإدارة.

و من الحقوق النقابية للموظف العام التي ثار بشأنها جدل طويل حق الإضراب عن العمل بمعنى امتناع العاملين عن الاستمرار في عملهم لفترة مؤقتة ابتغاء تحقيق مطالبهم أو احتجاجا على أوضاع معينة أو مساندة لنشاط سياسي أو اجتماعي معين.

و لا ريب أن الإضراب يمكن أن يعبر أو يكشف عن أوضاع غير سليمة جديرة بالتصويب، بل أنه يمكن أن يصحح بعض الأوضاع الخاطئة إلا أنه لا يخفى أنه يمكن أن يؤثر بالسلب على مصالح الأفراد و حسب سير المرافق العامة.

و قد تصدى المشرع المصري لحظر الأحزاب قبل عام 1923 مكتفيا بتوقيع عقوبات تأديبية إلا أنه اعتبارا من القانون 37 لسنة 1923 تم تجريم الإضراب جنائيا و تتابع هذا التجريم في قانون العقوبات الصادر عام 1937 و 116 لسنة 46 و القانون رقم 24 لسنة 1951.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى 1183 لسنة 5 ق جلسة 19/1/1983.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2145 لسنة 34 ق. ع جلسة 28/3/1993.

إلا أن هذا الوضع اختلف جذريا بتصديق مصر على الإتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية التي أقرتها الجمعية العمومية للأمم المتحدة و التي كفلت الحق في الإضراب و عليه صدر قرار رئيس الجمهورية رقم 537 لسنة 81 بالموافقة عليه، و لا نستطيع أن نقول أن هناك اتجاها مستقرا لإباحة الإضراب في أحكام مجلس الدولة إلا أن الواقع يشهد بروز سلاح الإضراب في الفترة الحالية و ستشهد الساحة باليقين أحكاما ترسم الاتجاه الذي سينتهجه مجلس الدولة في هذا الصدد.

رابعاً : الحريات السياسية :

لم يجد مجلس الدولة المصري مانعا قانونيا يحول و انتماء الموظف إلى التنظيم السياسي الوحيد المتمثل في الاتحاد الاشتراكي. ثم تطورت الأحوال الاقتصادية و انفتح المجال لتأسيس الأحزاب السياسية التي صارت تزيد عن العشرين حزبا حاليا و استمر موقف مجلس الدولة المصري في أحقية الموظف العام في الانتماء للحزب السياسي المتفق مع توجهاته، لا يقيد في ذلك إلا أن يراعي ألا يؤثر انتماءه هذا سلبا على واجباته الوظيفية.

وختاماً :

هذه إطلالة سريعة على موقف مجلس الدولة المصري بصدد بعض حريات الموظف العام و قد اختلف موقف مجلس الدولة على مر تاريخه بالنظر لطبيعة الحق نفسه، فالحقوق و الحريات الشخصية لم يختلف فيها موقف مجلس الدولة مثل حرية الزواج و الإقامة و السكن و الملبس و كذلك حرية العقيدة و الرأي التي تحدث فيها الزميل المستشار / خالد العتريس.

في حين تغير موقف مجلس الدولة على مدى سنوات عمره بصدد بعض الحريات الأخرى مثل حرية الفكر و العمل و الحريات النقابية و السياسية و حرية التقاضي، و لا ريب أن المحصلة النهائية لتطور نظر مجلس الدولة المصري لهذه الحقوق يقطع بجلاء أن مجلس الدولة المصري يزداد شموخا على مدار الأيام، و أنه و بحق صار الملجأ الآمن للموظف خاصة و للمواطن عامة و استحق أن يكون حصن المشروعية و ملاذ الضعفاء.

شاكر لمحفلكم الكريم حسن الإصغاء مع تمنياتي لكم بالتوفيق و السداد
و السلام عليكم ورحمة الله و بركاته.

دور مجلس الدولة المصري في التصدي للمسائل المتعلقة بالوظيفة العامة

إعداد/ خالد محمد العتريس
المستشار بمجلس الدولة
جمهورية مصر العربية

دور مجلس الدولة المصري في التصدي للمسائل المتعلقة بالوظيفة العامة

إعداد / خالد محمد العتريس

المستشار بمجلس الدولة جمهورية مصر العربية

بحث مقدم إلى مؤتمر
"المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامة"
يونيو 2007

تمهيد

ترتب على اتساع عمل الدولة في العصر الحالي اختلاف دورها الذي أصبح لا يقتصر على المجالات الخدمية و الاجتماعية فقط، إنما إمتد ليشمل العديد من المجالات الأخرى في النواحي المالية و الصناعية و التجارية.

و يرجع ذلك إلى عدة عوامل منها أسباب سياسية تتعلق بالنزعة الاشتراكية سيما في بداية هذا العصر، و أسباب اقتصادية نتجت عن ظهور بعض المشروعات الكبرى ذات النفع العام و التي يستحيل على غير الدولة تحمل تبعاتها، فضلا عن ظهور مشروعات تقتضي طبيعتها أن تختص بها الدولة وحدها كمصادر الثروات الطبيعية و الاقتصادية الهامة.

و يعتبر الموظف العام من ضمن الأدوات التي تمارس بها الدولة سلطانها و نشاطها لتحقيق الأهداف الممنوعة بها، و لا يتصور تفعيل النشاط الإداري للدولة دون وجود الموظف العام الذي يعد بمثابة اللبنة الأولى في بناء الجهاز الإداري للدولة.

و الموظف العام يمثل الدولة و يتصرف باسمها، فهو المؤتمن على مصالح الأفراد في كثير من الأحيان بسلطات واسعة تمس المواطنين في أرواحهم و أموالهم و حرياتهم، و بالتالي فإنه إذا لم يحظ الموظف العام باهتمام كل من المشرع و رجال القضاء سري الفساد في جسد الدولة و تهددت مصالح المواطنين.

التطور التاريخي لتنظيم الوظيفة العامة في مصر و دور مجلس الدولة في التصدي للمشكلات المتعلقة بها :

إن المتتبع لتاريخ الوظيفة العامة في مصر- في العصر الحديث - يجد أن بداية التفكير في وضع تنظيم لها بدأ في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، إلا أنه لم يأخذ شكل التنظيم الكامل إلا في منتصف القرن العشرين، و هو ما تواءم مع إنشاء مجلس الدولة المصري عام 1946، و يمكن القول أن البنين المتكامل لنظام الوظيفة العامة في مصر اقترن- و بحق - بنشأة مجلس الدولة و انطلاق دوره في مجال حماية الحقوق و الحريات في كافة الأنشطة و المجالات و منها مجال الوظيفة العامة.

أولاً :- التطور التاريخي لتنظيم الوظيفة العامة في مصر

بدأت فكرة تنظيم المسائل المتعلقة بالوظيفة العامة في مصر- في العصر الحديث - عام 1878 عندما صدر الأمر العالي بتشكيل مجلس النظار (مجلس الوزراء) حيث تضمن هذا الأمر مسالة تعيين موظف الدولة في الوحدات و المواقع الحكومية المختلفة، فجعل أداة تعيين كبار موظفي الدولة في يد ولي الأمر بعد أخذ مشورة الوزير المختص، في حين عهد إلى كل وزير في نظارته أو وزارته تعيين أو فصل الموظفين شاغلي الوظائف الصغيرة.

و يلاحظ أن الوظيفة العامة في هذا الوقت كانت تكتسي بطابع السلطة و المظهر، و كانت قاصرة على أفراد أسر معينة ممن تربطها بالأسرة الحاكمة صلات حميمة أو ممن تنتمي إلى طبقة اجتماعية معينة أو ممن تتمتع بقدر معين من الثراء.

و بتطور المجتمع أصبحت الوظيفة العامة حق لكل مواطن، و ذلك كما أكدته الدساتير المتعاقبة على حق أفراد المجتمع في شغل الوظائف العامة دون تفرقة.

و توالى بعد ذلك الأوامر و التشريعات الخاصة بتنظيم بعض شئون الوظيفة العامة كتقرير بعض الضمانات للموظفين و تنظيم درجاتهم و شئونهم و وضع نظام تأديبي لبعض المخالفات التي قد يرتكبها الموظف العالي أثناء أداء مهامه، إلا أنه كان يلاحظ على تلك التشريعات أنها كانت غير متكاملة، حيث اقتصر على نواحي متفرقة من المسائل المتعلقة بالوظيفة العامة و القائمين عليها دون وضع منظومة شاملة تجمع كافة الأمور المتعلقة بتنظيمها و تنظيم شئون و أحوال القائمين على إدارتها، إلى أن أصدرت الحكومة القانون رقم 190 لسنة 1951 في 23 أكتوبر 1951 في إنشاء ديوان الموظفين، ثم أصدرت

القانون رقم 210 لسنة 1951 في 28 أكتوبر 1951 بشأن نظام موظفي الدولة متضمنا أهم الأحكام التي تنظم سير الوظيفة العامة في مصر و كيفية إدارتها.

ويلاحظ أن المشرع المصري لم يعرف عبارة (الموظف العام) إلا بصور القانون رقم 210 لسنة 1951 المشار إليه، أما قبل ذلك فكان يستخدم عبارات (المستخدم العمومي)، و (مستخدم الحكومة) و (المستخدم الملكي) دون وضع معنى محدد لهذه العبارات.

إلا أنه عند صدور هذا القانون عدد المشرع مجال استخدام كل من لفظي موظف و مستخدم، فقصّر لفظ (موظف) على من يعين في وظيفة داخل الهيئة أو الوحدة الحكومية، في حين حدد لفظ (مستخدم) على من يعين في وظيفة خارج الهيئة أو الوحدة الحكومية و أخضع كل منهما لأحكام خاصة.

و على الرغم من التعديلات الكثيرة التي صاحبت ميلاد قانون موظفي الدولة - و التي تجاوزت المائة - إلا أنه ظل العمل به حتى صدور قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 46 لسنة 1964.

و الواقع أن استبدال القانون رقم 46 لسنة 1964 بالقانون رقم 210 لسنة 1951 المشار إليه نتج عن تغيير الفلسفة السياسية للدولة و اتجاهها إلى سيطرة القطاع العام على معظم الأنشطة الاقتصادية و المالية فيها، الأمر الذي جعل الأحكام التي تضمنها القانون رقم 210 لسنة 1951 غير متوائمة مع الأوضاع الوظيفية الجديدة.

و في عام 1971 ألغي القانون رقم 46 لسنة 1964 المشار إليه و حل محله قانون العاملين المدنيين رقم 58 لسنة 1971، ثم ألغي هذا القانون الأخير و حل محله قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978، و هو القانون المطبق على نظام الوظيفة العامة في مصر و القائم عليها حتى وقتنا الحالي.

و يلاحظ على قانون نظام العاملين بالدولة القائم أنه استلهم أحكامه من نصوص دستور جمهورية مصر العربية الحالي، و منها المادة رقم 8 التي تنص على أن " تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين ".

و المادة رقم 14 التي تنص على " الوظائف العامة حق للمواطنين، و تكليف للقائمين بها لخدمة الشعب، و تكفل الدولة حمايتهم و قيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب، و لا يجوز فصلهم بغير الطريق التأديبي. إلا في الأحوال التي يحددها القانون ".

كما يلاحظ أن هذا القانون جعل مجلس الدولة هو المختص بإبداء الرأي القانوني في المسائل المتعلقة بأحوال العاملين المدنيين بالدولة، حيث نصت المادة رقم (61) منه على أنه : - " يختص مجلس الدولة دون غيره بإبداء الرأي مسبباً فيما تطلبه الوحدات الخاضعة لأحكام هذا القانون متعلقاً بتطبيق أحكامه و لوائحه التنفيذية عن طريق إدارة الفتوى المختصة و ذلك خلال شهر من تاريخ طلب الفتوى عن طريق الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة".

ثانياً :- تطور تصدي مجلس الدولة المصري للمسائل المتعلقة بالوظيفة العامة

تجدر الإشارة - بادئ ذي بدء - إلى أن المشرع المصري فضل في قانون إنشاء مجلس الدولة رقم 112 لسنة 1946 اتباع أسلوب تحديد اختصاص المجلس على سبيل الحصر، و ترتب على ذلك أنه إذا كان مجلس الدولة يختص في هذا الوقت بنظر بعض المنازعات الإدارية إلا أنه لم يكن صاحب الاختصاص العام الأصيل بنظرها، حيث كان الأصل العام هو اختصاص القضاء العادي بنظر جميع المنازعات إلا ما استثني منها بموجب هذا القانون.

ولئن كان القانون رقم 9 لسنة 1949 أبقى على الاختصاص المشترك بدعاوى مسئولية الدولة بالتعويض عن القرارات الإدارية المعيبة إلا أن المادة الرابعة منه قد توسعت باختصاص المجلس بدعاوى المسئولية عن القرارات الخاصة بالموظفين حيث قررت اختصاص المجلس بدعاوى التعويض عن كل القرارات الخاصة بشئون الموظفين و المحددة في المادة الثالثة من هذا القانون⁽¹⁾.

(1) كانت المادة رقم 3 من القانون رقم 9 لسنة 1949 بشأن مجلس الدولة (ملغي) تنص على أن :- تختص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية و يكون لها ولاية القضاء كاملة :

- (1)
- (2) المنازعات الخاصة بالمرتبات و المكافآت المستحقة للموظفين العموميين.
- (3) الطلبات التي قدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو بالترقية أو بمنح علاوات.
- (4) الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات العامة.
- (5) الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي.
- و كانت المادة رقم (4) من ذات القانون تنص على أن :- " تختص محكمة القضاء الإداري بطلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها بالمادة السابقة إذا رفعت إليها بصفة أساسية أو تبعية".
- و يترتب على رفع دعوى الإلغاء أو التفويض إلى هذه المحكمة عدم جواز رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية، كما يترتب على رفع دعوى التعويض إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري.

وقد سار كل من القانون رقم 165 لسنة 1955 و القانون رقم 55 لسنة 1959 الخاصين بمجلس الدولة على ذات النهج حيث حددت نصوصهما ذات المسائل المشار إليها التي يختص بها مجلس الدولة على سبيل الحصر بالنسبة للموظفين العموميين.

و يلاحظ أن قانون مجلس الدولة الحالي رقم 47 لسنة 1972 لم يضيف كثيراً إلى اختصاص مجلس الدولة في خصوص المنازعات المتعلقة بالموظفين العموميين⁽²⁾، بل أن المشرع اعتبر مجلس الدولة - منذ إنشائه - هو قاضي القانون العام بالنسبة لمنازعات الموظفين لدرجة أنه بسط اختصاصه في تلك المسائل لتشمل صور متعددة من المنازعات الوظيفية لم يكن منصوصاً عليها صراحة في قوانين المجلس المتعاقبة، حتى أن بعض الفقه دعا بعد صدور قانون مجلس الدولة الحالي إلى القول بأن هذا القانون لم يأت باختصاصات مغايرة لما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا و محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن.

و في هذا الصدد ذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أنه " طبقاً لنص المادة (172) من الدستور و المادة (10) من قانون مجلس الدولة فإن اختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل في سائر المنازعات الإدارية هو اختصاص مطلق و شامل لأصل تلك المنازعات و جميع ما يتفرع عنها من مسائل طالما كان طرفا المنازعة هما جهة الإدارة من جانب و موظف عام من جانب آخر و تدور حول أثر من الآثار التي ترتبت على صدور قرار إداري في شأن العلاقة الوظيفية التي تربطهما، فهي منازعة إدارية مما ينعقد الاختصاص بنظرها إلى القضاء الإداري، و مثال ذلك المنازعة التي تدور حول أحقية جهة الإدارة في استرداد مبلغ من موظف عام و هو يمثل الفرق بين المرتب و إضافته المادية التي كان يتقاضاها لقاء قيامه بأعمال الوظيفة العامة التي يشغلها و بين معاشه عن المدة من تاريخ صدور

(2) تنص المادة رقم (10) من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة على أنه " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :

(ثانياً) :- المنازعات الخاصة بالمرتبات و المعاشات و المكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم.

(ثالثاً) :- الطلبات التي يقدمها ذو و الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات.

(رابعاً) :- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم للمعاش أو الاستبعاد أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.

(تاسعاً) :- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.

(عاشر) :- طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية.

(ثاني عشر) :- الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون.

القرار الإداري بفصله بغير الطريق التأديبي من الوظيفة العامة حتى تاريخ بلوغه السن القانونية للتقاعد⁽³⁾.

بعض اتجاهات القضاء الإداري في مصر في مجال الوظيفة العامة و المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامة.

منازعات تتعلق بالمرتبات و ما في حكمها من مكافآت و بدلات و معاشات، و هذا النوع من المنازعات يتعلق بتطبيق النصوص القانونية مباشرة دون وجود ثمة تقدير لجهة الإدارة فيها، و عليه فهذه المنازعات تملك القاضي الإداري بشأنها سلطة كاملة لأن جهة الإدارة إذا أصدرت قرارا إداريا بخصوصها إنما تكون قد أصدرته باعتباره سلطة مقيدة لأنه تطبق في هذا الشأن القوانين و اللوائح و لا تتمتع بأي قدر من السلطة التقديرية حيال هذا التطبيق.

و النوع الثاني من المنازعات يتعلق بالقرارات الصادرة من جهة الإدارة بناء على سلطتها التقديرية كقرارات الترقية و النذب و النقل و منح العلاوات التشجيعية و تقرير الكفاية، و هنا يكون على الموظف اتباع إجراءات الطعن بالإلغاء في هذه القرارات، و يكون عليه كذلك إثبات أحقيته فيما يطالب به من حقوق و تعنت جهة الإدارة تجاهه في هذا الخصوص.

و لما كانت من أهم عناصر تميز الجهاز الإداري بالدولة كفاءة القائمين على إدارته و قدرته على القيام بأعباء الوظيفة، و هو ما يتعين معه إتاحة الفرصة لكافة المتقدمين لشغل الوظيفة العامة لكي يتم اختيار أفضل و أقدر العناصر التي يمكنها القيام بهذه المهمة.

و لما كان قيام جهة الإدارة بوضع بعض الشروط المتعلقة بالجنسية و الديانة و الاتجاهات السياسية للالتحاق بالوظيفة العامة من شأنه الافتئات على النصوص الدستورية المستقرة على مساواة المواطنين في الحقوق و الواجبات العامة دون تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، فضلا عما يمثل ذلك من حجب الوظيفة العامة عن فئات معينة قد تكون هي الأقدر و الأنسب للقيام بمهامها، فقد رأيت التعرض إلى اتجاهات مجلس الدولة بشأن مبدأ المساواة في تقلد الوظائف في محاور ثلاث تتعلق بعدم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو العقيدة الدينية أو الإتجاه السياسي.

(3) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 2310 لسنة 27 ق جلسة 18/5/1985.

أولاً : عدم التمييز بين المواطنين في تقلد الوظائف العامة بسبب الجنس :

يثير هذا المبدأ حق المرأة في تولي مختلف الوظائف العامة في الدولة إلى جانب الرجل دون أدنى تفرقة، و الواقع أن الدستور المصري الحالي قد فطن. إلى هذا المبدأ في المادة رقم (40) المشار إليها و مقتضى ذلك أن حق تولي الوظائف العامة لا يجاوز قصره على الرجال دون النساء.

و مع هذا فمن الملاحظ أن بعض الوظائف في مصر- دون أي سند- اقتصر شغلها على الرجال دون النساء و منها على سبيل المثال المأذونين و سائقي القطارات و غيرها من الوظائف التي لم يعهد فيها للمرأة توليها للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها تلك الوظائف.

و الواقع أن الفقه اختلف فيما بينهم بشأن تولي المرأة لكافة الوظائف التي يشغلها الرجل فبينما اتجه البعض إلى تأييد مساواة المرأة بالرجل في هذا الشأن و منحها كافة الحقوق المتعلقة بالتقدم لكافة الوظائف - أيا كان نوعها - لإثبات جدارتها فيها، اتجه البعض الآخر إلى عدم إمكانية إعمال مبدأ المساواة بين المرأة و الرجل لتقلد الوظائف العامة بل اعتبروا في كثير من كتاباتهم أن هذا المبدأ غير قابل للتطبيق في المجتمع المصري، و استند هذا الفقه الأخير إلى عدة مبررات من أهمها الطبيعة الفسيولوجية للمرأة و عدم قدرتها على القيام بأعباء بعض الوظائف، و تعارض شغل المرأة لبعض الوظائف مع التقاليد الراسخة في ضمير المجتمع، في حين ذهب بعض الفقه المعارض لهذا المبدأ إلى أن اشتغال المرأة أو عدم اشتغالها بالوظائف العامة هو أمر يخضع للتقاليد الإجتماعية و الدينية و الظروف الإقتصادية التي تسود الدولة، و أنه من غير الملائم أن ينظر لهذه المسألة مجردا و حقيقة مطلقة يعمل بها في جميع الدول و في كافة الظروف، و انتهى هذا الرأي إلى أن ما تمارسه الإدارة من تفضيل الذكور في شغل بعض المناصب للظروف المحيطة بها يعد من قبيل السلطة التقديرية التي لا تتعارض مع قاعدة عدم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس لأن هذه السلطة تمارسها الإدارة بين الذكور أنفسهم، على أن يكون تقدير الإدارة خاضعا لرقابة القضاء باعتبارها تمس سلطة تقديرية.

و إذا رصدنا اتجاهات مجلس الدولة بشأن تعيين المرأة في الوظائف التي اقتصرت فقط على الرجل نجد تباين الاتجاهات في هذا الشأن،

فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في أوليات أحكامها إلى أنه ⁽⁴⁾ : " ليس للمحكمة أي رقابة على المناسبات التي تحمل الإدارة على تقدير الملائمة أو عدم الملائمة في إصدار قرارها أو على الاعتبارات التي تراعيها في ذلك إلا إذا قام الدليل المقنع على أن هذه المناسبات والاعتبارات تنطوي في ذاتها على إساءة استعمال السلطة، ذلك أن الإدارة في تقدير ظروف الأمر الإداري و ملائمة إصداره تحتاج بطبيعة وظيفتها إلى قسط كبير من حرية تقدير مناسبات العمل و ملابساته و وزن مختلف السبل التي تصح أن تسلكها لتتخير منها أفضلها فيما تجريه من تصرفات.

و هذه الحرية في التقدير التي لا بد منها للإدارة كي تستطيع القيام بوظيفتها من حيث ملائمة إصدار قرارها أو عدم إصداره لا يمكن أن تستقيم إذا خضعت للرقابة من ناحية تقدير الأفضلية أو الأرجحية أو الاستحسان أو المعقولية و ما إلى ذلك، و إلا أدى ذلك لعرقلة الدوالب الإداري.

و أضافت المحكمة أن قصر بعض الوظائف (كوظائف مجلس الدولة أو النيابة أو القضاء) على الرجال دون النساء لا يعدو أن يكون وزنا لمناسبات التعيين في هذه الوظائف تراعي فيه الإدارة بمقتضى سلطتها الإدارية شتى الاعتبارات من أحوال الوظيفة و ملابساتها و ظروف البيئة و أوضاع العرف و التقاليد دون أن يكون في ذلك حط من قيمة المرأة و لا نيل بكرامتها و لا غص من مستواها الأدبي أو الثقافي و لا غمط لنبوغها و تفوقها و لا إجحاف بها، و إنما هو تخيير الإدارة في مجال تترخص فيه لملاءمة التعيين في وظيفة بذاتها بحسب ظروف الحال و ملابساته كما قدرتها هي، و ليس في ذلك إخلال بمبدأ المساواة قانونا.

(4) تخلص وقائع تلك الدعوى في أن السيدة / عائشة راتب كانت قد حصلت على إجازة القوانين المصرية عام 1949 بتقدير جيد جدا و هي من الدرجات التي تؤهلها لشغل إحدى الوظائف القضائية، و قد تقدمت للتعين في إحدى الوظائف القضائية بمجلس الدولة بناء على الإعلان الذي نشره المجلس في هذا الشأن، و قد ترقبت الفوز بإحدى تلك الوظائف نظرا لترتيبها المتقدم بين أقرانها المتقدمين للتعين في تلك السنة، إلا أن قرار التعيين صدر خاليا من اسمها رغم أحقيتها القانونية في التعيين مما ينطوي على إساءة استعمال السلطة، لذلك طعنت في تعيين الطالب الذي حل محلها في هذا القرار، و قد تناولت المدعية - في عريضة الدعوى التي تقدمت بها - حقوق المرأة و ما وصلت إليه منها في البلاد الأجنبية، و أوضحت أن إنكار تلك الحقوق إنما يرجع إلى الرجال الذين يفكرون بعقلية قديمة و موروثه من تقاليد الأجيال البالية، ثم لخصت أدوار التطور في جهاد المرأة المصرية حتى فتحت أمامها أبواب العلم فبلغت آخر مراحلها، و انتهت من هذا العرض إلى أن عدم تعيينها ينطوي على إساءة استعمال السلطة مما يستوجب الإلغاء و التعويض.

و من ثم فلا معقب لهذه المحكمة على تقديرها ما دام قد خلا من إساءة استعمال السلطة، الأمر الذي لم تقم المدعية عليه دليلا و إنما أشارت إشارة عابرة في مذكرتها إلى أن مجرد تركها تعيين غيرها ممن يليها في ترتيب الدرجات ينطوي في ذاته على إساءة استعمال السلطة لأنه كان يتعين على الإدارة أن تعينها في الوظيفة ما دامت حصلت على درجة الترتيب في النجاح التي تؤهلها للتعيين بحسب القاعدة التنظيمية العامة التي التزمها الإدارة، و لكن لا وجه لذلك لأن هذه القاعدة التنظيمية خاصة فقط بدرجة الكفاية العلمية و هي إحدى النواحي التي تقدرها الإدارة عند التعيين و ليست كلها، فإلى جانب هذه الناحية تقدر الإدارة نواحي أخرى كالحالة الصحية و الحالة الاجتماعية و ظروف البيئة و العرف و التقاليد و شتى المناسبات الأخرى تلك التي تترخص الإدارة في تقديرها جميعا بلا معقب عليها من هذه المحكمة ما دام لا ينطوي تقديرها على إساءة استعمال السلطة⁽⁵⁾.

إلا أن ذات المحكمة (و معروف عنها تطور أحكامها و اتجاهاتها) جاءت بأحكام لاحقة خففت كثيرا من الشيء من اطلاق يد جهة الإدارة في الامتناع عن تعيين المرأة في بعض الوظائف، حيث ذهبت إلى أنه : " لا مشاحة في أن المبادئ العليا الدستورية تقضي بمساواة المرأة للرجل في الحقوق و الواجبات ".

و حيث أن مقتضى هذه المساواة عند تطبيقها على الوظائف و الأعمال العامة هو عدم جواز حرمان المرأة على وجه مطلق من تولي هذه الوظائف و الأعمال، و إلا كان في ذلك تعارض مع مبدأ المساواة و إخلال بهذا المبدأ الجوهرى من المبادئ العليا الدستورية.

و من حيث أن ذلك يقتضي أن يترك للإدارة سلطة التقدير فيما إذا كانت المرأة بالنسبة الى منصب معين أو إلى وظيفة بالذات قد انتهت بها مدارج التطور إلى حد الصلاحية لتولي هذا المنصب أو هذه الوظيفة فإن رأت الإدارة أنها قد قطعت هذا الشوط و استوفت أسباب الصلاحية، كان للإدارة بل عليها أن تفتح للمرأة الباب الذي فتحت للرجل دون أي إخلال بالمساواة فيما بينهما.

و قد ظهرت صلاحية المرأة المصرية في العصر الذي نحن فيه لمناصب و أعمال كثيرة منها الطب و التمريض و التعليم و كثير من الأعمال في وزارة الشؤون الاجتماعية و وزارة الأوقاف و وزارة النيابة الحسبية و الشهر العقارى، بل المرأة تؤثر في بعض الأحيان على

(5) محكمة القضاء الإداري - الحكم الصادر في الدعوى رقم 33 لسنة 4 قضائية بجلسة 20/2/1952.

الرجل في بعض من هذه الأعمال لما تتميز به من صفات خاصة، فإيثارها على الرجل في هذه النواحي من النشاط لا يعد إخلالاً بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

و من حيث أنه تفريغ على ما تقدم، فللإدارة أيضاً أن تقدر في غير تعسف ما إذا كان الوقت لم يحن بسبب بعض الاعتبارات الاجتماعية لا تتولى المرأة بعض المناصب و الوظائف العامة.

و الإدارة تترخص في ذلك بمقتضى سلطتها التقديرية في وزن المناسبات و الملابسات التي تحيط بهذه الأعمال مستهدية في ذلك بظروف البيئة و لما تفرضه التقاليد من أوضاع و حدود، و لا معقب على الإدارة في هذا التقدير ما دامت تلتزم فيه وجه المصلحة العامة، كما للإدارة أن تقدر ما إذا كان الوقت قد حان لقيام المرأة ببعض الواجبات العامة، كالخدمة العسكرية متى تنوعت ضروب هذه الخدمة بحيث تصبح المرأة صالحة لبعضها.

و من حيث أنه مهما يكن من أمر تصرف الإدارة في هذه الدعوى فلا ينبغي أن يستخلص من هذا التصرف أن الإدارة قد أقرت قاعدة عامة مطلقة تقضي بأن المرأة المصرية لا تصلح في كل زمان لتولي منصب القضاء و وظائف النيابة العامة و إدارة القضايا.

كما لا يجوز الاحتجاج بغير ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، فإن من نصوص الفقه الإسلامي ما لا يمنع من تقليد المرأة المسلمة مناصب القضاء متى كانت صالحة لذلك.

و من حيث أن الإدارة مع ذلك قدرت في هذه الدعوى أن الوقت لم يحن لتتولى المدعية منصباً في إدارة القضايا أو في النيابة العامة، و لم يثبت للمحكمة أن هذا التقدير قد شابه تعسف أو انحراف فلا معقب لها عليه، و من ثم يتعين رفض طلب المدعية⁽⁶⁾.

و الجدير بالذكر أن محكمة القضاء الإداري ذهبت إلى أبعد من ذلك في هذه المسألة عندما عدلت - ضمناً - عن هذا الاتجاه في حكم لها لاحق حيث قضت في إحدى الدعاوى المقامة من إحدى السيدات لتخطيها في التعيين في وظيفة كيميائي بوزارة الصناعة

(6) محكمة القضاء الإداري - الحكم الصادر في الدعوى رقم 243 لسنة 6 قضائية - جلسة 22/12/1953.

لكونها سيدة⁽⁷⁾، بإلزام الحكومة المصروفات على الرغم من أن المدعية تقدمت بطلب أثناء تداول دعاها لتركها، مما ينبئ عن أن المحكمة تبنت مبدأ المساواة بين المرأة والرجل واجهت بطريقة غير مباشرة إلى أن القرار السلبي بعدم تعيين المدعية في تلك الوظيفة قرار غير مشروع، وقضت بناء على هذا بتحميل الإدارة المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة⁽⁸⁾.

إلا أن الحكومة طعنت على الحكم الصادر بتحميلها المصروفات باعتبار أنه يتضمن ضمناً أحقيتها فيما تطالب به من إلغاء القرار السلبي بعدم تسليمها العمل في وظيفة كيميائي بمصلحة المعامل، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه: "لا وجه للقول بأن مجرد ترك المدعية وتعيين من يليها في ترتيب النجاح ينطوي في ذاته على إساءة استعمال السلطة، باعتبار أن التفوق يؤهلها لزاماً للتعيين بحسب القواعد التنظيمية العامة، لأن درجة الكفاية هي إحدى النواحي التي تقدرها الإدارة عند التعيين، ولكنها لا تستغرق كل ما تتطلبه فيمن يصلح للوظيفة العامة من شروط وأوضاع، فإلى جانب هذه الناحية تستلزم الإدارة نواحي أخرى كالحالة الاجتماعية والجنس وظروف البيئة وأحكام العرف.

وأضافت المحكمة الإدارية العليا أن الحكم الدستوري المجرد الذي يقضي بالمساواة في الحقوق العامة شيء، و تقرير المشرع أو سلطة التعيين لصلاحيات المرأة للاضطلاع بمهام بعض الوظائف العامة شيء آخر، إذ لعوامل البيئة وأحكام التقاليد وطبيعة الوظيفة ومسئولياتها شأن كبير في توجيه المشرع أو السلطة الإدارية الوجهة التي يراها كلاهما محقة للمصلحة العامة، ومتفقة مع حسن انتظام المرفق العام، وليس فيما تترخص فيه الجهة الإدارية في هذا الصدد في ضوء هذه الاعتبارات إخلال بمبدأ المساواة المقرر دستورياً ولا غمط لكفاية المرأة أو حقارة شأنها، لأن تقدير الاستحسان أو الأفضلية وما إلى ذلك من الوجوه الباعثة على ترخص الإدارة في هذه الملائمة واتجاهها إلى تقليد بعض الوظائف لأحد الجنسين دون الآخر بحسب ظروف الحال وملابساته، هو

(7) تخلص وقائع هذه الدعوى في أن إحدى السيدات كانت قد حصلت على درجة البكالوريوس في العلوم وتقدمت لشغل وظيفة كيميائي بوزارة الصناعة واجتازت الاختبار المقرر وكان ترتيبها رقم (24) من أصل (140) تقدموا لشغل هذه الوظائف، ثم تلقت خطاباً من مصلحة المعامل يفيد أنه تم قبولها للعمل كيميائية بالمصلحة، وعندما تقدمت لاستلام العمل بعد استكمال مسوغات تعيينها فوجئت بعدول جهة الإدارة عن تعيينها في إحدى هذه الوظائف بحجة أن تلك الوظائف تقتصر فقط على الرجال وقد تم قبول من يليها في الترتيب من الرجال لشغل تلك الوظائف، الأمر الذي حدا بها إلى إقامة دعاها بالمطالبة بإلغاء القرار السلبي بامتناع جهة الإدارة عن تسليمها العمل على الرغم من أحقيتها في ذلك، إلا أنه أثناء تداول الدعوى تم تعيينها بمصلحة الموازين والدمغة الأمر الذي جعلها تتقدم بطلب إلى المحكمة باعتبار الخصومة منتهية.

(8) محكمة القضاء الإداري - الحكم الصادر بجلسة 29/6/1960.

من الأمور الداخلة في سلطتها التقديرية التي لا معقب لهذه المحكمة عليها، ما دام هذا التقدير بريئاً من الانحراف في استعمال السلطة مما لم تقدم المدعية عليه دليلاً.

كما أضافت المحكمة أنه يتبين من ملابسات الطعن أن وظيفة الكيميائي بمصلحة المعامل ومراكزها خارج القاهرة متناثرة في الغالب في الريف القصي من صعيد مصر، و أن طبيعة هذه الوظيفة تتطلب كثرة الانتقال إلى مواقع عمليات مياه الشرب لإجراء التحاليل اللازمة أو أخذ عينات لهذا الغرض، وأن هذه المواقع تقع في جهات نائية و بعيدة عن طرق المواصلات السهلة، فإن هذه المشقة البالغة و الاستهداف للمخاطر المخوفة و المسالك غير المأمونة إذا فرضاً على المرأة لكان فيهما ما يتعارض مع الظروف الملائمة الواجب توفيرها للمرأة حين تسند إليها وظيفة من الوظائف العامة، و على ذلك فلا تثريب على جهة الإدارة لو جنبت المرأة مسالك لا تحمد مغبتها و حبست عنها وظائف ينبغي قصرها على الرجال باعتبارهم أقدر على احتمال أعبائها و أقدر على معاناة مشقتها،

وانتهت المحكمة إلى إلغاء الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن، فيما قضى به من إلزام الحكومة بالمصروفات و مقابل أتعاب المحاماة⁽⁹⁾.

و من الملاحظ أن المحكمة الإدارية العليا قد استقرت على هذا القضاء دون محاولة العدول عنه حيث ذهبت في حكم لها⁽¹⁰⁾ إلى أنها ترفض التسليم بوجود قاعدة عامة مطلقة تقضي بعدم صلاحية المرأة المصرية في كل زمان و مكان لتولي منصب القضاء و أنها تستخلص من تواتر الدساتير و التشريعات الوضعية فتح الباب أمام المرأة لتولي أعلى المناصب و الوظائف لذات الولايات العامة في السلطتين التشريعية و التنفيذية و شغل غيرها من الوظائف العامة، و منها الوظائف الفنية في بعض الهيئات القضائية بعد أن كانت مقصورة من قبل على الرجال مما لا يسوغ معه الاستناد إلى العرف و التقاليد و ظروف البيئة و أحوال الوظائف لحرمان المرأة من تقلد منصب القضاء،

و مع ذلك انتهت المحكمة إلى أنه يجوز للجهة الإدارية و هي بصدد أعمال سلطتها التقديرية في هذا النطاق أن تترخص في الأخذ بأي من الرأيين المخالف أو المعارض

(9) المحكمة الإدارية العليا - جلسة 21/3/1963.

(10) تخلص وقائع هذا الطعن في أن إحدى الموظفات بمجلس الدولة تقدمت بطلب لشغل وظيفة قضائية بالمجلس بناء على إعلان صدر من المجلس بتعيين أعضاء جدد، إلا أن قرار التعيين صدر خلواً من اسمها فطعن على هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري حيث قضت المحكمة برفض الدعوى - تأييداً لأحكام أخرى مماثلة كما سلف البيان - الأمر الذي حدا بها إلى الطعن على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن.

لتولي المرأة منصب القضاء، و بالتالي لا وجه للتعقيب على قرارها في هذا الخصوص و لا سند للنعي عليها بمخالفة القانون أو بإساءة استعمال السلطة⁽¹¹⁾.

و إذا كانت هذه الأحكام المتقدمة قد تنبئ - من الوهلة الأولى - عن رفض القضاء لتعيين المرأة في بعض الوظائف - و أخص هنا في هذه الحالة تعيينها في منصب القضاء - إلا أنه بالتعمق في المعنى الذي قصده بعض تلك الأحكام (سيما تلك التي صدرت من محكمة القضاء الإداري) نجد أنها حرصت على إرساء مبدأ مشروعية عمل المرأة في محراب القضاء و عدم وجود ما يحول دون عملها بجانب الرجل في تلك الوظيفة السامية، إلا أنها لم تجحد حق جهة الإدارة في اختيار الوقت الملائم لتمكين المرأة من تولى هذه الوظيفة،

و الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا - و هي تقع في أرفع وأعلى مدارج المحاكم في مصر - أقدمت على تعيين المرأة بها منذ ما يقرب من خمس سنوات، حيث بلغ عدد القضايا في تلك المحكمة حالياً ست قضايا، كما وافق مجلس القضاء الأعلى على تعيين عدد كبير من القضايا منذ ما يقرب من شهرين في منصب القضاء في المحاكم الابتدائية و الجزئية المختلفة، و يتبقى مجلس الدولة الذي يجري حالياً الدراسات اللازمة لاتخاذ مثل هذه الخطوة في القريب العاجل، و بذلك تكون كافة الهيئات القضائية في مصر قد استجابت لمسألة تولى المرأة منصب القضاء إلى جانب الرجل و هو في رأبي ما كان يلزم اتخاذه منذ سنوات عديدة لعدم وجود ما يحول دون الأخذ به.

ثانيا - عدم التمييز بين المواطنين في تقلد الوظائف بسبب المعتقد الديني :

أقرت الدساتير المصرية المتعاقبة حرية العقيدة الدينية بين المصريين جميعاً، و اعتبار دستور مصر الحالي الصادر عام 1971 أن الإسلام دين الدولة و اللغة العربية لغتها الرسمية لا يعني حرمان الاقليات الدينية من حرية العبادة أو تجعلهم في مرتبة أقل من المواطن المسلم، حيث نصت المادة رقم 46 من هذا الدستور على أن : " تكفل الدولة حرية العقيدة و حرية ممارسة الشعائر الدينية"، و بالتالي فإن اشتراط دين معين للحصول على حق من الحقوق العامة أو اتخاذ دين معين سبباً للحرمان من تلك الحقوق يخالف النصوص الدستورية مخالفة صارخة.

و تبعاً لذلك فإن الموظف - شأنه في ذلك شأن باقي المواطنين - يتمتع بحرية العقيدة الدينية كاملة شريطة عدم استغلال تلك الحرية على نحو ينعكس على وظيفته و يؤثر عليها سلباً.

(11) المحكمة الإدارية العليا. الطعن رقم 63 لسنة 20 قضائية - جلسة 12/6/1979.

و اتساقا مع هذا المعنى، ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه : " ليس المقصود من الإسلام دين الدولة الحجر على حرية العقائد المقررة بموجب الدستور و أنه متى تقرر ذلك فإن ارتداد المدعي عن الإسلام و عودته مرة أخرى للدين المسيحي الذي كان يعتنقه قبل الإسلام لا يفيد بذلك سوء السلوك الشديد، طالما أن هذه الردة لا يلابسها ظروف تؤدي إلى قيام سوء السلوك الوظيفي.

و إذا كان الثابت من الأوراق أن المدعي كان قد اعتنق الإسلام على إثر قيام نزاع بينه و بين زوجته ثم عاد الى دينه لزوال هذا النزاع، و نظرا لأنه كان قد أنجب من زوجته هذه أربعة أولاد فإن هذا لا شأن له بالوظيفة و بالتالي لا يؤدي إلى اعتبار المدعي قد أخل بواجبات وظيفته، سيما و أن الإدارة التي يتبعها أكدت أن سلوكه لا شائبة فيه، و أنه لم يصدر منه ما ينطوي على سوء السلوك و أنه متى كان تكييف ارتداد المدعي عن الإسلام ينطوي على سوء السلوك في الظروف السالف إيضاها، هو تكييف للوقائع لا ينتج النتيجة التي يتطلبها القانون، و لذلك فلا يكون هناك من مسوغ لتوقيع الجزاء و يكون قرار الفصل فاقدا لركن من أركانه و هو ركن السبب⁽¹²⁾.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على مبدأ عدم مشروعية قرار الجهة الإدارية الذي يحرم شخص من تقلد الوظيفة العامة بسبب اتجاهه الديني عندما انتهت إلى أن : " إدراج اسم الطاعن في قوائم جماعة الإخوان المسلمين قبل عام 1954 و قبل صدور قرار بحلها و هو في ذلك الحين غلاما لم يبلغ سن النضج لا ينال من سلوكه و حسن سمعته طالما أن هذا الانتماء لا يعد بذاته عملا غير مشروع يؤدي إلى حرمانه من تولي الوظيفة العامة⁽¹³⁾.

إن القاعدة العامة التي تمنع الحرمان من الوظيفة العامة بسبب الديانة ليست مطلقة، إن ليس ثمة ما يمنع المشرع أو الجهة الإدارية المختصة من اشتراط توافر دين معين في شاغلي وظائف معينة تستلزم طبيعتها هذا الشرط، و من ذلك وظائف شيخ المسجد و أعضاء هيئة التدريس بجامعة الأزهر و مناصب هيئة كبار العلماء و المعاهد الدينية و وظيفة البطريرك بالنسبة للكنيسة القبطية، ففي هذه الحالات لا يكون بالطبع في اشتراط ديانة معينة لهذه الوظائف أي مساس بمبدأ المساواة.

(12) محكمة القضاء الإداري - جلسة 23/4/1957.

(13) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 600 لسنة 16 قضائية - جلسة 9/4/1972.

و خلاصة ذلك أن مجلس الدولة المصري أكد على كفالة حرية العقيدة الدينية للموظف و على عدم جواز إكراهه على اعتناق عقيدة دينية معينة و على عدم تأثير اعتناقه لأي عقيدة دينية في أهليته للتوظيف كما نبه إلى عدم الخلط بين حرية العقيدة الدينية في ذاتها و بين سوء السلوك الشديد المتمثل في تلاعب الموظف بهذه العقيدة لتحقيق مآرب خاصة مقررًا أنه إذا استخدم الموظف حرية العقيدة الدينية هذا الاستخدام المعيب كان سيئ السلوك و حق عليه العقاب.

ثالثاً - عدم التمييز بين المواطنين في تقلد الوظائف بسبب الاتجاه السياسي :

كفلت الدساتير المصرية منذ دستور عام 1923 حرية الرأي لجميع المواطنين، حيث نصت المادة رقم 47 من الدستور الحالي على أن : " حرية الرأي مكفولة و لكل إنسان التعبير عن رأيه و نشره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون و النقد الذاتي و النقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني".

و بالرجوع إلى قوانين التوظيف المختلفة الحالية و السابقة نلاحظ أنها لم تحظر على الموظف العام أو المرشح لشغل الوظيفة العامة اعتناق رأي سياسي معين أو عقيدة سياسية معينة، و على ذلك فإنه لا يجوز - كقاعدة عامة - استبعاد مواطن من التعيين في الوظائف العامة بسبب آرائه أو معتقداته السياسية.

غير أن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة، فهناك بعض الوظائف ذات الطبيعة السياسية أو الأمنية الواضحة و كذلك بعض الوظائف العسكرية أو الدبلوماسية التي يرخص للإدارة فيها استبعاد بعض الأفراد من شغلها بسبب آرائهم السياسية حماية للصالح العام و مراعاة لصالح المرفق الذي تتبعه تلك الوظائف.

و يلاحظ أن المحكمة الإدارية العليا في أوليات أحكامها كانت تجعل من استطلاع رأي المباحث العامة في المرشحين للوظائف العامة شرط صلاحية و بقاء للتعين في الوظيفة العامة حيث أقرت في بعض أحكامها سلطة الإدارة التقديرية في استبعاد المتقدم للوظيفة العامة إذا كانت آراؤه تنطوي على تهديد لنظام الدولة أو كانت من المبادئ الهدامة حيث ذهب إلى أنه : " من حق الجهة الإدارية أن تتأكد من ملاءمة المرشح للوظيفة بكافة الطرق التي تراها مؤدية للوصول إلى اختيار الأصلح للتعين فيها، فلها طبقاً لذلك أن تجمع التحريات عن المرشح بنفسها أو أن تستطلع رأي جهات الأمن المختلفة⁽¹⁴⁾ .

كما أكدت على ذات المعنى في حكم آخر عندما قضت بأن : " إدارة النقل بعد أن أجرت امتحاناً بين الحاصلين على أعلى الدرجات فيه ممن لا تشوب سمعتهم شائبة للتعين في مرفق النقل العام، و هو من المرافق ذات الأهمية و الخطورة مما يقتضي التحري عن سلوك

(14) المحكمة الادارية العليا - جلسة 5 / 11 / 1960.

العمال فيه و التأكد من أنه ليس لهم نشاط هدام حتى تطمئن بذلك على سلامة المرفق و حسن سيره، و هي إن تعرفت رأي المباحث العامة عن سلوك المرشحين و مدى بعدهم عن المبادئ الهدامة باعتبار هذه الإدارة أقدر الجهات الرسمية المختصة بذلك، فإن إدارة النقل تكون قد سلكت الطريق القويم و ما دامت إدارة المباحث لم توافق على تعيينه فإن من حق القائمين على إدارة المرفق أن تستبعده من التعيين⁽¹⁵⁾.

إلا أن المتتبع لقضاء تلك المحكمة بعد ذلك يجد أنها أعطت للموظف العام الحق في اعتناق أي مذهب سياسي أو فكري دون أدنى تأثير لذلك على مستقبله الوظيفي، حيث قضت بأنه : " من حيث أن اعتقال المدعية كان باعته أسبابا سياسية تتعلق باعتناقها الأفكار الشيوعية، و لما كانت الدساتير المصرية المتعاقبة حرصت على كفالة حرية الرأي و الاعتقاد للمواطنين، و لا شك في أن الموظف العام بوصفه مواطنا يسري عليه ما يسري على بقية المواطنين، إلا أنه بحكم شغله لإحدى الوظائف العامة ترد على حرية بعض القيود المتعلقة بعدم تجاوز الحدود المعقولة في اعتناقه لرأي سياسي معين أو في انضمامه إلى أي اجتماعات حزبية أو دعاية انتخابية.

و لما كان لم يظهر من الأوراق أن المدعية ارتكبت أيا من المحظورات، و كل ما نسب إليها هو اعتناقها لفكر سياسي أدى إلى اعتقالها المدة السابق بيانها، و أن الجهة الإدارية أعادتها إلى عملها ذاته بوزارة التربية و التعليم بمجرد الإفراج عنها و على ذلك، فإن اعتقال المدعية لاعتناقها الأفكار الشيوعية لا يصلح في ذاته أن يكون سببا لفصلها من عملها بغير الطريق التأديبي، طالما أن جهة الإدارة لم تقم الدليل على أن هذا الفكر قد أثر على عملها بما يهدد حسن سير المرفق العام، بل أن مسلكها في إعادة المدعية إلى عملها بعد فصلها يؤكد انتفاء هذه الشبهة، و بالتالي يكون قرار فصلها قد قام على سبب غير مشروع مما يتعين معه الحكم ببطلانه⁽¹⁶⁾.

كما أكدت ذات المحكمة على أنه : " جرى قضاء هذه المحكمة على أن الدساتير المصرية المتعاقبة حرصت على كفالة حرية الرأي و الاعتقاد للمواطنين، و لا شك أن الموظف العام بوصفه مواطنا يسري عليه ما يسري على بقية المواطنين،

و أنه لما كان ما تقدم، و كان الثابت من الأوراق أن المدعي الذي كان يعمل بمصلحة الكفاية الإنتاجية اعتقل في 12/11/1959، ثم صدر في 16/1/1960 قرار رئيس الجمهورية رقم 57 لسنة 1960 بفصله من الخدمة بغير الطريق التأديبي، و لم يظهر من الأوراق أن المدعي ارتكب أيا من المحظورات المبينة بقانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، و كل ما

(15) المحكمة الادارية العليا - جلسة 5/11/1961.

(16) المحكمة الإدارية العليا - جلسة 11/2/1978.

نسب إليه - حسب المستظهر من كتابي إدارة المباحث العامة - هو اعتناقه لفكر سياسي أدى إلى اعتقاله، و أن الجهة الإدارية أعادته إلى عمله ذاته بمصلحة الكفاية الإنتاجية.

و على ذلك فإن اعتقال المدعي لاعتناقه ثمة فكر سياسي لا يصلح في ذاته أن يكون سببا لفصله من عمله بغير الطريق التأديبي، طالما أن جهة الإدارة لم تقم الدليل على أن هذا الفكر قد أثر على عمله بما يهدد حسن سير المرفق العام، بل أن مسلكها في إعادة المدعي إلى عمله في ذات الجهة التي كان يعمل بها قبل فصله يؤكد انتفاء قيام هذه الشبهة، و بالتالي يكون قرار فصله قد قام على سبب غير مشروع مما يتعين معه الحكم بإلغائه⁽¹⁷⁾.

و مما سبق يمكن أن نتبين تغير موقف المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة بشأن مسألة منح الموظف العام حرية اعتناق فكر سياسي معين، ففي مرحلة نجد أن المحكمة عولت على رأي المباحث و سلمت به، مفترضة فيه الحيادة و الصدق و تحري الدقة و أمانة العرض، و لكونه إجراء و قائما يتعلق بأمن الدولة و سلامتها، دون أن تكلف نفسها عناء مناقشته أو التعرض لمضمونه لتتبين مدى صدقه، و بالتالي تكون قد تركت للجهات الأمنية حرية تقرير مصير الموظف العام من وجهة النظر الأمنية البحتة و طبقا لما تراه تلك الجهات يحقق صالح الوطن - من وجهة نظرها -.

و فى مرحلة تالية كيف عدلت المحكمة عن هذا الاتجاه حينما أكدت على حق الموظف في اعتناق الفكر السياسى الذي يعتقده، طالما أن هذا الفكر لا يؤثر على عمله و لا يهدد صالح المرفق العام الذي يشارك الموظف العام في إدارته، فاعتناق فكر سياسي معين لا يصلح بذاته سببا لفصل الموظف من العمل، و أن تقرير الجهات الأمنية لا يزيد فى قيمته عن مجرد محضر تحريات أو جمع استدالات يخضع لرقابة القضاء الاداري له أن يأخذ به إذا اطمأن له و اقتنع به، و له أن يطرحه إذا ما تبين له عدم صحة ما تضمنه من معلومات.

و ختاماً، أرجو أن أكون قد وفقت فى عرض مسألة تصدى مجلس الدولة للوظيفة العامة و شرح بعض الاتجاهات التي سلكتها محاكمه المختلفة بشأن أعمال مبدأ المساواة فى تقلد الوظائف العامة دون أي تمييز فى الجنس أو الديانة أو المعتقد السياسي، و يبقى أن أشير إلى أن مجلس الدولة يسعى جاهداً إلى كفالة الحقوق و الحريات فى مصر بصورة عامة، و على الأخص فى مجال الوظيفة العامة، و قد يبطأ أحيانا أو يتعثّر فى خطاه بعض الشيء لأسباب أو لظروف تواجهه، إلا أنني على يقين أن مجلس الدولة سوف يظل حصن الحرية و المشروعية فى مصر و سوف يسعى دوماً إلى كفالة قيم الحرية و العدالة و التقدم.

(17) المحكمة الادارية العليا - جلسة 2/12/1985.

Cependant, la cour suprême a manifesté sur cette question une attitude pour le moins frileuse en considérant que la décision est suffisamment motivée quand celle-ci se contente de mentionner les visas, les considérants et l'indication des faits jugés répréhensibles. Parfois, elle se suffit de la motivation donnée par le visa de l'avis de la commission paritaire.

D. L'appel devant la commission de recours

Une fois que la sanction lui a été notifiée, le fonctionnaire dispose du droit d'intenter un recours devant la commission de recours. L'administration est également habilitée à interjeter appel devant la commission de recours dans le cas où elle souhaiterait passer outre la décision du conseil de discipline qui aurait émis un avis non conforme. Le conseil supérieur de la fonction publique absent sous l'empire de la réglementation antérieure a été rétabli par l'ordonnance 06-03, mais il ne joue aucun rôle en matière disciplinaire comme instance de recours.

Pour saisir la commission de recours, le délai est porté à trente jours par l'article 175 de l'ordonnance 06-03, au lieu de quinze précédemment. C'est un délai qui est suffisant, il permet au fonctionnaire de préparer convenablement sa défense.

La commission de recours ministérielle est compétente pour examiner les recours émanant des agents de l'administration centrale, des établissements publics nationaux et des services décentralisés dont la gestion de la carrière des agents est centralisée. La commission de recours de wilaya est, quant à elle, compétente pour connaître des recours issus des agents de la commune, de la wilaya, des établissements publics à caractère administratif locaux et des services déconcentrés dont la gestion n'est pas centralisée.

La commission n'a pas de compétences juridictionnelles, il s'agit d'une simple instance de recours en appel des décisions prises par les conseils de discipline. Cette démarche révèle quand même la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire.

La commission de recours est compétente pour connaître des sanctions suivantes: licenciement, rétrogradation, déplacement d'office. Le décret n° 85-59 ne dit pas dans quels délais doit statuer la commission de recours. Aussi, il sera fait application de celui prévu par l'article 25 du décret n° 84-10 et qui est de trois mois.

La commission de recours peut prendre trois types de mesures. Elle peut rejeter la requête, lever la sanction, apporter des modifications à la sanction. Si le fonctionnaire ou l'administration ne sont pas satisfaits de la décision rendue, ils saisissent la juridiction administrative conformément aux règles contentieuses en vigueur, après épuisement des recours disciplinaires.

CONCLUSION

Le nouveau statut de la fonction publique n'apporte pas d'avancées significatives en matière de garanties disciplinaires, sinon en matière procédurale en précisant certains délais. Le cas des agents hors statut et des titulaires d'une fonction supérieure reste toujours en suspens.

B. Le prononcé de la sanction

Même si un effort a été fait en matière de classification de la faute, il n'en demeure pas moins que l'administration devrait tenir compte d'un certain nombre d'éléments avant de se prononcer sur l'opportunité ou la nature de la sanction à prendre (article 161). Elle doit tenir compte des circonstances atténuantes ou aggravantes dans lesquelles la faute a été commise, du degré de responsabilité du fonctionnaire incriminé, des conséquences de la faute sur le service et du préjudice causé à l'administration ou aux agents. Parfois, la faute n'est pas le fait de l'agent mais la conséquence d'un ordre donné par le supérieur hiérarchique ou le résultat d'une mauvaise organisation du service ou du travail.

Le statut général ne reconduit pas intégralement l'article 63 du décret 82-302. En effet, il ne reprend pas l'ancienneté de l'agent, l'intention de nuire, les antécédents disciplinaires, la situation familiale et sociale, les conséquences de la faute sur le préjudice causé aux usagers. Par ailleurs, la situation de l'agent qui accomplit un mandat syndical n'est pas prise en considération également. Le nombre des cas de circonstances atténuantes a été réduit au détriment de l'agent fautif.

C. Les modalités de prononcé de la sanction

Dans le cas d'un cumul d'infractions ou de fautes, l'autorité hiérarchique applique le principe de la peine la plus forte.

Aucune sanction ne peut être infligée à l'agent plus de quarante cinq jours après la constatation de la faute (article 166). Ce délai qui était de trois mois auparavant a été raccourci sans doute pour ne pas laisser en suspens ou laisser traîner des affaires disciplinaires. L'action disciplinaire n'est donc pas imprescriptible.

Il faut souligner que la sanction doit être motivée. La décision de sanction est notifiée au fonctionnaire dans un délai de huit jours à compter du prononcé de la décision (article 172). La sanction est versée au dossier du fonctionnaire.

Elle peut faire l'objet d'une publicité, accompagnée des motifs si l'administration le décide.

L'administration est tenue de motiver la décision disciplinaire. La motivation de la décision ne constitue pas une simple formalité. Au contraire, c'est une garantie importante dont doit bénéficier le fonctionnaire.

Par motivation de la décision de sanction, il faut comprendre une description des faits répréhensibles et, s'il y a lieu, des circonstances dans lesquelles ils ont été commis, qualifier la faute, donner les raisons qui ont motivé la sanction, reproduire les visas fondant la décision. L'administration doit invoquer les motifs de droit et de fait qui fondent la décision, présenter des explications écrites et orales au fonctionnaire. Elle doit communiquer également les requêtes au fonctionnaire qui, malheureusement, n'en prend connaissance que devant le conseil de discipline, donc tardivement.

A la seule lecture de la décision, l'agent devrait pouvoir comprendre les griefs qui sont retenus contre lui et pouvoir contrôler ainsi les faits qui lui sont reprochés. Si la décision n'est pas motivée, elle fait l'objet d'une annulation par le juge.

La communication du dossier n'est pas systématique, elle est écartée :
Lorsque l'agent est frappé d'une suspension,
En cas d'abandon de poste,
En matière de grève,
Quand des textes spéciaux ne le permettent pas,
Lorsqu'il y a une révocation pour condamnation pénale,
Pour les stagiaires quand les statuts ne retiennent pas cette garantie
Et, enfin, dans une situation de circonstances exceptionnelles.

PAR. 4. LA DÉCISION DE SANCTION

La sanction est prononcée par l'autorité investie du pouvoir de nomination et de gestion qui détient donc également le pouvoir disciplinaire. Il arrive que le pouvoir disciplinaire soit délégué à des responsables administratifs.

A. Le titulaire du pouvoir disciplinaire

La sanction est prononcée par l'autorité investie du pouvoir de nomination (article 162), ce qui veut dire a contrario que le pouvoir disciplinaire est concentré entre les mains de l'autorité investie du pouvoir de nomination, une telle situation est matériellement intenable, notamment en ce qui concerne les sanctions les plus légères, celles du premier et second degré.

La réglementation n'est ni claire ni précise sur cette question alors qu'elle peut avoir des conséquences fâcheuses quand la sanction est prise par un responsable administratif qui n'est pas régulièrement habilité, quand le contenu de la délégation est outrepassé, quand c'est le supérieur hiérarchique direct qui en bénéficie dans le cas où il entretiendrait de mauvaises relations avec ses subordonnés.

En ce qui concerne le fonctionnaire détaché, le pouvoir disciplinaire appartient à l'organisme d'origine ou du corps d'appartenance, l'organisme d'accueil ne pouvant prendre qu'une mesure de suspension.

Par ailleurs, la question se pose de savoir si le pouvoir disciplinaire est déléguable pour n'importe quel type de sanction ? C'est-à-dire en totalité, autrement dit si les pouvoirs de nomination et de gestion administrative sont déléguables de manière concomitante ou indépendante, ou si la délégation n'est autorisée que pour certaines sanctions. Il faut préciser que la délégation du pouvoir disciplinaire n'emporte pas nécessairement la délégation du pouvoir de sanction, d'où l'importance de préciser les prérogatives déléguées dans l'arrêté ou la décision de délégation. Bien entendu, la sanction ne peut être prise par le délégataire que dans le domaine qui a lui été délégué.

Tout responsable investi du pouvoir disciplinaire qui néglige de prononcer une sanction ou refuse de le faire encourt lui-même au minimum les mêmes sanctions, dans le cas où il aurait été constaté ou rapporté un manquement.

Après le passage devant le conseil de discipline, et si la sanction est annulée et que l'administration entérine l'avis rendu, le fonctionnaire est réintégré dans son poste et dans ses droits, le traitement intégral lui est remboursé.

Par ailleurs on peut se demander quelle est la portée de l'avis conforme si l'un des deux protagonistes n'est pas satisfait de la délibération rendue par le conseil de discipline. En effet, si la commission paritaire émet un avis qui entérine la décision de l'administration, la garantie accordée au fonctionnaire ne reste qu'une vue de l'esprit. Dans le cas contraire, si la décision est infirmée, le fonctionnaire se retrouvera à nouveau devant l'autorité qui a pris la sanction, et on voit mal comment elle pourrait accepter de se déjuger. En tout état de cause, l'un des deux protagonistes non satisfait de la décision du conseil de discipline peut faire appel devant la commission de recours.

E. Les limites à la protection du fonctionnaire

Le cas des agents hors statut

L'article 167 du statut général parle du fonctionnaire, entendu dans un sens étroit, les hors statut sont exclus du bénéfice du droit aux garanties disciplinaires, ce qui n'est ni possible, ni acceptable.

Néanmoins, il est impératif d'accorder des garanties minimales. Le droit à la défense constitue un principe général du droit, applicable sans qu'il soit nécessairement prévu par un texte. L'information de l'agent sur les griefs qui sont retenus contre lui, la communication du dossier, le principe du contradictoire, l'assistance par un défenseur sont autant de règles dont la jurisprudence exige le respect. Par contre, la saisine du conseil de discipline doit être expressément prévue par un texte.

Les agents temporaires sont encore plus démunis que les contractuels. En ce qui concerne les sanctions, le décret n° 66-136 est totalement silencieux sur la question. Il se contente d'affirmer qu'il peut être mis fin aux fonctions des agents temporaires à tout moment sans préavis ni indemnités, même si on leur a confié un travail pour une durée d'une année. Les agents temporaires ne bénéficient d'aucune garantie disciplinaire, au minimum la consultation de la commission paritaire. Il ne leur reste plus qu'à s'adresser au juge.

La perte des droits à la défense

Les garanties disciplinaires ne sont pas systématiquement accordées. Le fonctionnaire les perd en cas d'abandon de poste puisqu'il a unilatéralement rompu la relation de travail, de grève illicite ou de circonstances exceptionnelles. Les droits à la défense ne sont pas également pris en compte quand la décision est à caractère préventif car prise précisément dans le but de préserver l'ordre, la santé et la sécurité publiques. Il en est de même quand l'administration ne prend pas en considération la personne de l'agent mais tire des conclusions juridiques sur une situation objective, c'est le cas du candidat n'ayant pas réussi à un examen.

Le fonctionnaire peut citer tout témoin ou se faire accompagner par un collègue qui aura à faire des dépositions sur les faits dont il a pu prendre connaissance. La prestation de serment n'est pas obligatoire dans la procédure disciplinaire.

Le conseil examine le rapport de l'autorité disciplinaire. Les débats sont contradictoires, ils se déroulent à huis clos (article 170). Le conseil statue sur chaque cas et non pas globalement. Les décisions sont prises à la majorité des voix. En l'absence de dispositions précises, le conseil choisit un mode de scrutin, à main levée ou à bulletin secret. En matière disciplinaire, la voix du président n'est pas prépondérante en cas d'égalité des voix, la sanction immédiatement inférieure est prise. Néanmoins, et pour parvenir à ses fins, l'administration peut proposer la sanction la plus grave par rapport à la faute commise.

A la fin de la séance, un procès verbal précis doit être rédigé pour faire face à d'éventuelles contestations, notamment en ce qui concerne le respect des formalités. Un avis motivé est rendu.

La composition du conseil de discipline

Le conseil de discipline doit être correctement formé, les représentants du personnel doivent avoir un grade au moins égal à celui du fonctionnaire poursuivi car le paritarisme est un gage d'objectivité et d'impartialité.

La présence de personnes qui n'en sont pas membres est interdite sauf celle de l'avocat, sinon la procédure est entachée d'un vice.

Sa composition ne peut être modifiée pour la même affaire.

Le fonctionnaire qui a formulé la plainte, déclenché la procédure disciplinaire, dirigé l'enquête préparatoire peut siéger s'il est membre de la commission paritaire.

Le chef de service qui a révoqué l'intéressé ne fait pas partie du conseil de discipline. Il peut siéger mais ne s'occuper que du secrétariat et il n'est habilité ni à prendre la parole, ni à voter.

Le suppléant peut demander à siéger sans que cela lui soit refusé mais il ne peut prendre la parole.

Quand le fonctionnaire poursuivi appartient au grade le plus élevé dans le corps : pour respecter la parité, les suppléants doivent siéger avec voix délibérative.

Quand le fonctionnaire traduit devant le conseil de discipline en est membre, il est impossible de le remplacer quand la réglementation ne le prévoit pas

Le président du conseil de discipline est généralement le représentant de l'administration. L'administration désigne habituellement des représentants connaissant bien la réglementation alors que les représentants des fonctionnaires disposent généralement d'un niveau limité.

L'avis du conseil de discipline

Le conseil rend un avis motivé qui doit contenir les motifs de droit et de fait ayant motivé la décision (article 170). La communication de l'avis au fonctionnaire est obligatoire dans un délai n'excédant pas huit jours (article 172). Mais le statut demeure silencieux sur le délai prescrit au conseil de discipline pour rendre l'avis à compter de la clôture de la séance.

(article 168) . Sur le plan formel, la convocation doit être signée par l'autorité investie du pouvoir de nomination. Si l'accusé de réception n'est pas signé par le fonctionnaire, la convocation demeure valable quand elle est envoyée à l'adresse du fonctionnaire connue de l'administration.

La décision de sanction et la convocation peuvent être notifiées en même temps. Si aucune notification n'a été adressée à l'agent incriminé, la sanction est annulée.

La compétence du conseil de discipline

Dans le cadre du nouveau statut, la commission paritaire n'est pas consultée pour les sanctions du premier et second degré, même à la demande du fonctionnaire fautif, il ne peut donc donner pas même un avis consultatif (article 165). Néanmoins, le nouveau statut ajoute des éléments nouveaux. Ces sanctions sont prises par décision motivée après explications écrites de l'intéressé (article 165). Le législateur a tenu à renforcer la protection du fonctionnaire même en l'absence d'une traduction devant le conseil de discipline..

L'article 165 du statut de 2006 dispose que les sanctions du troisième et quatrième degré sont prises par l'autorité investie du pouvoir de nomination. La décision de sanction n'est pas motivée car la saisine du conseil de discipline est obligatoire et c'est à ce niveau qu'intervient la motivation sous la forme d'un avis conforme.

Le conseil de discipline n'est pas compétent pour connaître de la mesure de suspension car, d'une part, elle ne constitue pas une sanction disciplinaire, d'autre part : elle relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Le déroulement de la séance

Le fonctionnement du conseil de discipline est le moment qui exprime le mieux et le plus clairement la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire.

Le fonctionnaire poursuivi est tenu de comparaître personnellement sauf cas de force majeure (article 168). En cas d'absence justifiée, il peut se faire représenter par un défenseur. Si le fonctionnaire dûment convoqué est absent ou si la justification d'absence est rejetée, l'action disciplinaire suit son cours.

Le conseil peut demander à entendre les témoins cités par les deux parties, séparément ou sous forme de confrontation, ils peuvent présenter des témoignages écrits ou oraux communicables au fonctionnaire poursuivi. Le conseil peut ordonner une nouvelle enquête administrative s'il estime ne pas être suffisamment éclairé (article 171), ce qui n'était pas prévu par la législation antérieure.

L'intéressé est auditionné, il peut présenter des observations ou toutes explications écrites ou verbales pour étayer sa défense à condition de lui en laisser le temps nécessaire. D'ailleurs, ce droit est étroitement associé à celui du principe du contradictoire.

Le fonctionnaire peut demander l'assistance d'un fonctionnaire ou d'un défenseur (article 169) qui peut être un avocat et qu'il peut choisir librement, ce dernier a droit à la communication du dossier disciplinaire.

à la discrétion du pouvoir politique, y compris donc pour des raisons disciplinaires, ils n'ont pas droit à la communication du dossier disciplinaire, ce qui est regrettable.

L'absence de communication n'est pas un moyen d'ordre public, il doit être invoqué par le fonctionnaire. Le refus de communiquer le dossier ne devrait pas être attaqué par le fonctionnaire car il lui permettra par la suite de demander plus facilement l'annulation de la sanction pour violation d'un droit fondamental, sauf si le fonctionnaire fait montre de négligence ou de mauvaise volonté.

Le législateur ne précise pas selon quelle forme doit être communiqué le dossier mais il doit mentionner les fautes retenues contre le fonctionnaire et les sanctions dont il peut être passible. Mais, à partir du moment où l'administration lui notifie les griefs qui sont formulés contre lui, la communication du dossier est effectuée à l'initiative de l'un des deux protagonistes.

Le délai de communication du dossier

L'ordonnance de 2006 introduit une mesure importante et salubre pour le fonctionnaire car le dossier doit lui être notifié dans les quinze jours suivant le déclenchement de l'action disciplinaire (article 167), ce qui lui laisse le temps nécessaire de prendre copie des pièces du dossier et de préparer convenablement sa défense. Si le fonctionnaire tergiverse, l'administration doit le mettre en demeure de prendre connaissance du dossier.

D. La comparution devant le conseil de discipline

La liberté de sanctionner est limitée par l'intervention du conseil de discipline car il s'agit d'une garantie fondamentale, sauf exception prévue par la réglementation. Les sanctions les plus graves, celles du troisième et quatrième degré, doivent faire l'objet d'un examen par le conseil de discipline. Le fonctionnaire a le droit de se défendre et d'être défendu par ses pairs devant une instance paritaire (article 169), la parité ayant pour objet de garantir l'indépendance et l'impartialité de la procédure, et ne pas exposer ainsi le fonctionnaire à une décision unilatérale de l'administration.

La saisine du conseil de discipline

Selon l'article 166 du nouveau statut, la saisine du conseil de discipline est à l'initiative de l'autorité investie du pouvoir de nomination. Le délai est fixé à 45 jours à compter de la date de constatation de la faute, passé ce délai, la faute est prescrite. Il faut souligner l'avancée opérée par le nouveau statut général en matière de délai, suffisamment long pour laisser le temps au fonctionnaire de préparer sa défense.

La saisine doit être écrite, elle est obligatoirement motivée en mentionnant les griefs retenus contre lui et les circonstances dans lesquelles ils se sont produits, en prenant en compte les considérations de fait et de droit, elle doit préciser les éléments sur lesquels repose l'appréciation du comportement du fonctionnaire fautif.

La date de comparution est notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception au moins quinze jours avant la date de réunion du conseil de discipline

C. La communication du dossier disciplinaire

Sans conteste, c'est le droit le plus important mais aussi le plus ancien. La jurisprudence adopte une position stricte sur le nécessaire respect de cette garantie.

Le contenu du dossier

Le fonctionnaire a le droit de demander la communication du dossier disciplinaire y compris pour les fautes du premier degré même si la législation n'y fait pas explicitement référence car il s'agit d'un principe général du droit.

L'article 167 de l'ordonnance de 2006 parle de « l'intégralité du dossier disciplinaire », le législateur a apporté cette précision, sans doute à la suite de ce qu'il a dû constater en pratique. Le fonctionnaire doit avoir connaissance de tout ce qui lui est reproché, notamment les pièces qui fondent la poursuite.

Normalement, toutes les pièces concernant sa situation administrative, sont enregistrées, numérotées et classées. Le dossier doit être transparent. Une pièce non communiquée ne peut être retenue à charge contre le fonctionnaire, par exemple quand il est fait mention des opinions politiques ou autres en dépit des dispositions de la constitution et du statut général qui exclut toute discrimination de quelque nature que ce soit. Néanmoins, un dossier incomplet ne vicie pas la procédure s'il apparaît que la sanction a été prise au vu des pièces disponibles et non pas en se fondant sur des documents qui n'y figuraient pas.

L'agent est autorisé à prendre copie des pièces du dossier, notamment pour pouvoir vérifier les preuves matérielles. S'il est analphabète, il est autorisé à se faire assister par une personne de son choix.

Les personnes concernées ou autorisées

Bien entendu l'intéressé a droit à la communication du dossier, il en fait la demande dès qu'il prend connaissance des poursuites qui sont engagées contre lui, sinon il ne peut se prévaloir de l'irrégularité de la procédure. Mais l'administration doit quand même l'informer sur ce droit quand elle lui notifie la mise en branle de la poursuite disciplinaire. Le dossier doit aussi lui être communiqué quand la mesure est prise non pas en considération de la personne mais dans l'intérêt du service : mutation, licenciement pour insuffisance professionnelle, licenciement en cours de stage, sinon la sanction ou la mesure est annulée.

Les membres de la commission de discipline et le défenseur du fonctionnaire ont également droit à la communication du dossier mais ils sont astreints au respect du secret professionnel. Il peut être communiqué à toutes les personnes qui ont un lien administratif avec l'administration, par exemple à la personne qui accompagne le fonctionnaire, sauf refus de la part de l'administration d'accéder à la demande de communication pour un motif légitime.

Il faut faire mention du cas des titulaires de fonctions supérieures. Comme la cessation de fonctions intervient de manière discrétionnaire car il s'agit de fonctions

En raison de ses graves conséquences, la suspension est soumise au contrôle du juge, même en ce qui concerne la décision de suspension elle-même pour voir si elle n'est pas abusive, par exemple quand le fonctionnaire n'a commis qu'une faute du premier degré. La suspension illégale est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir.

Sur le plan financier, le fonctionnaire suspendu a droit au maintien d'une quotité de traitement qui ne saurait être supérieure à la moitié de son traitement (article 174), il continue à percevoir la totalité des prestations familiales.

La suspension en cas de poursuite pénale soulève des difficultés particulières si le cas du fonctionnaire n'est pas réglé dans les six mois en raison de la lenteur de la procédure judiciaire. Le fonctionnaire suspendu perçoit une quotité de son traitement et la totalité des prestations familiales. Le législateur demeure silencieux sur le montant de la quotité. La situation du fonctionnaire n'est réglée qu'une fois la décision judiciaire devenue définitive.

Lorsque le conseil de discipline ne s'est pas réuni dans les délais prescrits, l'agent est rétabli dans ses droits et la quotité de rémunération qui a été prélevée lui est reversée, sauf s'il a fait l'objet d'une poursuite pénale.

B. L'enquête administrative

Parfois, l'administration est amenée à engager une enquête administrative, notamment quand une sanction grave est susceptible d'être prise. Le conseil de discipline peut également diligenter une enquête (article 171) s'il estime qu'il n'est pas suffisamment éclairé sur les faits reprochés au fonctionnaire ou sur les circonstances dans lesquels ils ont été commis.

Bien entendu, l'enquête doit être la plus objective possible. Elle doit offrir au fonctionnaire la possibilité d'exercer ses droits à la défense de manière satisfaisante.

En principe, un fonctionnaire d'un niveau élevé, compétent et impartial est désigné pour enquêter sur les faits générateurs de la faute. La charge de la preuve appartient à l'administration. L'enquêteur va vérifier l'exactitude des faits, écouter les deux parties et leurs témoins, recueillir les témoignages. Il va produire un rapport détaillé qui sera transmis à l'autorité investie du pouvoir de nomination, seule habilitée à prendre la sanction, et au fonctionnaire incriminé.

C'est dire l'importance de l'enquête administrative. En somme, elle doit offrir toutes les garanties d'objectivité et d'impartialité. Influencée par les conclusions du rapport ou par solidarité hiérarchique, l'autorité investie du pouvoir de nomination a tendance à confirmer la sanction proposée. L'administration est à la fois juge et partie, si ce n'est elle qui est amenée parfois à donner des orientations ou des instructions à la personne chargée de l'enquête pour infléchir les conclusions dans le sens désiré par elle.

En vertu de l'article 175 du statut général de la fonction publique, le fonctionnaire suspendu peut, dans un délai d'un mois, introduire un recours auprès de la commission de recours compétente. La suspension est soumise au contrôle du juge qui peut donc l'annuler quand elle n'est pas suffisamment justifiée car c'est une mesure conservatoire qui fait grief.

Les agents concernés

Le fonctionnaire titulaire est concerné au premier chef. En ce qui concerne le fonctionnaire détaché, alors que la sanction proprement dite est prise par l'autorité du corps d'appartenance ou d'origine, la suspension est par contre prononcée par l'administration ou le corps d'accueil.

Les agents contractuels peuvent faire l'objet d'une mesure de suspension. Les agents temporaires ou vacataires ne sont pas touchés par les mesures de suspension en raison de la nature de la relation de travail qui est par définition précaire.

La durée de la suspension

Elle est immédiate dès la constatation de faits particulièrement graves. En tout état de cause, elle doit intervenir avant la réunion du conseil de discipline. Le fonctionnaire doit être informé de la décision de suspension car elle fait courir les délais de recours devant le conseil de discipline.

L'article 174 de l'ordonnance fixe la durée de la suspension à six mois, délai excessivement long, pénalisant pour le fonctionnaire qui a fait l'objet d'une suspension de son traitement. La situation du fonctionnaire suspendu doit être réglée dans un délai de 45 jours à compter du déclenchement de l'action disciplinaire (article 166). La suspension prend fin quand il est statué sur le cas du fonctionnaire, à l'issue de la procédure disciplinaire.

Comme il s'agit d'une mesure prise dans l'intérêt du service, l'administration peut lever la suspension à tout moment sans pour autant abandonner les poursuites disciplinaires, donc l'éventualité d'une sanction ultérieure.

Les effets de la suspension

Le fonctionnaire suspendu demeure toujours en position d'activité et il reste soumis aux obligations professionnelles. Il ne peut exercer une activité incompatible avec l'exercice des fonctions. Il reste soumis au pouvoir disciplinaire. Il garde le bénéfice de certains droits, comme le droit au congé ; mais il perd certains avantages liés à la fonction.

Le poste occupé par le fonctionnaire suspendu ne doit pas être déclaré vacant ni pourvu, en remplacement de son titulaire. La réintégration dans l'emploi occupé avant la suspension n'est pas obligatoire, mais le fonctionnaire a le droit d'occuper un emploi équivalent.

La suspension ne constitue pas une sanction disciplinaire, elle exclut donc le bénéfice des garanties disciplinaires. La décision de suspension n'est pas motivée, l'agent ne peut avoir accès à son dossier disciplinaire.

être informé des éléments suivants : les griefs qui sont retenus contre lui, l'engagement de la poursuite disciplinaire à son encontre, la sanction encourue, ses droits à la défense.

Le statut général de la fonction publique de 2006 vient heureusement combler une lacune relative au délai d'information. L'agent qui a commis une faute doit être informé des griefs formulés à son encontre dans un délai de quinze jours à compter du déclenchement de la procédure disciplinaire, (article 167), avant même la convocation devant la commission de discipline. L'information sur la poursuite disciplinaire est une démarche indépendante de celle relative à la convocation devant le conseil de discipline, comme rien n'interdit que les deux démarches puissent coïncider ou se confondre. L'absence d'information devient ainsi une irrégularité substantielle.

A. La suspension

La suspension ne constitue pas une sanction mais une mesure administrative qui est prise quand le fonctionnaire commet une faute particulièrement grave ou quand il fait l'objet d'une poursuite pénale.

La suspension n'est pas une sanction

Il s'agit d'une mesure conservatoire, donc temporaire, qui est prise par l'autorité investie du pouvoir de nomination à l'encontre du fonctionnaire sur lequel pèse une suspicion ou des présomptions sérieuses en raison d'un manquement à des obligations professionnelles constitutif d'une faute grave, ces présomptions ne doivent pas être écartées rapidement sur la base d'un simple indice. Le fonctionnaire n'est pas déclaré coupable et il est réputé être innocent jusqu'à ce qu'il soit statué sur son cas. Il est en attente de comparution devant une instance disciplinaire ou pénale

Le fonctionnaire suspendu ne peut être maintenu en service, il en est tenu éloigné. Il peut être interdit d'entrer dans l'établissement en raison de son état physique ou mental.

Le champ d'application de la suspension

La décision de suspension peut être prise lors de l'exercice des fonctions, dans et hors du service. Le législateur ne précise pas si la suspension est totale ou partielle : en pratique, c'est la suspension totale qui est mise en oeuvre.

Le statut général de 2006 prévoit la suspension quand la faute commise est susceptible d'entraîner une sanction du quatrième degré (article 173) ou quand le fonctionnaire fait l'objet d'une poursuite pénale ne permettant pas son maintien en fonction (article 174).

L'article 173 du statut dispose que lorsque le fonctionnaire est suspendu pour une faute qui n'est pas du quatrième degré, et lorsqu'il n'est pas reconnu coupable des faits qui lui sont reprochés ou lorsque le conseil de discipline ne s'est pas réuni dans les délais prescrits, il est rétabli dans ses droits et la quotité de rémunération qui a été prélevée lui est reversée. Par là, le nouveau statut entend prévenir contre tout éventuel abus dans le recours à la suspension au regard de ses effets fâcheux sur la situation du fonctionnaire même s'il ne s'agit que d'une mesure temporaire.

Les sanctions du troisième degré

Avec le nouveau statut (article 163, alinéa 3), les sanctions du troisième degré sont :

- La mise à pied de quatre à huit jours.
- L'abaissement d'un ou de deux échelons.
- Le déplacement d'office.

Les sanctions sont bien moins lourdes par rapport au barème de la législation antérieure. Néanmoins, elles aggravent les pertes financières. Le déplacement d'office est particulièrement pénalisant quand on connaît la crise du logement ou les difficultés climatiques dans certaines régions du pays.

Les sanctions du quatrième degré

Au regard de l'article 163 alinéa 4 du statut général de 2006, les sanctions du quatrième degré sont la rétrogradation dans le grade immédiatement inférieur et le licenciement tout court, c'est à dire que le législateur n'a pas prévu de licenciement avec préavis et indemnités. L'administration risque de l'appliquer littéralement, à moins que les statuts particuliers ne réintroduisent le licenciement avec préavis et indemnités.

L'article 185 de l'ordonnance retient une autre sanction qui n'est pas prévue par l'article 163 alinéa 4 : « le fonctionnaire ayant fait l'objet d'un licenciement ou d'une révocation ne peut prétendre à un nouveau recrutement dans la fonction publique », comme s'il s'agissait de la même sanction alors que les deux notions, licenciement et révocation, n'ont pas le même sens. L'article 184 parle de révocation mais uniquement dans le cas d'un abandon de poste. Par contre, l'article 164 du statut de 2006 va plus loin que la réglementation antérieure puisqu'il autorise les statuts particuliers à rajouter d'autres sanctions mais pour les quatre degrés, y compris donc des sanctions particulièrement graves.

La sanction des agents hors statut

Les agents contractuels sont passibles des sanctions suivantes : l'avertissement, le blâme, la résiliation du contrat sans préavis ni indemnités si l'agent a fait l'objet dans les six premiers mois d'exercice de trois avertissements ou de deux blâmes, la résiliation du contrat peut intervenir à tout moment en cas de faute lourde ou d'insuffisance professionnelle. Si la résiliation a lieu à l'initiative de l'administration, l'agent a droit à des indemnités. Le statut de 2006 ignore cette catégorie d'agents et renvoie à un texte ultérieur le régime disciplinaire qui leur sera appliqué. L'une des réformes fondamentales introduites par le nouveau statut réside dans la contractualisation d'un nombre de plus en plus important d'agents de l'Etat, avec un risque de précarisation accrue de leur condition professionnelle, y compris sur le plan disciplinaire.

PAR. 3. L'ACTION DISCIPLINAIRE

Une fois la faute constatée et la sanction prononcée, une poursuite est engagée contre l'agent fautif pour le traduire devant le conseil de discipline. Dès lors, il doit

Elle obéit à la règle du non-cumul. En raison de la règle non bis in idem, les sanctions ne sont pas en principe cumulables entre elles : une faute, une sanction, sauf si le cas est expressément prévu par un texte ou quand il est prévu des peines complémentaires pour les sanctions du troisième et quatrième degré ;

Elle obéit à la règle de non rétroactivité qui constitue un principe général du droit : elle obéit au principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'une sanction grave ne peut sanctionner une faute légère. Ce principe a été expressément reconduit par l'article 183 de l'ordonnance de 2006, en disposant que « les cas de fautes personnelles donnent lieu à l'une des sanctions de même degré prévues aux articles 178 à 181 », lequel principe n'est malheureusement pas toujours respecté par l'administration et que le juge doit contrôler :

Elle est possible quand la faute qui a été déjà sanctionnée est continuée ou renouvelée ;

Elle est individuelle, l'agent coupable est seul passible de la sanction ;

Elle ne peut sanctionner deux fois la faute pour les mêmes faits .

B. La classification des sanctions

Le statut général de la fonction publique classe les sanctions disciplinaires en degrés de gravité croissante. L'article 163 du statut de 2006 en retient quatre, la gamme des sanctions est donc plus large qu'auparavant où il n'y avait que trois degrés de sanction. Le législateur définit de manière énumérative les différentes sanctions, l'administration ne peut en ajouter de nouvelles.

Les sanctions du premier degré

L'article 163, alinéa 1 du statut de 2006 a prévu :

Le rappel à l'ordre .

L'avertissement écrit,

Le blâme.

La mise à pied d'un à trois jours est décalée pour se transformer en sanction du second degré. Normalement, la sanction du premier degré ne doit avoir aucune incidence sur la carrière du fonctionnaire ou sa rémunération. C'est une forme de réprimande ou de sanction morale qui est adressée au fonctionnaire pour le toucher dans son honneur, aussi les statuts de 1966 et 2006 ont écarté la retenue sur traitement.

Les sanctions du second degré

Elles ont pour objet de priver le fonctionnaire d'avantages actuels ou virtuels. L'article 163, alinéa 2 de l'ordonnance de 2006 prévoit les sanctions suivantes :

La mise à pied de un à trois jours ;

La radiation du tableau d'avancement. L'ordonnance est silencieuse sur la durée de radiation du tableau d'avancement.

- Falsifier les titres, diplômes ou tout autre document ayant permis le recrutement ou la promotion.
- Cumuler l'emploi occupé avec une autre activité lucrative.

Pour l'essentiel, les fautes du quatrième degré, sont des fautes pénales. Il s'agit d'une liste qui est close car l'article 182 dispose que «les statuts particuliers préciseront en tant que de besoin et en fonction des spécificités de certains corps les différents cas de faute professionnelle prévus aux articles 178 à 181». Donc, il s'agit d'une liste limitative, ce qui est étonnant tant l'imagination humaine est fertile mais rassurant dans la limite où cela restreint le pouvoir d'appréciation de l'administration.

C. La constatation de la faute

L'administration constate l'existence de la faute, généralement à l'initiative du chef de service. Aucune sanction ne peut être prise contre le fonctionnaire sans la preuve de l'exactitude matérielle des faits. En cas de faute grave pouvant entraîner un licenciement ou conduire à une poursuite pénale, l'administration peut prendre toute mesure conservatoire ou procéder immédiatement à la suspension du fonctionnaire, une enquête est éventuellement déclenchée.

Les fautes professionnelles sont normalement imputables aux agents quel que soit leur rang dans la hiérarchie. Néanmoins, elles peuvent être imputées au supérieur hiérarchique direct si celui-ci en a pris connaissance et ne les désavoue pas ou ne prend aucune mesure disciplinaire à l'encontre du subordonné qui a commis la faute.

L'autorité disciplinaire apprécie l'opportunité des poursuites, détermine les principes et les modalités des sanctions. En raison de la règle non bis in idem, comme en matière pénale, le fonctionnaire ne peut être poursuivi qu'une seule fois pour la même faute car il s'agit d'un principe général du droit.

PAR. 2. LA SANCTION DISCIPLINAIRE

C'est la peine appliquée à un fonctionnaire coupable d'avoir commis une faute, elle a donc un caractère répressif. Elle se caractérise par ses conséquences sur la situation professionnelle, elle a des effets sur la carrière du fonctionnaire soit en le privant de certains avantages, soit en le privant de la fonction elle-même. A la différence de la sanction pénale, la sanction disciplinaire ne peut atteindre le fonctionnaire dans sa liberté.

A. Caractéristiques de la sanction disciplinaire

La sanction disciplinaire emprunte ses caractéristiques à la sanction pénale :

Elle obéit au principe de légalité en vertu de la règle nulla poena sine lege. L'autorité disciplinaire ne peut créer de nouvelle sanction et s'écarter ainsi de la liste légale :

- de veiller à la protection et à la sécurité des documents administratifs (article 49),
- de préserver le patrimoine de l'administration (article 50),
- de ne pas utiliser les locaux, équipements et moyens de l'administration à des fins personnelles ou étrangères au service (article 51),
- d'agir avec correction et déférence dans ses relations avec ses supérieurs hiérarchiques, ses collègues et ses subordonnés (article 52),
- d'agir envers les usagers avec courtoisie et diligence (article 53),
- de ne pas solliciter, exiger ou recevoir des présents, dons, gratifications ou avantages quelconques de quelque nature que ce soit en contrepartie d'une prestation effectuée dans le cadre de ses fonctions (article 54).

Les obligations statutaires sont énoncées telles quelles, sans qu'elles fassent l'objet d'une classification selon les différents degrés de fautes. Par exemple, les articles 54 et 181 parlent quasiment de la même faute alors que dans le premier cas (article 54) il est passible d'une sanction du second degré, dans le deuxième cas (article 181) d'une sanction du quatrième degré.

Les fautes du troisième degré.

Bien entendu, elles se caractérisent par un niveau de gravité plus important car elles font intervenir un élément intentionnel et délibéré de nuire. D'autres textes peuvent dans le cadre de leur objet qualifier certains actes de faute du troisième degré, par exemple l'entrave à l'amélioration des rapports entre l'administration et l'administré.

Au regard de l'article 180, les fautes du troisième degré sont :

- Le détournement de documents de service,
- La dissimulation d'informations d'ordre professionnel que le fonctionnaire est tenu de fournir dans l'exercice de ses fonctions,
- Le refus sans motif valable d'exécuter les instructions de l'autorité hiérarchique pour l'accomplissement de tâches liées à l'exercice des fonctions,
- La divulgation ou la tentative de divulgation de secrets professionnels,
- L'utilisation à des fins personnelles ou à des fins étrangères au service des équipements ou des biens de l'administration.

Les fautes du quatrième degré.

C'est une nouveauté qui est introduite par le statut général de 2006. La liste en est donnée par l'article 181 :

- Bénéficier d'avantages de quelque nature que ce soit, de la part d'une personne physique ou morale en contrepartie d'un service rendu dans le cadre de l'exercice des fonctions,
- Commettre des actes de violence sur toute personne à l'intérieur du lieu de travail,
- Causer intentionnellement des dégâts matériels graves aux équipements et au patrimoine immobilier de l'administration susceptibles d'entraver le bon fonctionnement du service,
- Détruire des documents administratifs en vue de perturber le bon fonctionnement du service,

fonctionnaire : faute sous contrainte ; obligation de force majeure ; faute justifiée par l'intérêt national ou l'intérêt du service mais à condition qu'il ne s'agisse pas d'une simple présomption car la faute doit être établie. Le juge examine s'il ne peut y avoir une exonération de responsabilité.

B. La classification des fautes

Il n'y a pas de codification de la faute disciplinaire comme c'est le cas en droit pénal mais quelques tentatives éparses de classement. L'ordonnance de 2006 (articles 178 à 181) fait une synthèse et une mise en cohérence des fautes citées dans les textes antérieurs. Elle accomplit un effort de clarification et de précision pour ne tenir compte que des fautes propres à la fonction publique.

Le statut élargit l'éventail de classification des fautes puisqu'il n'y a plus trois degrés de gravité de la faute mais quatre. Cette nouvelle classification est avantageuse pour le fonctionnaire car l'éventail de qualification d'une faute donne des marges d'appréciation plus larges, avant d'en arriver aux sanctions extrêmes, celles du quatrième degré.

Les fautes du premier degré.

L'article 178 de l'ordonnance de 2006 classe dans les fautes du premier degré le manquement à la discipline générale susceptible de porter atteinte au bon fonctionnement du service. Il donne une interprétation plus ouverte ou plus élastique, effectivement l'atteinte au bon fonctionnement du service est plus large que le manquement à la discipline générale.

Les fautes du second degré.

L'article 179 range dans cette catégorie les actes par lesquels un fonctionnaire porte préjudice par imprudence ou par négligence à la sécurité des personnes et/ou des biens de l'administration, transgresse les obligations statutaires autres que celles prévues aux articles 180 et 181, autrement dit respectivement les fautes du troisième et quatrième degré. Les obligations statutaires sont nombreuses, elles renvoient aux dispositions suivantes qui imposent au fonctionnaire :

- d'exercer ses fonctions en toute loyauté (article 41). S'abstenir de tout acte incompatible avec la nature des fonctions même en dehors du service, avoir en toute circonstance une conduite digne et irréprochable (article 42),
- de consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées, il ne peut exercer une activité lucrative à titre privé de quelque nature que ce soit (article 43),
- de ne pas détenir des intérêts de nature à compromettre son indépendance ou à constituer une entrave à l'exercice normal de sa fonction dans une entreprise soumise au contrôle ou en relation avec l'administration dont il relève (article 45),
- de déclarer l'activité du conjoint qui exerce une activité privée lucrative (article 46),
- d'être responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées (article 47),
- d'être tenu au secret professionnel (article 48),

Le rétablissement d'un certain équilibre disciplinaire ne ferme pas pour autant totalement la porte à l'administration qui dispose encore de prérogatives importantes en matière de pouvoir disciplinaire. La procédure disciplinaire reste une procédure entièrement contrôlée par l'administration.

PAR. I. LA FAUTE DISCIPLINAIRE

L'autorité investie du pouvoir de nomination engage les actes qui vont aboutir à la prise de sanction à l'encontre de l'agent incriminé. Après avoir constaté la faute, et si celle-ci est particulièrement grave, l'administration peut procéder à la suspension de l'agent. Une enquête peut être éventuellement engagée.

A. La faute personnelle

La faute personnelle est un fait répréhensible pouvant être un acte isolé ou collectif. Elle peut résulter de la violation d'une obligation professionnelle, du non-respect d'une règle jurisprudentielle telle que l'obligation de réserve ou de la violation de la loi pénale. La faute personnelle engage la responsabilité du fonctionnaire.

L'article 17 de l'ordonnance de 1966 se contente d'affirmer que la faute peut résulter d'un manquement à une obligation professionnelle, une atteinte caractérisée à la discipline ou une faute commise dans ou à l'occasion de l'exercice des fonctions, y compris en dehors des fonctions.

L'ordonnance 06-03 va plus loin que le décret 85-59 tout en reprenant l'esprit du décret 82-302. En plus du manquement aux obligations professionnelles, l'article 160 ajoute dans la définition de la faute personnelle toute atteinte à la discipline, toute faute ou irrégularité commise dans ou à l'occasion de l'exercice des fonctions, ce qui laisse une large marge d'appréciation à l'administration alors que dans la législation antérieure les manquements, se limitaient à une atteinte aux obligations professionnelles. L'appréciation de la nature de la faute ou de son degré de gravité relève du seul ressort de l'administration.

La faute personnelle procède d'un comportement excessif, d'une intention délibérée de nuire ou de la commission d'un acte fautif d'une gravité particulière. Le fait fautif est condamnable s'il est accompli bien sûr pendant l'exercice du service ou à l'occasion du service mais également en dehors de l'exercice du service quand la vie privée recèle des actes qui entachent gravement l'honneur et la considération du fonctionnaire, et il appartient à l'administration d'en apprécier les faits.

Les fautes antérieures à l'exercice de la fonction peuvent constituer également des faits répréhensibles s'ils ont été délibérément cachés ou s'il s'avère qu'ils sont incompatibles avec l'exercice de la fonction. A l'inverse, la démission acceptée par l'administration n'empêche pas celle-ci d'engager une action disciplinaire quand une faute est constatée ultérieurement à la cessation de fonction.

Un ordre émanant du supérieur peut constituer une faute. La faute n'est pas punissable en raison de circonstances qui ne mettent pas en cause l'attitude du

LES GARANTIES DISCIPLINAIRES DANS LE STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Monsieur Essaid TAIB
Professeur à l'ENA d'Alger

Le régime disciplinaire de la fonction publique évolue dans le sens d'une protection croissante du fonctionnaire, à tel point que l'on assiste à sa juridictionnalisation progressive. Le fonctionnaire doit pouvoir bénéficier d'une possibilité de se défendre de manière équitable pour faire contrepoids au pouvoir de l'administration.

L'objectif de la juridictionnalisation vise à éviter que le pouvoir dont dispose l'administration ne soit utilisé à d'autres fins ou fasse preuve d'arbitraire à son encontre, connaissant le poids du pouvoir hiérarchique. L'administration méconnaît parfois les droits du fonctionnaire, à tort, quand elle commet des abus ou par incompetence, quand les responsables ne connaissent pas correctement le droit applicable au régime disciplinaire du fait d'une législation assez complexe, par endroits imprécise ou lacunaire. Il s'agit également de se prémunir contre d'éventuelles erreurs d'appréciation de la part de l'administration. C'est toujours le fonctionnaire qui en fait les frais quand il est touché dans sa personne, sa carrière, ses idées ou ses opinions. Il est contraint de s'adresser au juge pour recouvrer ses droits, lequel doit faire parfois preuve d'imagination et de hardiesse même si la jurisprudence a toujours veillé à s'assurer du respect des droits à la défense.

Les agents de l'administration qui ont commis des fautes bénéficient de garanties disciplinaires. L'idéal est de parvenir à prendre une sanction juste et équitable, de manière objective. La juridictionnalisation de la procédure disciplinaire s'appuie sur l'extension progressive du principe du contradictoire : communication du dossier, présentation d'observations orales ou écrites, conduite d'une enquête, citation de témoins, assistance par un défenseur.

Le corpus juridique algérien reconnaît l'essentiel des garanties disciplinaires. Certaines d'entre elles sont des principes généraux du droit, d'autres sont d'origine constitutionnelle ou législative. Le droit disciplinaire de la fonction publique algérienne est plutôt un droit d'origine statutaire que prétorienne.

Par rapport à la législation antérieure, le nouveau statut de la fonction publique, l'ordonnance de 2006, rétablit l'équilibre et renforce les garanties offertes au fonctionnaire notamment en matière procédurale. En la matière, les garanties disciplinaires accordées demeurent tout à fait classiques, elles ne sont pas du même niveau selon que l'on parle du fonctionnaire, des agents publics hors statut ou des titulaires d'une fonction supérieure. Dans certains cas, l'agent perd la faculté d'avoir droit au bénéfice des garanties disciplinaires.

LES GARANTIES DISCIPLINAIRES DANS LE STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Monsieur Essaid TAIB
Professeur à l'ENA d'Alger

Lorsque l'autorité disciplinaire est un organe collégial, la mise en cause de son impartialité ne peut être prise en compte que si, d'une part, des faits précis sont allégués et légalement constatés, de nature à faire planer le soupçon de partialité dans le chef d'un ou de plusieurs membres du collège et, d'autre part, s'il ressort des circonstances que la partialité de ces membres a pu influencer l'ensemble du collège ⁽⁶¹⁾.

Au contentieux de la suspension, c'est en principe au requérant qu'il appartient d'établir, *in concreto*, que l'exécution immédiate de l'acte attaqué est susceptible d'occasionner un préjudice grave difficilement réparable. On a déjà signalé que la seule comparaison du délai moyen d'instruction d'une affaire au Conseil d'État et du terme du mandat accordé à un fonctionnaire dirigeant faisait présumer l'existence d'un tel préjudice. Par une autre exception à la règle *actori incumbit probatio*, la jurisprudence est fixée en ce sens que, sauf circonstances particulières qu'il appartient à la partie adverse d'établir, une sanction disciplinaire majeure risque de causer un préjudice moral grave et difficilement réparable en raison de ce qu'elle jette le discrédit sur l'agent qui en fait l'objet ⁽⁶²⁾.

Bruxelles, le 28 mai 2007

⁽⁶¹⁾ C.E., Hourman-Doxen, n° 78.374 du 27 janvier 1999.

⁽⁶²⁾ Notamment C.E., Mortier, n° 124.148 du 13 octobre 2003; C.E., Nielsen, n° 126.402 du 15 décembre 2003; C.E., Parent, n° 126.5e du 18 décembre 2003; C.E., Van Laenen, n° 139.674 du 24 janvier 2005; C.E., Bouchon, n° 147.709 du 18 juillet 2005; C.E., Machiels, n° 160.796 du 29 juin 2006; C.E., Maes, n° 161.214 du 10 juillet 2006; C.E., Noël, n° 165.885 du 13 décembre 2006.

Quand un texte prévoit que les poursuites pénales suspendent l'action disciplinaire, il ne peut être reproché à l'autorité disciplinaire d'avoir méconnu le principe du délai raisonnable lorsque la durée de la procédure a dépendu de celle des poursuites pénales et que l'autorité a fait diligence pour connaître le résultat de l'instruction ⁽⁵⁶⁾.

Dans son arrêt *Azinas c/ Chypre*, du 20 juin 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la sanction disciplinaire de la révocation, en ce qu'elle prive automatiquement et rétroactivement l'agent de ses droits à la pension, emporte des conséquences excessives au regard de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention, qui protège le droit de propriété.

Dans un premier temps, le Conseil d'État a «botté en touche» en considérant, à propos de la révocation d'un fonctionnaire fédéral, que cet effet particulier découle de l'article 50 de la loi du 21 juillet 1844 sur les pensions civiles et ecclésiastiques et que le droit à la pension est un droit de nature civile qui échappe à la compétence du Conseil d'État, en sorte que la juridiction administrative ne pourrait en déduire de conséquence quant à la légalité de la mesure de révocation comme telle ⁽⁵⁷⁾. Il reste que, suivant une jurisprudence fermement établie, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État, les répercussions que pourrait avoir l'annulation d'un acte administratif sur l'exercice de droits subjectifs sont sans incidence sur l'appréciation des attributions respectives de l'ordre judiciaire et de la juridiction administrative ⁽⁵⁸⁾. Aussi, un tout récent arrêt *Dassonville*, n° 171.523 du 24 mai 2007, a-t-il directement censuré une mesure de révocation pour violation de l'article 1er du premier protocole.

Le principe d'impartialité s'oppose à ce qu'une personne soit à la fois juge et partie dans le procès disciplinaire, soit qu'elle ait joué dans la même affaire un rôle d'accusation ou d'instruction, soit qu'elle ait un intérêt personnel à ce que la décision s'inscrive dans un sens déterminé, soit encore que les circonstances donnent à penser qu'elle ne pourrait traiter de l'affaire sans préjugé ⁽⁵⁹⁾.

Il reste que le principe d'impartialité ne peut se concevoir de la même manière devant le juge et devant l'administration active. Des raisons inhérentes à la structure et au fonctionnement de l'administration peuvent justifier une application plus nuancée. Ainsi, lorsque la première décision a été annulée par l'autorité de tutelle, le conseil communal, seul organe désigné par la loi, peut se prononcer à nouveau sans faillir à la règle ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁶⁾ C.E., *Honorez*, n° 155.286 du 20 février 2006.

⁽⁵⁷⁾ C.E., *Dovinsky*, n° 167.662 du 9 février 2007.

⁽⁵⁸⁾ Notamment Cass., 24 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1277; Cass., 5 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 145; C.E., *Rorif*, n° 33.306 du 31 octobre 1989; C.E., *Jans*, n° 34.291 du 7 mars 1990; C.E., *Helsen*, n° 137.641 du 25 novembre 2004; C.E., *Van de Velde*, n° 153.703 du 12 janvier 2006.

⁽⁵⁹⁾ Notamment C.E., *Houman-Doxen*, n° 78.374 du 27 janvier 1999; C.E., *Daniel*, n° 85.564 du 23 février 2000; C.E., *Dehennin*, n° 93.712 du 2 mars 2001; C.E., *De Becker*, n° 110.411 du 18 septembre 2002.

⁽⁶⁰⁾ C.E., *Cauwet*, n° 36.479 du 22 février 1991; C.E., *Gérard*, n° 53.554 du 7 juin 1995; C.E., *Claes*, n° 72.980 du 3 avril 1998; dans le même sens: *Lejeune*, n° 86.566 du 4 avril 2000; *Masset*, n° 87.089 et 87.090 du 8 mai 2000; C.E., *Smets*, n° 117.447 du 24 mars 2003; C.E., *Hondermarcq*, n° 137.536 du 23 novembre 2004.

La sanction disciplinaire doit nécessairement correspondre à l'une des peines prévues par le statut ⁽⁴⁶⁾. Une difficulté tient à ce que des peines ont été introduites dans les textes sans y apporter les adaptations nécessaires. On sait qu'avant de saisir le Conseil d'Etat, il est requis d'épuiser les voies de recours préalables devant l'administration, condition que la juridiction administrative vérifie avec d'autant plus de sévérité qu'il n'existe toujours pas, en Belgique, de tribunaux administratifs à compétence générale ⁽⁴⁷⁾. Pour éviter les conséquences de la révocation, notamment la perte du droit à la pension ⁽⁴⁸⁾, la sanction de la démission d'office fut introduite, notamment dans la loi communale, sans préciser si le recours en réformation qu'elle prévoit ⁽⁴⁹⁾ lui était applicable. Saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle a fait montre d'un grand pragmatisme en jugeant que, pour être conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 180, alinéa 3, de la loi communale du 30 mars 1836 doit s'interpréter en ce sens que le recours en réformation qu'il prévoit est aussi ouvert à l'agent qui a fait l'objet de la sanction de la démission d'office. Cependant, ce recours n'étant pas prévu expressément par la disposition en cause, il ne pourrait être reproché au requérant de ne l'avoir exercé avant de saisir le Conseil d'État ⁽⁵⁰⁾.

En principe, le pénal ne tient pas le disciplinaire en l'état ⁽⁵¹⁾. Sauf disposition contraire, l'autorité disciplinaire n'est pas tenue de différer sa décision jusqu'au prononcé du jugement au pénal étant donné que les deux procédures correspondent à des finalités différentes ⁽⁵²⁾. Si elle intervient entre-temps, la condamnation pénale ne lie l'autorité disciplinaire que sur la matérialité des faits ⁽⁵³⁾. Au surplus, différer l'ouverture des poursuites disciplinaires dans l'attente d'une décision définitive au pénal exposerait l'administration au reproche de n'avoir respecté le principe du délai raisonnable ⁽⁵⁴⁾. Il reste que la notion de délai raisonnable - résiduaire - doit s'effacer lorsqu'une disposition précise fixe la prescription de l'action disciplinaire ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁶⁾ C.E., De Mol, n° 137.999 du 3 décembre 2004. Sur ce que la mise à la retraite anticipée ne peut se faire que dans des situations précisées par la loi, voy. l'arrêt C.E., Georges, n° 153.728 du 12 janvier 2006.

⁽⁴⁷⁾ Un pas dans cette direction a toutefois été franchi avec la loi du 15 septembre 2006 «réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Étrangers». À côté de certaines commissions ad hoc dotées de pouvoirs juridictionnels, par exemple, les commissions instituées pour la réparation de certains dommages exceptionnels (dommages de guerre, dommages survenus dans les anciennes colonies belges, victimes d'actes intentionnels de violence), les députations permanentes des conseils provinciaux exercent des missions juridictionnelles lorsqu'elles se prononcent dans certaines matières, notamment électorales. Suivant le cas, le Conseil d'Etat, juge de recours, se prononce au plein contentieux ou en cassation administrative.

⁽⁴⁸⁾ Voy. toutefois ci-après, à propos de l'arrêt Azinas *c/* Chypre.

⁽⁴⁹⁾ Recours qui s'exerce actuellement devant le gouvernement régional ou le ministre qu'il délègue.

⁽⁵⁰⁾ Arrêt n° 119/2005 du 6 juillet 2005.

⁽⁵¹⁾ A plus forte raison, un non-lieu n'empêche pas des poursuites disciplinaires (C.E., Collet, n° 60.142 du 12 juin 1996; C.E., Glibert, n° 88.336 du 28 juin 2000).

⁽⁵²⁾ C.E., Lense, n° 115.024 du 24 janvier 2003; C.E., André, n° 135.757 du 5 octobre 2004.

⁽⁵³⁾ Notamment C.E., Colet, n° 60.142 du 12 juin 1996; C.E., Glibert, n° 88.336 du 28 juin 2000; C.E., Simons, n° 114.014 du 20 décembre 2002; C.E., Lervitte, n° 115.347 du 31 janvier 2003; C.E., Carbone, n° 138.007 du 3 décembre 2004.

⁽⁵⁴⁾ C.E., Brion, n° 141.102 du 23 février 2005. En sens contraire : jugé qu'on ne peut reprocher à l'autorité disciplinaire d'avoir attendu la fin des poursuites répressives avant de mettre l'action disciplinaire en mouvement, afin qu'elle puisse se prononcer en pleine connaissance de cause (C.E., Degesves, n° 60.762 du 4 juillet 1996).

sa décision ⁽³⁹⁾. Mais l'audition sera requise lorsque, comme c'est le plus souvent le cas, l'autorité est en possession d'éléments contradictoires ⁽⁴⁰⁾.

D'autres conséquences ont été déduites de la différence de nature entre sanctions disciplinaires et mesures d'ordre. Il fut ainsi jugé que l'audition doit précéder l'adoption d'une mesure de suspension préventive et porter sur l'utilité de cette mesure, l'audition disciplinaire ultérieure ne pouvant en tenir lieu ⁽⁴¹⁾, que les motifs d'une mesure d'ordre ne peuvent suffire à justifier une sanction disciplinaire ⁽⁴²⁾ ou encore que l'autorité ne peut fonder une mesure de suspension préventive sur des faits qui ont déjà donné lieu à une procédure disciplinaire qui n'a pas abouti ⁽⁴³⁾.

En matière disciplinaire, le contrôle du Conseil d'Etat porte sur la matérialité des faits, leur qualification et leur imputabilité, ainsi que sur la proportionnalité de la sanction. Le juge vérifie aussi si les manquements ont été constatés dans le respect des règles qui régissent l'administration de la preuve et si la sanction a été prise après examen concret des éléments de la cause. Suivant l'enseignement de l'arrêt De Smet, n°16.739 du 27 novembre 1974 : « (...) s'il est vrai que, dans le cas d'une demande tendant à l'annulation d'une mesure disciplinaire, le Conseil d'Etat ne peut se substituer à l'autorité disciplinaire compétente pour apprécier la nature ou la gravité des faits qui ont motivé la mesure, il n'entre pas moins dans le cadre du contrôle de la légalité dont le Conseil d'Etat est chargé, de vérifier si les faits, dont la matérialité même est contestée, sont établis à suffisance: qu'en effet, une peine disciplinaire fondée sur des faits inexistantes ou insuffisamment établis n'est pas justifiée en droit » ⁽⁴⁴⁾.

Il est satisfait à l'exigence de motivation formelle de la sanction si la décision disciplinaire indique les dispositions sur lesquelles l'autorité se fonde, énonce les manquements retenus à charge de l'agent et les raisons pour lesquelles elle a choisi la sanction infligée. La motivation d'une sanction disciplinaire ne doit pas seulement porter sur la matérialité des faits et leur caractère répréhensible, mais aussi sur l'adéquation de la sanction à leur gravité ⁽⁴⁵⁾.

(...) 1948, I, p. 699; Cass., 15 mars 1968, *Pastorisie belge*, 1968, I, p. 884). En réalité, la jurisprudence administrative tient surtout compte de ce que l'agent poursuivi pourrait se voir reprocher, devant l'administration active, d'adopter un système de défense trop taillon. La qualification retenue lui permettra d'invoquer pour la première fois la violation de ses droits dans la phase juridictionnelle de la procédure.

⁽³⁹⁾ Notamment C.E., société "Chez Munir et Flore" et Unal, n° 82.611 du 1er octobre 1999, *Aménagement-Environnement*, 2000, p. 123, obs. M. PÂQUES; C.E., Ermontz, n° 85.414, *Vervaeck*, n° 85.415, *Léonard*, n° 85.416 et *Deleigne*, n° 85.417 du 17 février 2000; C.E., société M.G.C.I., n° 108.331, et société Brussels Pool, n° 108.332 du 21 juin 2002; C.E., *Gabolet*, n° 137.129 du 9 novembre 2004.

⁽⁴⁰⁾ Notamment C.E., *Huberty*, n° 50.242 du 16 novembre 1994.

⁽⁴¹⁾ C.E., *Limet*, n° 165.883 du 13 décembre 2006.

⁽⁴²⁾ C.E., *Simons*, n° 114.014 du 20 décembre 2002.

⁽⁴³⁾ C.E., *Ruth*, n° 153.215 du 29 décembre 2005.

⁽⁴⁴⁾ Dans le même sens : C.E., *Grotard*, n° 94.997 du 25 avril 2001.

⁽⁴⁵⁾ Nombreux arrêts, notamment C.E., *Debelle*, n° 53.346 du 18 mai 1995; C.E., *Giot*, n° 79.256 du 12 mars 1999; C.E., *Maeckelberghe*, n° 90.096 du 9 octobre 2000; C.E., *Simons*, n° 114.014 du 20 décembre 2002; C.E., *Moreels*, n° 120.864 du 24 juin 2003; C.E., *Mourmeaux*, n° 128.245 du 18 février 2004; C.E., *Degroote*, n° 131.189 du 10 mai 2004; C.E., *Colignon*, n° 166.808 du 17 janvier 2007; P. BouCnuEV, "La motivation en matière de fonction publique", *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 128.

V. LE RÉGIME DISCIPLINAIRE.

Trois types de décisions peuvent affecter les fonctionnaires à des degrés divers : la véritable sanction disciplinaire, où l'autorité a l'intention de punir un comportement "culpable" et où l'agent poursuivi bénéficie des droits de la défense, la mesure d'ordre, également prise en raison du comportement du fonctionnaire mais qui a pour objet d'assurer le bon fonctionnement du service, et la mesure d'ordre intérieur, que le Conseil d'État juge de trop faible importance pour admettre qu'elle puisse faire l'objet de recours.

Pour apprécier si l'acte attaqué constitue une sanction disciplinaire déguisée, il faut rechercher si l'administration a plus eu l'intention de punir le requérant que d'améliorer le fonctionnement du service ⁽³⁴⁾.

Sauf circonstances particulières, un simple changement d'affectation est une mesure d'ordre intérieur insusceptible de faire l'objet d'un recours ⁽³⁵⁾. En revanche, lorsqu'une mutation ou un déplacement par mesure d'ordre a été décidé en raison du comportement de l'agent ou qui modifie ses conditions de travail de manière significative, le recours contre cette décision sera jugé recevable ⁽³⁶⁾.

La mesure d'ordre requiert, en principe, l'audition préalable de l'agent en vertu de la règle *audi alteram partem* ⁽³⁷⁾. À l'inverse des droits de la défense au sens strict, destinés à protéger l'agent poursuivi en toutes circonstances et auxquels la jurisprudence reconnaît un caractère d'ordre public ⁽³⁸⁾, le principe d'équitable procédure traduit par l'*adage audi alteram partem* et applicable n'oblige l'administration à entendre l'intéressé que pour être en mesure de statuer en connaissance de cause et d'être éclairée sur la meilleure manière de résoudre une difficulté de fonctionnement du service. Par conséquent, l'autorité qui disposerait de tous les éléments nécessaires à l'appréciation des données de l'affaire pourrait s'en dispenser s'il n'est pas permis de croire que l'audition du requérant aurait pu infléchir

⁽³⁴⁾ Notamment C.E., Tabar, n° 153.704 du 12 janvier 2006.

⁽³⁵⁾ Notamment C.E., Nachtergaele, n° 148.936 du 15 septembre 2005; C.E., Hatzizervoudakis, n° 153.864 du 17 janvier 2006; C.E., Vande Castele, n° 153.987 du 19 janvier 2006; C.E., Van Meerhaeghe, n° 167.659 du 9 février 2007.

⁽³⁶⁾ Notamment C.E., Arlotti, n° 150.248 du 17 octobre 2005; C.E., Montoy, n° 151.363 du 16 novembre 2005; C.E., Van Ontrive, n° 152.280 du 6 décembre 2005; C.E., Hustache, n° 154.419 du 1er février 2006; il en est ainsi, à plus forte raison, lorsque l'autorité considère que les faits imputés à l'agent sont de nature à entraîner l'ouverture d'une procédure disciplinaire (C.E., Mettens, n° 150.613 du 24 octobre 2005).

⁽³⁷⁾ Nombreux arrêts, notamment C.E., Hensmans, n° 126.053 du 4 décembre 2003; C.E., Solé, n° 139.586 du 20 janvier 2005; C.E., De Smedt, n° 142.173 du 15 mars 2005; C.E., Leroy, n° 142.215 du 16 mars 2005; C.E., Fouarge, n° 144.308 du 11 mai 2005; C.E., Arlotti, n° 150.248 du 17 octobre 2005; C.E., François, n° 150.374 du 19 octobre 2005; C.E., Montoy, n° 151.363 du 16 novembre 2005; C.E., Hanappe, n° 152.869 du 16 décembre 2005.

⁽³⁸⁾ On pourrait douter de ce que les droits de la défense correspondent à la notion traditionnelle d'ordre public, soit «(ce) qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société» (Cass., 9 décembre 1948, *Pasicrisie belge*, (...))

communications les plus denses, l'obligation de résidence devra, sauf à méconnaître le droit au respect de la vie privée et le libre choix du domicile qui en découle, se fonder sur des raisons impératives tenant au bon fonctionnement du service.

Pour tenter de faire bref, si les mêmes libertés sont théoriquement reconnues aux fonctionnaires comme aux simples citoyens, elles doivent s'accorder aux missions qu'ils exercent de manière telle que le crédit ou le fonctionnement de l'administration n'en soit pas affecté. Le tout est une question de mesure. Ainsi, si des critiques générales sur le fonctionnement du service doivent être acceptées, il n'en ira pas de même d'imputations méchantes et publiques dirigées contre les supérieurs hiérarchiques de l'agent ⁽³¹⁾.

Un équilibre comparable doit être recherché à propos de l'éligibilité des fonctionnaires. Les textes l'admettant seulement dans certains cas et l'excluant dans d'autres ou, à l'inverse, l'interdisant sans nuance à toutes les composantes d'un service, le risque était grand d'y voir une violation des principes d'égalité et de non-discrimination. La Cour constitutionnelle a eu l'occasion d'y confronter, dans les termes suivants, l'extension de l'inéligibilité des magistrats au personnel administratif des greffes et des parquets :

«Le législateur a entendu à la fois garantir la neutralité et l'objectivité des personnes qui participent à l'exercice des fonctions judiciaires, même celles qui ne relèvent pas de l'Ordre judiciaire, et écarter toute mesure susceptible de nuire aux efforts consentis pour résorber l'arriéré judiciaire. (...)»

«Si l'éligibilité est un droit fondamental dans une société démocratique, l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont également des exigences qui tiennent aux valeurs fondamentales de la démocratie. L'exercice d'un mandat politique électif impliquant que son titulaire s'engage publiquement en faveur de ses options politiques et cherche à s'attacher la confiance des électeurs, le législateur a pu raisonnablement considérer que des limitations au droit d'exercer un tel mandat étaient indispensables à l'exercice des fonctions judiciaires. Il a également pu estimer que, afin de garantir le fonctionnement impartial de la justice aux yeux d'un public qui peut être insuffisamment informé de la répartition des tâches au sein de l'institution judiciaire, les incompatibilités devaient s'étendre à tous ceux qui, fût-ce pour y accomplir des tâches administratives, travaillent au sein des greffes et des parquets» ⁽³²⁾.

Mais, ici encore, les textes qui prévoient des incompatibilités seront de stricte interprétation dès lors qu'ils dérogent à des libertés publiques, et il fut jugé par le Conseil d'Etat que constitue une mesure excessive au regard de la liberté d'expression la mise d'office en position de non-activité d'un fonctionnaire en raison de sa seule candidature aux élections communales ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Dans ce sens : C.E., Godbille, n° 13.507 du 18 avril 1969; C.E., Lievens, n° 20.811 du 16 décembre 1980; C.E., Morissens, n° 24.516 du 27 juin 1984..

⁽³²⁾ Arrêt n° 107/98 du 21 octobre 1998.

⁽³³⁾ C.E., Harmegnies, n° 152.039 du 30 novembre 2005.

Il leur est uniquement interdit de révéler des faits qui ont trait à la sécurité nationale, à la protection de l'ordre public, aux intérêts financiers de l'autorité, à la prévention et à la répression des faits délictueux, au secret médical, aux droits et libertés du citoyen, et notamment le droit au respect de la vie privée ; cette interdiction vaut également pour les faits qui ont trait à la préparation de toutes les décisions.

Les dispositions des alinéas précédents s'appliquent également aux agents qui ont cessé leur fonction.»⁽²⁷⁾

Il reste que si les exceptions inscrites à l'alinéa 2 sont de stricte interprétation, s'écartant du principe inscrit à l'alinéa 1 elles n'en sont pas moins rédigées dans des termes fort larges et pourraient faire l'objet d'applications abusives ... Le moyen soulevé à l'appui du recours dirigé contre l'arrêté royal de 1991 fut pourtant rejeté dans les termes suivants:

«Les articles 19 de la Constitution et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (qui garantissent la liberté d'expression, nlla) dispositions qui s'appliquent notamment aux fonctionnaires, doivent se concilier avec le devoir de réserve, dont le respect est une condition nécessaire au fonctionnement efficace de l'administration ; (...) il s'agit là d'une mesure qui est nécessaire, dans une société démocratique, à la sauvegarde de l'ensemble des intérêts collectifs dont l'administration publique a la charge, et qui, tendant à empêcher la divulgation d'informations confidentielles, est expressément autorisée par l'article 10 de la Convention ; (...) elle n'est pas non plus disproportionnée à l'objectif poursuivi»⁽²⁸⁾.

Suivant le même enseignement, il fut jugé que l'interdiction faite à un agent d'avoir une occupation qui porterait atteinte à l'exercice efficace ou à la dignité de sa fonction ne constitue pas une ingérence inadmissible dans sa vie privée⁽²⁹⁾. Le principe de continuité du service public et l'intérêt général veulent aussi que les cumuls de fonctions soient soumis à autorisation préalable mais que les cas où ils peuvent être admis s'apprécient restrictivement⁽³⁰⁾. Dans un des pays aux réseaux de

Article 3. Une disposition de rédaction comparable figurera dans les principes généraux ultérieurs. L'arrêté royal du 22 décembre 2000, actuellement en vigueur, a ajouté l'interdiction de dévoiler des faits qui pourraient nuire à la position concurrentielle d'un organisme public à vocation économique. Il fut aussi précisé que l'interdiction de divulguer des documents préparatoires ne vaut plus quand la décision a été prise. A noter aussi que la Constitution belge prévoit, depuis 1993, le droit d'accès aux documents administratifs moyennant les exceptions prévues par la loi (article 32). En bonne cohérence, la liste de ces exceptions correspondra, à quelques nuances près, à celle des restrictions imposées à la liberté d'expression des fonctionnaires.

⁽²⁷⁾ C.E., ass. gén., Leclercq, n° 47.689 du 31 mai 1994; dans le même sens: C.E., Wartel, n° 35.032 du 1er juin 1990.

⁽²⁸⁾ C.E., Baudru, n° 103.601 du 15 février 2002.

⁽²⁹⁾ C.E., Gilbert, n° 146.260 du 20 juin 2005.

Il faut aussi signaler qu'en accord avec les principes dits de «Nouvelle Gestion Publique» destinés à améliorer le fonctionnement de l'administration, la réforme de la fonction publique belge intervenue entre 1999 et 2002 a eu notamment comme résultat de soumettre les fonctionnaires dirigeants à un système de mandat limité dans le temps ⁽²³⁾.

Au contentieux, il en est résulté une augmentation du nombre des recours, spécialement des référés administratifs. Sachant que la durée moyenne d'instruction d'une affaire suivant la procédure ordinaire est de six ans, lorsque la demande de suspension porte sur l'attribution d'un mandat, le préjudice grave difficilement réparable qui conditionne l'admissibilité de ce type de recours doit être tenu pour établi ⁽²⁴⁾.

Aussi jugé que, sauf à admettre une régression par rapport à l'ancien système de signalement, l'entretien d'évaluation doit permettre à l'agent de répondre aux reproches qui lui sont faits sur sa manière de servir. A plus forte raison, les griefs ne peuvent être formulés après l'entretien d'évaluation ⁽²⁵⁾.

IV. LES SUJÉTIONS TENANT À L'EXERCICE D'UNE FONCTION PUBLIQUE AU REGARD DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES.

Le devoir de discrétion et le secret professionnel des fonctionnaires s'inscrivent dans une vieille tradition administrative issue de l'Ancien Régime dont Napoléon avait fait une règle d'airain ⁽²⁶⁾. En comparaison, les premiers principes généraux du statut, arrêtés le 22 novembre 1991, ont marqué une évolution significative ⁽²⁶⁾ en prévoyant :

«Les agents jouissent de la liberté d'expression à l'égard des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur fonction.»

⁽²³⁾ La réforme n'est pas sans risque, notamment de surpolitisation des fonctions dirigeantes (C. DE VISSCHER, "Les grandes tendances dans l'évolution des fonctions publiques et les enjeux de la réforme Copernic de l'administration fédérale", La réforme de la fonction publique, Bruxelles, 2002, spéc. p. 23). Le même auteur fait observer à juste titre que le fonctionnaire n'est pas seulement au service du "client", que le citoyen sera devenu aux termes de la réforme, mais aussi le gardien d'un intérêt collectif qui ne correspond pas nécessairement à la somme des intérêts particuliers.

⁽²⁴⁾ C.E., ass. gén., Hendrix, n° 132.915 du 23 juin 2004; C.E., Bocken, n° 151.472 du 21 novembre 2005.

⁽²⁵⁾ C.E., Robette, n° 162.642 du 22 septembre 2006.

⁽²⁶⁾ J. LEMASURIER, "Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé", Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1980, p. 1240.

⁽²⁷⁾ En réalité, les changements opérés en 1991 n'ont pas marqué une véritable rupture mais ont pris acte de l'évolution des mentalités, plus favorable à la liberté d'expression des fonctionnaires (P. VANDERNOOT, "Fonction publique, libertés et limites : une question de confiance", Administration publique (trim.), 2005, p. 216). Il reste que, peu de temps avant la réforme, le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui avait considéré qu'"en acceptant sa nomination, un magistrat renonce implicitement à sa liberté d'expression" avait été rejeté dans des termes catégoriques par la Cour de cassation (Cass., 14 mai 1987, Pastorie belge, 1987, I, p. 1068, et les conclusions du procureur général J. VELU, alors avocat général, et Revue critique de jurisprudence belge, 1988, p. 528, note J. VERHOEVEN).

Depuis la modification de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État intervenue le 19 juillet 1991, l'exécution de tout acte administratif, individuel ou réglementaire, susceptible d'être annulé par la juridiction administrative peut faire l'objet d'une demande de suspension, pour autant qu'un moyen sérieux soit invoqué ⁽¹⁸⁾ et que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable.

Tout candidat à une fonction publique s'exposant au risque de ne pas voir sa candidature retenue, sauf circonstances particulières pouvant notamment tenir à l'âge avancé du candidat, à l'absence d'autres possibilités de promotion ou à des appréciations négatives sur sa manière de servir, la perte d'une chance d'être nommé ou promu ne constitue pas un préjudice grave difficilement réparable.

Sauf si elle contient des termes dénigrants : la comparaison des titres et mérites de différents candidats pour en arriver à la conclusion que l'agent retenu est mieux apte à occuper un emploi vacant n'est pas susceptible d'occasionner pareil préjudice ⁽¹⁹⁾.

D'autre part, il découle de l'effet rétroactif des arrêts d'annulation du Conseil d'État qu'en principe, l'autorité qui procède à une nouvelle sélection doit faire abstraction de la compétence acquise par l'agent dont la nomination a été annulée. Mais exiger de l'autorité qu'elle ne tienne aucun compte de la carrière de cet agent relèverait largement de la fiction ⁽²⁰⁾. Aussi est-il généralement tenu compte des circonstances particulières de la cause en discernant suivant que l'autorité s'est basée sur le profil de la fonction à pourvoir ou sur les qualités particulières des différents candidats ⁽²¹⁾. L'exercice sera associé au contrôle des motifs de la seconde décision. S'il en ressort que l'autorité a pris en compte l'expérience acquise dans la fonction, le risque est grand d'une nouvelle annulation.

⁽¹⁸⁾ Présente un caractère sérieux le moyen qui, à première vue et dans l'état du dossier, apparaît recevable et de nature à entraîner l'annulation, sans nécessiter un examen long et méticuleux inconciliable avec la notion de référé (notamment C.E., Porcheret, n° 38.976 du 13 mars 1992; C.E., Dumazy et autres, n° 68.233 du 18 septembre 1997; C.E., Fortemps, n° 78.370 du 27 janvier 1999; C.E., Ketelaer et Formanova, n° 86.905 du 25 avril 2000; C.E., Apers et autres, n° 109.563 du 30 juillet 2002).

⁽¹⁹⁾ nombreux arrêts, voy. notamment C.E., Wipants, n° 119.019 du 6 mai 2003; C.E., Lambert, n° 123.179 du 23 septembre 2003; C.E., Clairbois, n° 137.126 du 4 novembre 2004; C.E., de Henricourt de Gruenne, n° 137.264 du 18 novembre 2004; C.E., Brodtele, n° 138.897 du 29 décembre 2004; C.E., Bourgoignie, n° 139.903 du 28 janvier 2005; C.E., Soetemans, n° 146.941 du 28 juin 2005; C.E., Duquesne, n° 150.319 du 18 octobre 2005; C.E., Martiny, n° 153.527 du 11 janvier 2006; C.E., Colot, n° 155.283 du 20 février 2006; C.E., Reumont, n° 157.163 du 30 mars 2006; C.E., De Smet, n° 163.427 du 11 octobre 2006; C.E., De Vos, n° 164.086 du 25 octobre 2006; C.E., Daumerie, n° 165.569 du 5 décembre 2006; C.E., Rigaux, n° 167.943 du 16 février 2007.

⁽²⁰⁾ C.E., Verhexden, n° 115.425 du 4 février 2003.

⁽²¹⁾ Notamment C.E., ass. gén., Verhexden, n° 134.022 du 19 juillet 2004, J.L.M.B., 2006, p. 15, note L. DONNAY; C.E., Desmet, n° 33.858 du 22 janvier 1990; C.E., Macken, n° 34.532 du 27 mars 1990; C.E., Spruyt, n° 36.781 du 28 mars 1991; C.E., Goen, n° 37.072 du 23 mai 1991; C.E., Halsberghe, n° 37.235 du 18 juin 1991; C.E., Van Gijzel, n° 37.825 du 8 octobre 1991; C.E., Moors, n° 37.833 du 8 octobre 1991; C.E., Valckenaers, n° 38.101 du 13 novembre 1991; C.E., Spruyt, n° 38.567 du 23 janvier 1992; C.E., Goissey, n° 38.889 du 27 janvier 1992; C.E., D'Heer, n° 39.035 du 20 mars 1992; C.E., Pochez, n° 133.071 du 25 juin 2004.

publique ⁽¹³⁾. Récemment saisie d'une question préjudicielle à propos de la révocation d'un agent des postes, il appartiendra à la Cour constitutionnelle de dire si cette situation est ou non admissible au regard des principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de notre Constitution.

III. LA CARRIÈRE ET LE NOUVEAU RÉGIME DU MANDAT.

En matière de nominations ou de promotions dans la fonction publique, il n'est satisfait à l'exigence de motivation formelle - que la loi du 29 juillet 1991 impose pour tous les actes administratifs de portée individuelle - que si la décision révèle que l'autorité a procédé à une comparaison des titres et mérites des intéressés et des raisons qui ont présidé à son choix. Les motifs de l'acte de nomination présentant plus d'intérêt pour les candidats évincés que pour le fonctionnaire retenu, l'autorité ne doit pas seulement indiquer les mérites de l'agent nommé ou promu mais aussi les raisons qui ont conduit l'autorité à écarter les autres candidatures ⁽¹⁴⁾. Cette rigueur peut toutefois dépendre des données particulières du litige, notamment lorsque l'autorité doit choisir parmi un grand nombre de candidats ⁽¹⁵⁾. La loi du 29 juillet 1991 n'impliquant pas que toutes les candidatures soient systématiquement comparées, il est alors requis de procéder à une première sélection, en justifiant que les candidats jugés les moins bons aient été écartés dès ce stade, puis d'expliquer pourquoi le candidat finalement retenu a été préféré aux autres ⁽¹⁶⁾.

Pour autant que de besoin, il fut jugé que lorsque le statut prévoit un avancement ou une promotion à l'ancienneté - on dit aussi «en carrière plane» - il n'y a pas lieu de comparer les titres et mérites de ceux qui auraient vocation à l'emploi ⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Sauf si une disposition légale expresse le permet, un agent contractuel ne peut être dépositaire d'une parcelle de la puissance publique (avis de la section d'administration du Conseil d'Etat du 10 décembre 1998, C.D.P.K., 1999, p. 363, obs. M. NiHOUL; C.E., Khemissi, n° 127.677 du 2 février 2004; C.E., Maes, n° 161.214 du 10 juillet 2006).

⁽¹⁴⁾ Notamment C.E., Francart, n° 79.311 du 17 mars 1999; C.E., Deloge, n° 90.216 du 13 octobre 2000, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2001, p. 320, avec l'avis de l'auditeur général BOUVIER, alors auditeur, et les observations de J. MARTENS; C.E., Collet, n° 97.537 du 6 juillet 2001; C.E., Cadet, n° 97.949 et 97.950 du 24 juillet 2001; C.E., Cadet, n° 97.971 du 26 juillet 2001; C.E., Folcque, n° 121.985 du 27 août 2003; C.E., Van Broekhoven, n° 122.615 du 9 septembre 2003; C.E., Ocheleu, n° 123.485 du 25 septembre 2003; C.E., Vandeveldt, n° 132.278 du 10 juin 2004; C.E., Nihant, n° 154.491 du 3 février 2006; C.E., Thys, n° 155.621 du 27 février 2006; C.E., Weyrich, n° 155.692 du 28 février 2006; C.E., Berrendorf, n° 166.004 du 18 décembre 2006.

⁽¹⁵⁾ C.E., Deloge, précité.

⁽¹⁶⁾ C.E., Barla, n° 125.569 du 21 novembre 2003.

⁽¹⁷⁾ C.E., Rocks, n° 164.878 du 17 novembre 2006.

II. RÉGIME STATUTAIRE OU CONTRACTUEL.

Bien que l'évolution de la pratique administrative donne l'impression du contraire, spécialement dans les organismes publics à vocation économique, le principe demeure suivant lequel l'engagement sous statut est la règle et le recours au contrat de travail l'exception. A s'en tenir aux textes, ces exceptions sont actuellement au nombre de quatre : répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, remplacer des agents absents, permettre d'accomplir des tâches auxiliaires et spécifiques ou pourvoir au recrutement de personnes hautement qualifiées ⁽⁷⁾. Il en fut notamment déduit que, si les aléas de la coopération au développement peuvent justifier que les résidents soient affectés à titre temporaire, cette situation ne suffit pas à permettre qu'il soient recrutés par contrat ⁽⁸⁾.

Les termes utilisés par l'autorité pour qualifier l'engagement ne sont pas déterminants, pas plus que la circonstance que l'autorité a pris unilatéralement la décision d'engager le requérant, pareille décision devant précéder, en tout état de cause, la conclusion d'un contrat ⁽⁹⁾.

Le Conseil d'État refuse d'appliquer la théorie des actes détachables aux contrats de travail en raison de l'attribution exclusive de compétence aux juridictions judiciaires inscrite à l'article 578, 1°, du code judiciaire et de la résolution de tels conflits par l'octroi d'indemnités, alors qu'un arrêt d'annulation aurait pour effet de contraindre l'employeur à réintégrer le travailleur licencié ⁽¹⁰⁾. Aussi, le refus, qu'il soit exprès ou implicite, d'engager le requérant dans les liens d'un contrat de travail échappe-t-il à la compétence de la juridiction administrative ⁽¹¹⁾. Il en va de même de la décision de mettre fin à l'engagement ⁽¹²⁾.

La composition du personnel des entreprises publiques économiques peut paraître paradoxale. Les dirigeants y sont, le plus souvent, recrutés par contrat tandis que leurs subordonnés restent soumis au régime statutaire. Une question délicate tient à ce que des agents contractuels recrutent et révoquent des fonctionnaires, actes que l'on s'accorde pourtant à reconnaître comme des prérogatives de la puissance

Article 2, § 1er, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 "fixant les principes généraux du statut administratif et pénal des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent".

⁽⁷⁾ C.E., Michel, n° 155.922 du 6 mars 2006.

⁽⁸⁾ C.E., Godfrinon, n° 160.637 du 27 juin 2006.

⁽⁹⁾ C. E., assemblée générale, Hendrix, n° 132.915 du 23 juin 2004. *Le second argument est plus contestable : l'annulation de la décision de passer un marché public ne se résoudra pas autrement.*

⁽¹⁰⁾ C.E., Galloy, n° 140.179 du 3 février 2005 ; C.E., Baseke Bot'kala, n° 149.462 du 27 septembre 2005, n° 168.338 du 28 février 2007 et n° 168.339 du même jour ; C.E., Adamopoulos, n° 163.263 du 5 octobre 2006.

⁽¹²⁾ C.E., Marchai, n° 171.344 du 21 mai 2007.

Quand, en France, la voie de fait sert de ligne de partage entre les compétences juridictionnelles et administratives, nous avons recours à la notion d'«objet véritable du recours»⁴³. Lorsqu'il s'agit de confronter l'acte administratif attaqué aux dispositions hiérarchiquement supérieures qui lui sont applicables, le juge de l'excès de pouvoir sera régulièrement saisi. L'action qui revendique le respect de droits subjectifs et tend à y contraindre l'administration devra être portée devant le juge judiciaire. Ainsi, quand un agent public entendra poursuivre l'annulation de la promotion d'un concurrent, il saisira le Conseil d'Etat d'un recours en annulation, mais s'il revendique le paiement d'arriérés de salaire, il devra soumettre son litige au juge de l'action civile. Jugé, de même, que les vacances des fonctionnaires publics constituant un droit, une erreur de calcul des jours de congé ne constitue pas un acte susceptible de recours devant la juridiction administrative. Il appartient au requérant, en ce cas, de saisir le tribunal civil⁴⁴. Est aussi jugé irrecevable le recours dirigé contre le refus implicite d'admettre un agent à la pension anticipée étant donné que l'arrêt d'annulation aurait pour conséquence de reconnaître un droit subjectif au requérant⁴⁵.

Mais l'article 159 de la Constitution belge, qui prévoit : «*Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois*», et dont il n'existe pas d'équivalent en France, permet aussi de contester la légalité de l'acte administratif, par voie incidente, devant le juge judiciaire⁴⁶.

Les conflits - positifs ou négatifs - d'attributions entre juridictions des deux ordres sont tranchés par la Cour de cassation.

⁴³ Sur le partage traditionnel des compétences entre le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires, voy. notamment J. ESCARRAS, *Les expériences belges et italiennes d'unité de juridiction*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 361 et s.; Ch. HUBERLANT, "Le Conseil d'Etat et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 et 93 de la Constitution", *Journal des tribunaux*, 1960, p. 73, 94, 109, 133 et 151; Ch. HUBERLANT, "Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique", *Rapports belges au IXe congrès international de droit comparé (Téhéran)*, Bruxelles, 1974; P. LEMMENS, "Le contentieux administratif: fondements et développements", *Le citoyen face à l'administration*, éditions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 29 à 39; M. LEROY, "Aux confins des compétences judiciaire et administrative", *Administration publique (trim.)*, 1988, p. 141; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2000, spéc. p. 283 à 298; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. I, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 248 et s.; conclusions du procureur général VELU, alors avocat général, avant Cass., ch. réunies, 10 avril 1987, A.P.T., 1987, p. 298.

⁴⁴ C.E., Van Orshaegen, n° 166.667 du 15 janvier 2007.

⁴⁵ C.E., Noël, n° 165.885 du 13 décembre 2006.

⁴⁶ Pour prendre un exemple en relation avec le sujet de l'étude, dans l'hypothèse où un candidat malheureux à une fonction publique s'estimerait victime d'une illégalité, il pourra, et c'est la voie la plus classique, demander au Conseil d'Etat d'annuler la nomination de son concurrent, ce qui lui offrira une nouvelle chance d'être nommé, mais il pourrait tout aussi bien choisir de poursuivre directement, devant le juge civil, la condamnation de l'administration à l'indemniser après avoir fait constater par ce juge l'illégalité de la nomination contestée.

ASPECTS RÉCENTS DU CONTENTIEUX DE LA FONCTION PUBLIQUE EN BELGIQUE

Monsieur Jean-François NEURAY

*Premier auditeur chef de section au Conseil d'État de Belgique
Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles*

I. CONTEXTE INSTITUTIONNEL.

Par un délicat processus qui n'est d'ailleurs pas achevé, la Belgique est officiellement qualifiée d'État fédéral depuis 1993 ⁽¹⁾. A mesure que l'ancienne administration nationale voit ses attributions transférées aux communautés et aux régions ⁽²⁾, les fonctionnaires qui relevaient d'un corps unique dépendront d'administrations nouvelles. L'enjeu est alors de permettre à ces autorités de fixer librement le statut de leurs agents, et de ceux des organismes publics dont elles assurent le contrôle, sans pour autant que la situation de ces fonctionnaires ne s'en trouve exagérément affectée et qu'il ne se crée de trop grandes divergences entre les différents régimes.

Aussi l'article 87, § 3 et 4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 permet-il aux gouvernements des entités fédérées de fixer le statut administratif et pécuniaire de leurs personnels dans le respect de principes généraux communs «désignés», suivant la lettre de la loi, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Pareille relation hiérarchique soumettant les statuts des entités fédérées au règlement fédéral fait figure d'exception dans le système d'attribution exclusive de compétences qui caractérise le système fédéral belge. A mesure d'une évolution vers une plus grande autonomie de ses composantes et sous la pression des entités fédérées, les principes généraux risquent toutefois de se réduire à portion congrue.

Une autre observation préliminaire tient à ce que les compétences du Conseil d'État de Belgique sont moins étendues que celles de son homologue français. Rendu méfiant par l'arbitraire de l'occupant français, puis hollandais, et de leurs juridictions administratives qui ne se distinguaient pas par leur indépendance, le Constituant de 1830 a inscrit à l'article 144 que les litiges portant sur des droits civils sont réservés exclusivement à la connaissance des juridictions judiciaires, et ce, quelle que soit la qualité - publique ou privée - de la partie défenderesse. Il en résulte encore que les actions en responsabilité dirigées contre les autorités publiques ne peuvent être portées devant le Conseil d'État.

⁽¹⁾ En réalité, les réformes intervenues en 1993 ne constituèrent qu'une étape dans un processus amorcé en 1970 et non encore achevé. Un des principaux enjeux de la campagne électorale en cours - les élections législatives sont fixées le 10 juin 2007 - est l'élargissement des compétences des régions en matière d'emploi et de sécurité sociale.

⁽²⁾ Une des singularités du système fédéral belge tient à ce que deux entités fédérées différentes s'y côtoient : les communautés, chargées de la culture, de l'enseignement et de certains aspects de la politique sanitaire, et les régions, compétentes pour l'économie, l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement.

**ASPECTS RÉCENTS DU CONTENTIEUX
DE LA FONCTION PUBLIQUE
EN BELGIQUE**

Monsieur Jean-François NEURAY

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État de Belgique

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles

Néanmoins, si le législateur a eu pour objectif de renforcer et de développer les garanties au fonctionnaire, c'est en rapport avec la noble mission que celui-ci exerce au service de l'Etat et par conséquent il est tenu d'avoir, en toutes circonstances et en tous temps, une conduite digne et responsable pour d'abord sa propre personne et ensuite pour faire respecter l'autorité de l'Etat.

La procédure disciplinaire déclenchée devrait constituer l'exception à la règle de dignité, de responsabilité, de loyauté et d'impartialité que doit respecter et suivre chaque fonctionnaire.

CONCLUSION

La nouvelle ordonnance de 2006 consacre quatre degrés de sanctions disciplinaires, selon une progressivité dont la première est le rappel à l'ordre et la dernière le licenciement. L'éventail des sanctions fut ainsi enrichi d'un degré.

Les fautes professionnelles et les sanctions correspondantes sont définies avec précision de manière à protéger davantage les fonctionnaires contre d'éventuels abus, tout en leur accordant de nouvelles garanties dans la procédure disciplinaire.

A titre d'exemple, l'article 166 de la nouvelle ordonnance fait de la saisine du conseil de discipline sur rapport motivé de l'autorité investie du pouvoir de nomination, dans un délai de 45 jours, à compter de la constatation de la faute, une obligation, le législateur ayant employé le terme « devoir ».

Passé ce délai, la faute reprochée au fonctionnaire est prescrite et si le législateur est resté muet sur la situation de ce fonctionnaire, c'est qu'elle découle de l'évidence même du fait qu'en l'absence de toute procédure disciplinaire et de toute faute, le fonctionnaire est considéré comme n'ayant jamais commis de faute et sera alors rétabli dans ses droits.

Le décret 85-59 est silencieux sur les délais de saisine de la commission paritaire par l'administration. Il faut en référer à l'article 66 du décret n° 82 302 qui oblige l'administration à saisir la commission paritaire dans les quatre jours qui suivent la décision disciplinaire mais seulement en cas de faute grave pouvant entraîner le licenciement.

L'article 168 est consacré exclusivement à la comparution du fonctionnaire devant la commission administrative paritaire, siégeant en conseil de discipline, à sa notification par lettre recommandée avec accusé de réception au moins quinze jours à l'avance. Le décret 59-85 est resté silencieux aussi bien sur la citation elle-même que sur son mode d'envoi et de réception.

L'article 170 constitue aussi une nouveauté en ce sens que les décisions du conseil de discipline doivent être motivées après le délibéré à huis clos.

Cet article a aussi comblé le vide du décret 85-59 qui n'a évoqué ni motivation pour les décisions prises à la suite de sanctions disciplinaires du 3^{ème} degré ni le caractère obligatoire de cette motivation.

Ces exemples là démontrent combien le législateur dans le nouveau texte donne de grandes garanties au fonctionnaire qui fait l'objet d'une procédure disciplinaire. Les meilleures de ces garanties, sont celle qui résulte de la définition de la faute professionnelle par des concepts précis : et celle qui découle de l'article 184 relatif à l'abandon de poste dont le déclenchement de la procédure ne peut se faire qu'après mise en demeure alors que l'article 136 du décret 85-59 n'en fait pas état.

La jurisprudence du conseil d'Etat est constante en la matière (arrêt du conseil d'état numéro 31449).

”حيث انه و نظرا لان المستأنف لم يطعن في قرار التسريح فهو ما زال قائما فلا يحق أن يطلب بإعادة إدماجه في منصب عمله”.

La deuxième hypothèse concerne le fonctionnaire qui vient solliciter sa réintégration lorsqu'il a fait l'objet d'une suspension et que sa situation n'a pas été réglée dans les deux mois qui ont suivi cette suspension.

La jurisprudence du conseil d'Etat le réintègre par application de l'article 130 du décret 85-59.

La troisième hypothèse est celle où l'administration suspend le fonctionnaire verbalement sans qu'elle prenne aucune décision à son encontre ni administrative ni disciplinaire.

Le conseil d'Etat a, par arrêt rendu en date du 14 mars 2007 sous le numéro 33266 considéré que l'administration a agi ainsi en violation des dispositions du décret 85-59, que la relation de travail qui la lie à son fonctionnaire est toujours constante et que la demande en réintégration est justifiée qu'il y a lieu d'y faire droit. Ce sont là quelques exemples des actions en réintégration qui vont servir pour les débats.

La décision ministérielle « de révocation » est du 19 août 2002 soit trois années et deux mois après la décision de suspension.

Le troisième arrêté du même ministre du 28 septembre 2004 a prononcé la révocation du sieur SM sur la base d'une plainte pénale déposée par l'administration contre son fonctionnaire révoqué et sur proposition du directeur général de cette administration.

Le décret 85-59 n'évoque dans son article 136 la révocation « العزل » que pour abandon de poste et ce n'est pas le cas.

Ces trois arrêtés ministériels démontrent avec quelle légèreté et quelle irrégularité l'administration gère parfois le cursus professionnel de ses fonctionnaires.

b - le recours en plein contentieux

Le recours en plein contentieux utilisé par le fonctionnaire justiciable s'étend à plusieurs situations dont seront évoquées quelques unes.

S'agissant du recours intenté par le fonctionnaire pour le paiement de ses salaires pendant la durée de sa suspension, la jurisprudence du conseil d'Etat est constante dans l'application de l'article 16 aliena 1 du décret 85-59 qui énonce le droit à une rémunération après service fait .

Le deuxième cas consiste pour le fonctionnaire qui a fait l'objet, soit d'une suspension temporaire, soit d'un licenciement, soit d'une révocation, et qui ait été réintégré après l'anéantissement de la mesure administrative qui est la suspension, ou l'annulation de la sanction disciplinaire : de solliciter des réparations civiles pour la mesure prise à son encontre et qui lui a causé un préjudice tant matériel que moral. La jurisprudence du Conseil d'état est constante en cette matière, à admettre que si l'administration n'a commis aucun abus envers le fonctionnaire suspendu ou licencié du fait de la gravité de la faute disciplinaire ou de la faute pénale commise celui-ci n'a pas droit à l'indemnisation.

Cependant si l'administration oppose un refus à la réintégration du fonctionnaire bien que la mesure administrative ou la sanction disciplinaire prise à son encontre ait été levée, elle sera condamnée à verser des répartitions civiles pour abus d'autorité.

La demande en réintégration au poste d'origine constitue aussi un recours en plein contentieux, plusieurs hypothèses se présentent alors dans cette action en réintégration.

Tout d'abord le fonctionnaire à qui l'administration notifie son licenciement et qui semble l'accepter du fait que plusieurs années après il intente une action non pas en annulation de cette décision eu égard à sa tardivité mais en réintégration à son poste d'origine, abandonnant d'une façon détournée le recours en annulation pour le plein contentieux, est débouté du fait qu'il existe un arrêté de licenciement non contesté.

Cette action est soumise pour sa recevabilité en la forme au délai prescrit par l'article 169 bis du code de procédure civile. Pour l'application de ce délai et lorsque la décision disciplinaire contestée n'est pas notifiée à l'intéressé, la jurisprudence du conseil d'Etat adopte le principe de la connaissance acquise soit par la déclaration du fonctionnaire lui-même, quant à la date à laquelle il a appris l'existence de la décision, soit alors par une décision de justice par laquelle le fonctionnaire a eu à faire état de la décision incriminée.

Il existe un contentieux important où l'action en annulation n'est portée devant le juge administratif que de longues années après.

A titre d'exemple, un fonctionnaire est licencié en 1996, il intente le recours en annulation de cette décision en 2006. Si son action est recevable en la forme à défaut de notification ou de preuve de la connaissance acquise, il n'en demeure pas moins que le fait qu'il ait attendu plusieurs années après son licenciement pour solliciter son annulation équivaut à un abandon de poste de sa part sauf s'il prouve qu'un cas de force majeure l'a empêché de le faire avant.

L'administration use parfois d'abus envers ses fonctionnaires, j'ai pris à titre d'exemple trois décisions ministérielles de licenciement rendues par le ministre des finances à des périodes différentes

Le premier arrêté est daté du 21 décembre 1988, le ministre des finances licencie le sieur B.M à compter du 01aout 1988 sans préavis ni indemnités.

Cet arrêté a été pris suivant avis de la commission du personnel qui s'est tenue le 25 septembre 1988 et la décision de suspension intervenue le 07septembre 1988.

Cette suspension est du 07-septembre-1988 alors qu'il ressort de l'arrêté de licenciement que ce fonctionnaire est licencié depuis le 01-aout-1988.

Même si c'est la date de l'arrêté de suspension qui est prise en considération, le licenciement n'est intervenu que trois mois et 14 jours, soit plus de deux mois, après la suspension .

Le deuxième arrêté pris par le même ministre est du 19 Août 2002 et il concerne « la révocation » العزل (du sieur GA, à compter du 06 juillet 1999. Cet arrêté a été pris suivant la décision de suspension datée du 07-juin-1999 et le procès verbal de la commission paritaire du 29 mai 2001.

A travers cet arrêté, on remarque l'emploi à tort du terme « العزل » « révocation » aux lieu et place de licenciement التسريح du fait que la procédure disciplinaire a existé même dans les délais pris en violation flagrante des dispositions de l'article 130 du décret 85-59, en effet la suspension est du 07-juin-1999 la commission paritaire, s'était réunie le 29 mai 2001.

L'avis de la commission du personnel doit être recueilli en cas de mutation du fonctionnaire même si cette mutation est intervenue dans le cadre de l'intérêt du service comme le prévoit l'article 120 du décret 85-59. Le fonctionnaire qui refuse une mutation qui n'a pas recueilli l'avis obligatoire de la commission du personnel ne peut faire l'objet d'une procédure disciplinaire. Le conseil d'Etat a annulé une décision de mutation au motif que l'avis de la commission du personnel faisait défaut qu'il y avait ainsi une violation des dispositions de l'article 120 du décret 85-59

b - les commissions de recours :

Lorsque la décision du conseil de discipline est notifiée au fonctionnaire, celui-ci dispose d'un délai de quinze jours pour intenter un recours devant cette commission.

L'administration peut aussi intenter le même recours qui est en fait facultatif du fait que le fonctionnaire peut saisir directement le juge administratif.

Cette commission de recours est compétente pour connaître, notamment des décisions disciplinaires suivantes, le licenciement, la rétrogradation et le déplacement d'office.

La commission de recours n'a pas de compétence juridictionnelle.

Cependant, l'article 13 du décret 85-59 qui énonce les dispositions relatives au fonctionnement de cette commission de recours n'évoque pas le délai dans lequel celle-ci doit statuer, c'est pourquoi il faut se référer à l'article 25 du décret 84-10 du 14 janvier 1984 organisant le fonctionnement des commissions paritaires qui fixe le délai à 3 mois.

Cette commission de recours peut soit lever la sanction, soit apporter des modifications à la sanction soit alors rejeter la requête.

c – les autres formes de garanties :

L'instruction interministérielle n° 384 du 10 mai 1993 énonce que le fonctionnaire est informé par écrit des griefs retenus à son encontre et de la sanction encourue.

Malheureusement, ceci n'est pas toujours respecté . La direction générale de la fonction publique l'a constaté comme elle a aussi constaté plusieurs anomalies, et par une circulaire numéro 05 du 12 avril 2004 elle les fait ressortir telle, à titre d'exemple : « la procédure disciplinaire qui ne saurait dépasser les deux mois, n'est pas finalisée à cette échéance ».

« Les prescriptions de l'article 64 du décret 82-302 du 11 septembre 1982 qui interdisent d'infliger une sanction disciplinaire au fonctionnaire plus de trois mois après la constatation de la faute commise, ne sont pas toujours respectées ». Ce sont là deux cas seulement sur les huit anomalies relevées par la direction générale de la fonction publique dans cette circulaire.

Le terme "devoir" employé dans cet article fait obligation à l'administration de régler la situation du fonctionnaire dans un délai de deux mois à compter du jour où le décision de suspension est intervenue.

Deux grandes garanties découlent de la lecture de ce texte. La première est que l'administration est tenue de se conformer à l'avis de la commission qui se prononce contre le licenciement, le fonctionnaire est réintégré dans son poste et reçoit l'intégralité de sa rémunération.

Cependant, il existe une contradiction entre cette dernière disposition et l'article 16 alinéas 1 du même décret qui évoque le droit à la rémunération après service fait, le fonctionnaire suspendu ne pouvant accomplir de service.

La jurisprudence du conseil d'Etat octroie au fonctionnaire qui est dans cette situation des réparations civiles au lieu et place de la rémunération pour être en conformité avec les dispositions de l'article 16 sus-cité.

L'arrêt du conseil d'Etat du 20-05-2006 sous le numéro 28420 a confirmé la réintégration du sieur KR après que la commission ait annulé le licenciement et lui a octroyé des réparations civiles.

La seconde garantie résulte du temps imparti à l'administration pour régler la situation du fonctionnaire et qui est de deux mois après sa suspension.

La jurisprudence du conseil d'Etat est constante en cette matière en ce sens que le fonctionnaire suspendu plus de deux mois sans qu'il soit traduit devant le conseil de discipline est réintégré de plein droit. Aussi l'on constate une pratique déviante en la matière par exemple : l'administration prend un arrêté de suspension du sieur X le 9 janvier 2006 le traduit devant le conseil de discipline le 15 février 2006 et décide de son licenciement, par arrêté du 16 février 2006 ; par ces trois documents qui sont l'arrêté de suspension le procès verbal du conseil de discipline et l'arrêté de licenciement conforme à l'avis du conseil. L'on constate que l'administration a suivi la procédure disciplinaire légalement, alors que réellement ce fonctionnaire a été suspendu depuis septembre 2005 .

Le juge administratif ne pourra contrôler cet abus manifeste de l'administration que si le fonctionnaire apporte la preuve de cet état de fait par tout moyen, et dans ce cas d'espèce en produisant sa dernière fiche de paie qui correspond au mois de sa suspension et celle qui suit et qui ne comporte que les indemnités à caractère familial.

Ce sont les mêmes garanties qui sont octroyées au fonctionnaire suspendu lorsque la commission ne s'est pas réunie dans les délais ou que la décision qui fait grief au fonctionnaire ne lui a pas été notifiée dans ces mêmes délais.

CHAPITRE 2 : LES GARANTIES ACCORDÉES AU FONCTIONNAIRE EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE

Le fonctionnaire contre lequel une procédure disciplinaire est déclenchée, dispose de garanties prévues par le décret 85-59. Ces garanties ont été plus développées dans l'ordonnance de 2006. Elles découlent soit de la loi, ce sera la section première, soit alors, elles résultent du contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif sur la procédure engagée par l'administration à l'encontre du fonctionnaire ce qui constituera la seconde section.

Section 1 : les garanties légales

Le fonctionnaire est informé des griefs qui sont retenus contre lui et qui sont susceptibles de poursuites disciplinaires. Il lui est aussi permis de demander son dossier disciplinaire.

L'article 65 du décret 82-302 dispose que « le travailleur a le droit à la communication de son dossier ». Cette disposition est reprise par l'article 129 du décret 85-59.

Le droit à la défense lui est aussi consacré. La motivation de la décision disciplinaire est obligatoire pour les sanctions du 1^{er} et 2^{ème} degré selon le décret 85-59 qui n'a pas évoqué de décision de motivation pour les sanctions du 3^{ème} degré, qui sont des sanctions plus graves. L'article 129 du décret 85-59 résume toutes les garanties données au fonctionnaire avant et pendant sa comparution devant le conseil de discipline.

a - La commission du personnel

Cette commission connaît de toutes les questions d'ordre individuel intéressant les fonctionnaires. Cependant et en matière disciplinaire, cette commission du personnel a deux fonctions – pour les sanctions du deuxième degré le fonctionnaire qui en a fait l'objet, peut, dans le mois qui suit le prononcé de la décision, saisir la commission du personnel (dont la première appellation était commission paritaire) .

Cette commission saisie par le fonctionnaire, doit rendre un avis consultatif. Pour les sanctions du troisième degré, si l'administration n'est pas tenue de motiver sa décision c'est parce qu'elle doit saisir la commission du personnel qui donne un avis conforme qui pèse sur la validité de la décision disciplinaire.

L'article 130 alinéa 3 du décret 85-59 prévoit que « la situation du fonctionnaire suspendu doit être réglée dans un délai de deux mois durant cette période, l'avis conforme de la commission du personnel est requis dans le cas où la commission se prononce contre le licenciement, l'intéressé reçoit l'intégralité de sa rémunération et est rétabli dans ses droits..... ».

Très souvent, le juge administratif constate l'abandon effectif du fonctionnaire en même temps que l'absence de toute réaction de la part de l'administration qui ne réagit à cet abandon que lorsque l'intéressé l'assigne en justice.

Aussi l'article 184 de la nouvelle ordonnance est intervenu en fixant la durée de l'absence à 15 jours au moins et en exigeant de l'autorité investie du pouvoir de nomination d'engager la procédure de révocation pour abandon de poste, après mise en demeure, selon les modalités fixées par voie réglementaire. On remarque l'emploi du singulier, aussi bien en langue nationale qu'en langue française pour la mise en demeure, cela signifie t-il qu'une seule mise en demeure suffit pour engager la procédure de révocation pour abandon de poste, et en quoi consiste cette procédure? la réponse sera apportée par le texte d'application de cette ordonnance ou alors la jurisprudence interviendra pour l'interprétation de cette disposition.

L'administration emploie à tort les termes *التسريح* (licenciement) et *العزل* (révocation), alors que chacun de ces termes représente la conséquence d'une situation donnée.

Par arrêt rendu en date du 19/04/2006 sous le numéro 25848, le conseil d'Etat a considéré que l'administration n'a pris aucune décision concernant l'abandon de poste du sieur SB et a réintégré celui-ci à son poste d'origine .

”حيث أن المستأنف عليها تعتبر المستأنف متخلياً عن منصبه و لكنها لم تنذر بالالتحاق. و أن علاقة العمل لازالت قائمة بين المستأنف و المستأنف عليها و أن هذه الأخيرة ملزمة بإعادة إدماج المستأنف إلى منصب عمله الأصلي”

Par arrêt rendu en date du 13/12/2006 sous le numéro 31402 le conseil d'Etat a constaté que l'université d'Alger n'a pas rompu la relation de travail qui la liait au sieur AH, malgré le fait que celui-ci n'exerçait plus dans l'institution et par conséquent a accordé à celui-ci, le bénéfice de la reconstitution de sa carrière vis-à-vis de la caisse de retraite et le paiement de réparations civiles, du fait que l'université n'a jamais répondu aux doléances de ce professeur qui sollicitait la régularisation de sa situation, l'université ayant déclaré que ce professeur avait abandonné son poste sans pour autant prouver cela.. Ce sont les agissements du fonctionnaire lui-même qui provoquent la procédure disciplinaire qui vient d'être développée d'une manière succincte, pour ne pas dépasser le temps imparti. Avec cette procédure, il y a tout un arsenal de garanties accordées au fonctionnaire.

Ces garanties peuvent découler de la loi ou résulter de l'existence de structures telles que la commission du personnel qui siège en conseil de discipline, la commission de recours est une simple instance de recours en appel des décisions prises par le conseil de discipline, ou de certaines prises de positions de l'administration de la fonction publique.

Le contrôle juridictionnel constitue une garantie dans la mesure où le juge administratif contrôle tout ce qui a été fait par la voie de la procédure disciplinaire, ceci étant la seconde partie de cette communication.

Section 2 : Les effets du déclenchement de cette faute par le fonctionnaire.

Les sanctions susceptibles d'être infligées aux fonctionnaires sont classées, en fonction de la gravité des fautes commises en trois degrés dont on n'évoquera que la sanction du 3^{ème} degré, qui est le licenciement. Celui-ci étant la sanction qui donne lieu à de nombreux litiges juridiques. Cependant avant le prononcé du licenciement le fonctionnaire est suspendu .

a -la suspension :

Elle constitue une mesure administrative prise à l'encontre du fonctionnaire qui commet une faute professionnelle particulièrement grave, ou une faute extra professionnelle. C'est une mesure d'éloignement du service prise par l'autorité investie du pouvoir de nomination à l'encontre d'un fonctionnaire sur lequel pèse une suspicion et qui est en attente de comparution soit devant une commission disciplinaire s'il s'agit de faute professionnelle soit devant une juridiction pénale s'il s'agit de faute extra professionnelle.

b -le licenciement

L'ordonnance de 2006 a intégré le licenciement dans la nouvelle grille du 4ème degré sans faire le distinguo de l'article 124 relatif au licenciement avec préavis et indemnités ou sans l'un ni l'autre.

L'administration usera de ses prérogatives pour octroyer ou non le préavis et les indemnités sauf si le texte réglementaire d'application de cette ordonnance précise la portée de cette disposition.

c -La révocation

La révocation découle d'une situation de fait où il n'existe aucun préalable disciplinaire , la révocation ne figure pas parmi les trois sanctions disciplinaires énoncées par l'article 124 du décret 85-59 ou alors celles du quatrième degré prévues par l'article 163 de l'ordonnance 2006 .

C'est le fonctionnaire qui prend la décision unilatérale de faire cesser la relation de travail par son abandon de poste. L'article 136 du décret 85-59 dispose que : « toute cessation de service, contrevenant aux dispositions des articles 132 à 135 ci-dessus, entraîne la révocation pour abandon de poste... ».

Cependant les imprécisions de cette disposition qui sont relatives à la durée maximum et minimum de cette cessation de service et à la preuve du constat de cet abandon par l'administration permettent à celle-ci de déclarer l'abandon de poste par la simple absence non justifiée et non prolongée parfois du fonctionnaire.

L'article 70 définit les fautes du deuxième degré comme étant les actes commis par le fonctionnaire par imprudence ou par négligence et qui ont causé un préjudice au patrimoine de l'organisme employeur.

L'article 71 de ce décret donne une liste exhaustive des fautes du troisième degré, parmi ces fautes, celle qui consiste, à commettre pendant la durée de la relation de travail un délit ou un crime établi par les services judiciaires compétents.

Il y a dans ce cas là, cumul de la faute pénale avec la faute professionnelle du fait que l'article 71 soit intégré dans le chapitre des fautes professionnelles, ainsi donc la faute pénale commise pendant la durée du travail constitue aussi une faute professionnelle.

Le décret 85-59 évoque dans certaines de ses dispositions les faits qui constituent des fautes graves susceptibles d'entraîner une sanction, du troisième degré. A titre d'exemple l'article 27 alinéa 3 stipule : « l'inexécution d'une décision de mutation ou d'affectation constitue une faute grave susceptible d'entraîner le licenciement ».

Cette disposition laisse aussi le champ libre à l'administration de choisir entre le licenciement avec préavis et paiement des indemnités, ou le licenciement sans l'un ni l'autre.

Les articles 21, 22, 23 et 24 du décret 85-59 énumèrent les situations dont l'inobservation par le fonctionnaire constitue une faute professionnelle sans pour autant que soit déterminé le degré correspondant à cette faute.

C'est l'administration elle-même qui apprécie que tel ou tel manquement aux obligations professionnelles constitue, une faute de premier, second, ou troisième degré en se basant sur les dispositions du décret 82-302.

b -Les fautes extra professionnelles

Les fautes antérieures à l'exercice de la fonction peuvent déclencher une procédure disciplinaire lorsqu'elles ont été délibérément cachées ou lorsqu'elles sont incompatibles avec l'exercice de la fonction. La faute extra professionnelle se traduit généralement par l'accomplissement par le fonctionnaire d'actes répréhensibles pénalement commis en dehors de la sphère de son travail. Ce n'est certes pas une faute professionnelle mais cela constitue pour le fonctionnaire un empêchement à continuer son activité si cet acte est grave.

L'article 131 du décret 85-59 dispose : « lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales ne permettant pas son maintien en fonction, il est immédiatement suspendu. Sa situation n'est définitivement réglée qu'une fois que la décision judiciaire sanctionnant les poursuites pénales soit devenue définitive ».

CHAPITRE 1 : LA PROCÉDURE DISCIPLINAIRE

La procédure disciplinaire , est une procédure qui est déclenchée par le fonctionnaire lui-même (section 1) c'est une procédure formaliste soumise au contrôle du juge à l'effet de protéger le fonctionnaire d'un éventuel abus de l'administration qui dispose d'un éventail de mesures et de sanctions disciplinaires (section 2) qui constituent la conséquence de l'acte commis par le fonctionnaire

Section 1 : Déclenchement de l'action disciplinaire par le fonctionnaire

Le fonctionnaire a des droits mais il est tenu aussi à des obligations professionnelles dont tout manquement ou toute faute commise par lui dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire .

a - Les fautes professionnelles

Le décret 85-59 n'a pas défini les fautes professionnelles et n'a pas prévu une liste exhaustive les concernant, comme ce fut le cas de l'ordonnance de 2006 qui a défini et énuméré les fautes professionnelles de chacun des quatre degrés.

Cette ordonnance de 2006 évoque également des cas qui, commis par le fonctionnaire, constitueraient des fautes professionnelles passibles de sanctions disciplinaires.

L'article 46 de cette ordonnance énonce : «...L'absence de déclaration du fonctionnaire dont le conjoint exerce, à titre professionnel, une activité privée lucrative, constitue une faute professionnelle passible de sanctions disciplinaires ...»

Cette nouvelle ordonnance a défini les fautes professionnelles en les classant par degrés, du premier au quatrième et ce dans le chapitre 3 articles 177 à 182.

Selon cette nouvelle ordonnance , il existe ainsi deux sortes de fautes disciplinaires ,celles constituées par une violation caractérisée des obligations professionnelles et les autres définies dans les articles 177 à 182 .

Dans la législation, en vigueur , qui est le décret 85-59 il n'existe ni définition légale de la faute, ni critère d'appréciation de son degré de gravité , le juge administratif contrôle les cas où il existe une disproportionnalité entre la sanction disciplinaire et les faits répréhensibles commis par le fonctionnaire en se référant , au décret 82-302 par application de l'article 122 du décret : 85-59 qui énonce : « sont applicables aux fonctionnaires les dispositions prévues aux articles 61 à 76 du décret, n° 82-302 du 11 septembre 1982 et relatives aux fautes professionnelles, et à leurs sanctions selon, l'article 69 de ce décret, les fautes du premier degré sont constituées, par les actes par lesquels le fonctionnaire enfreint la discipline générale.

INTRODUCTION :

Ce fut la première ordonnance portant statut général de la fonction publique, n° 66-133 du 02 juin 1966 abrogée, qui a, dans ses articles 1 à 6, défini le fonctionnaire comme étant, « une personne nommée dans un emploi permanent, titularisée dans un grade et qui se trouve dans une position statutaire et réglementaire vis-à-vis de l'administration ». Le décret n° 85-59 du 23 mars 1985 portant statut type des travailleurs des institutions et administrations publiques emploie le terme «travailleur» et prévoit dans son article 5 « le travailleur qui, à l'issue de la période d'essai, est confirmé dans son poste de travail, prend l'appellation de fonctionnaire ».

Ainsi, on peut déduire que le fonctionnaire n'est pas dans une situation contractuelle, il est titulaire. L'article 4 de la nouvelle ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique et non applicable encore, énonce : « est fonctionnaire l'agent qui, nommé dans un emploi public, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie administrative ».

Si cette nouvelle ordonnance a défini le fonctionnaire, elle a aussi accordé un grand intérêt au régime disciplinaire du fonctionnaire en énonçant les règles dans le titre 7 réparti en trois chapitres avec 26 articles alors que le décret 85-59 ne compte que 10 articles, seulement. Un quatrième degré a été créé par la nouvelle ordonnance aussi bien pour la faute professionnelle que pour les sanctions disciplinaires.

Ce fonctionnaire de par ses agissements illégaux ou par la faute professionnelle ou pénale qu'il commet déclenche contre lui la procédure disciplinaire qui sera développée en première partie, dont la section une traitera du déclenchement de cette procédure alors que la section seconde développera les conséquences directes de cette procédure. Cette procédure a prévu aussi des garanties qui protègent les fonctionnaires, ce sera la seconde partie dont la première section sera consacrée aux garanties légales prévues par le décret 85-59 alors que la seconde section traitera des garanties accordées au fonctionnaire par le biais du contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif suite, aux différents recours intentés par le fonctionnaire qui devient justiciable.

Toutes ces garanties ont été plus développées dans la nouvelle ordonnance du 13 juillet 2006, ceci sera développé dans la conclusion de cette communication.

LE RÉGIME DISCIPLINAIRE APPLICABLE AUX FONCTIONNAIRES ALGÉRIENS

Madame SID LAKHDAR Fafa
Conseiller d'Etat

PLAN

INTRODUCTION :

Définition du fonctionnaire
Présentation du plan

CHAPITRE 1 : LA PROCÉDURE DISCIPLINAIRE :

Section 1 : Le déclenchement de cette procédure par le fonctionnaire :

- a- les fautes professionnelles.
- b- Les fautes extra professionnelles.

Section 2 : Les effets du déclenchement de cette procédure :

- a - la mesure administrative : la suspension.
- b - Le licenciement.
- c - La révocation

CHAPITRE 2 : LES GARANTIES ACCORDÉES AU FONCTIONNAIRE EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE :

Section 1 : les garanties légales :

- a - la commission du personnel.
- b - La commission de recours.
- c - Les autres garanties.

Section 2 : les garanties qui découlent du contrôle par le juge administratif :

- a - les recours en annulation.
- b - les recours du plein contentieux.

CONCLUSION :

Les dispositions de la nouvelle ordonnance de 2006 donnent plus de garanties au fonctionnaire .

**LE RÉGIME DISCIPLINAIRE
APPLICABLE AUX FONCTIONNAIRES
ALGÉRIENS**

Madame SID LAKHDAR Fafa
Conseiller d'Etat

Cette procédure aboutira à paralyser l'exécution de la sanction jusqu'à la décision du juge du fond, si le juge du référé admet, d'une part, qu'il y a urgence à prononcer la suspension compte tenu de la gravité de la sanction, de son impact sur les conditions d'existence de l'intéressé et de l'intérêt du service public, d'autre part, qu'il existe un doute sérieux sur la légalité de la sanction. Dans la pratique cependant, le référé-suspension n'est pas «surutilisé» par les personnels publics, sans doute parce que l'existence de l'urgence n'est pas facilement acceptée par les juridictions administratives, mais cela n'est pas propre au contentieux disciplinaire.

La seconde précision, valable pour tous les recours juridictionnels, entend souligner qu'en présence de plusieurs motifs d'une sanction disciplinaire, dont certains sont erronés, le juge administratif se réserve le droit d'apprécier, au vu des motifs non erronés, si la mesure demeure justifiée ou non. C'est l'application dans le domaine disciplinaire d'une jurisprudence dite «dame Perrot», inaugurée par un arrêt du Conseil d'Etat en date du 12 janvier 1968 (AJDA, 1968, p.179, concl. Kahn), qui couvre tous les domaines contentieux.

En revanche, le juge administratif refuse que le pouvoir disciplinaire puisse procéder devant lui à une substitution de motifs qui permettrait de sauver la légalité d'une sanction irrégulière, car le ou les nouveaux motifs n'ayant par hypothèse pas pu être discutés durant la phase administrative de la procédure disciplinaire, cela priverait le fonctionnaire ou l'agent non titulaire d'une garantie substantielle. Pour la même raison, le juge n'accepte pas que l'administration puisse invoquer de nouveaux griefs par rapport à ceux qui fondaient la décision attaquée. Là encore, la protection des droits de la défense apparaît essentielle.

Elle est évidemment compatible avec le droit au procès équitable consacré par l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont la jurisprudence française a dû reconnaître, à l'invitation de la Cour européenne de Strasbourg (arrêt CEDH, 8 décembre 1999, Pellegrin contre France) l'applicabilité à la phase juridictionnelle de la procédure disciplinaire, par opposition à la phase administrative, et seulement pour les personnels publics qui ne participent pas à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux du pays, ce qui exclut notamment les militaires, les magistrats administratifs et judiciaires, les agents consulaires et diplomatiques, mais aussi les comptables publics.

Je terminerai en relevant que le pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration, reconnu par une loi du 8 février 1995 au juge du fond saisi d'une demande en ce sens, facilite grandement l'exécution des jugements ou des arrêts d'annulation des sanctions, en précisant les conséquences que l'administration doit en tirer vis-à-vis des personnels publics, tout particulièrement lorsqu'elle se retrouve face à l'annulation d'une révocation, qui pose de délicats problèmes de réintégration et de reconstitution de carrière.

fonction publique territoriale, qui sont tous des organismes paritaires. De tels recours n'existent pas de plein droit : ils sont toujours soumis à conditions. Par exemple, pour la fonction publique de l'Etat, la saisine n'est possible que dans deux cas, s'analysant chacun en une double condition : lorsque a été prononcée l'une des deux sanctions les plus graves – mise à la retraite d'office ou révocation (4ème groupe)- et si le conseil de discipline n'avait pas proposé cette sanction à la majorité des deux tiers des membres présents, ou bien lorsque a été prononcé un abaissement d'échelon, un déplacement d'office, une rétrogradation ou l'exclusion temporaire des fonctions pour une durée supérieure à huit jours (2ème et 3ème groupe) et si le conseil de discipline avait proposé une sanction moins sévère, ou s'il n'avait émis aucune proposition faute de majorité. Pour toutes les fonctions publiques en définitive, les conditions posées se résument en une distorsion marquée entre la sanction prononcée par l'autorité disciplinaire et celle proposée par le conseil de discipline.

L'introduction du recours ne suspend pas l'exécution de la sanction, mais suspend le délai de recours contentieux contre cette sanction.

Pour la fonction publique de l'Etat, la commission rend un avis qui ne lie pas l'autorité disciplinaire, laquelle est alors le ministre compétent ou son délégué, et un avis qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours contentieux direct. L'avis préconise le rejet de la demande, ou recommande la modification, voire la suppression de la sanction infligée. Si le ministre suit la recommandation de la commission, sa décision se substitue rétroactivement à la sanction initiale.

Par rapport à ce schéma, et dans le sens d'une gradation du pouvoir de décision de l'organe de recours, l'autorité disciplinaire d'une collectivité locale, tenue de restituer, ne peut pas prononcer de sanction plus sévère que celle proposée par le conseil départemental ou interdépartemental. Mais alors, l'administration peut déférer directement au juge de l'excès de pouvoir la sanction moins sévère retenue par ce conseil, sanction qui devient ainsi une décision faisant grief.

La situation est encore plus radicale lorsqu'intervient une commission du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, puisque celle-ci rend une décision qui lie l'autorité disciplinaire et qui peut être contestée directement au contentieux par cette autorité (CE, 19 mai 2004, centre d'accueil médico-éducatif spécialisé, n°252581). Dans ces conditions, le fonctionnaire hospitalier poursuivi bénéficie au maximum du caractère paritaire de l'organisme de recours et du caractère contradictoire de la procédure.

3°) Je ne m'étendrai pas sur les recours administratifs et contentieux de droit commun : recours gracieux et hiérarchique dans le premier cas, recours pour excès de pouvoir et recours en responsabilité dans le second cas. J'apporterai seulement deux précisions.

La première veut rappeler que parallèlement à l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir, la sanction disciplinaire peut faire l'objet d'un référé-suspension.

ces délais ne sont pas prescrits à peine de nullité. Le conseil délibère à huis clos et se prononce sur les sanctions applicables dans un ordre de gravité décroissant, jusqu'à ce qu'une majorité des membres présents se dégage sur l'une d'elles. A défaut de majorité, aucune sanction n'est proposée. Je dis bien «proposée», car le conseil de discipline ne rend jamais qu'un avis, qui ne lie pas l'autorité disciplinaire et ne peut faire l'objet d'aucun recours contentieux direct. Sa légalité ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre la sanction prononcée par l'autorité disciplinaire, mais alors son illégalité, notamment pour méconnaissance de la procédure instituée, entraîne l'illégalité de la sanction elle-même.

3°) Pour certains fonctionnaires cependant, la sanction sera prononcée non par l'autorité administrative, mais par une juridiction disciplinaire, intervenant au lieu et place du conseil de discipline. Cela se rencontre dans les régimes disciplinaires dits «juridictionnalisés», qui ont été institués pour quelques catégories de fonctionnaires dont il importe de préserver l'indépendance. C'est principalement le cas pour les magistrats judiciaires, qui sont soumis au pouvoir disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), et pour les membres de l'enseignement supérieur, qui passent devant une section disciplinaire du conseil de l'université à laquelle ils appartiennent, et peuvent faire appel, comme l'administration, devant le Conseil national des enseignements supérieurs (CNESER).

S'agissant de juridictions, les règles de procédure à suivre devant elles sont particulièrement strictes et les décisions qu'elles rendent, qui sont des jugements, doivent comporter diverses mentions obligatoires, notamment quant à la composition de la juridiction, et une motivation adéquate. En tant que jugements prononcés en dernier ressort pour le CSM et le CNESER, ils ne peuvent faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

C – Hors de ces hypothèses,

1°) la sanction disciplinaire relève de la seule décision de l'autorité compétente. Il s'agit donc d'une décision administrative, qui doit être motivée en fait et en droit aussi bien en application des statuts pour les fonctionnaires, que de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs pour tous les personnels publics. En ce qui concerne les fonctionnaires, les statuts prévoient également que l'autorité disciplinaire peut décider la publication de la sanction et de ses motifs, après avis du conseil de discipline.

En sa qualité de décision administrative, la sanction est susceptible de faire l'objet de tous les recours administratifs et contentieux de droit commun, mais aussi de recours administratifs spécifiques lorsque se trouvent en cause des fonctionnaires.

2°) Ces recours spécifiques consistent en la saisine, selon le fonctionnaire concerné, soit d'une commission du conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, soit d'une commission du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, soit du conseil départemental ou interdépartemental de recours pour la

offrant un réservoir de membres titulaires et suppléants prédésignés. Mais afin d'assurer l'efficacité des conseils de discipline, le nombre de leurs membres est plus restreint que celui des commissions administratives paritaires : entre six et dix en général, et pour garantir l'impartialité desdits membres, est appliquée la règle selon laquelle, d'une part, ne peuvent siéger que des fonctionnaires du même grade ou du grade immédiatement supérieur à celui du fonctionnaire poursuivi, d'autre part, sont exclus les fonctionnaires qui se seraient trouvés impliqués à un titre ou à un autre dans l'affaire en cause.

Pour les fonctionnaires de l'Etat, la présidence du conseil de discipline est confiée au président de la commission administrative paritaire, qui est un représentant de l'administration, alors que pour les fonctionnaires territoriaux, la présidence est attribuée à un membre des juridictions administratives. La différence s'explique par des considérations historiques. Les présidents n'ont pas de voix prépondérante en cas de partage des voix, ce qui peut arriver par suite de l'absence d'un membre d'une parité.

Bien entendu, un quorum est exigé pour que le conseil de discipline puisse valablement siéger, au moins pour la première réunion.

Quant à la procédure devant les conseils de discipline, elle est organisée de manière minutieuse par les textes, en vue de donner plein effet au principe du contradictoire. Le conseil est saisi par un rapport de l'autorité disciplinaire ou de son délégué, contenant l'exposé des griefs et des circonstances qui les ont fait naître. Ce rapport est communiqué au fonctionnaire et sera lu en séance.

La saisine intervient sans limitation de délai par rapport à la constatation des fautes, sauf invitation par les textes à une saisine «sans délai» lorsque le fonctionnaire est suspendu. Le report de l'affaire peut être demandé par le fonctionnaire poursuivi ou par l'autorité disciplinaire. La décision est prise par le conseil à la majorité de ses membres.

Le fonctionnaire est convoqué au moins quinze jours avant la réunion -délai de rigueur- et doit être invité à présenter ses observations écrites ou orales. Il peut se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix et citer des témoins, comme peut le faire l'autorité administrative. La lecture des documents produits et les tours de parole sont également réglementés, notamment dans les conseils de discipline des collectivités locales.

Le conseil peut de lui-même décider de procéder à une enquête pour compléter son information. Il peut aussi décider, lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales parallèles, de suspendre la procédure jusqu'à l'intervention de la décision du tribunal.

Le conseil doit se prononcer dans un délai d'un ou deux mois suivant la date de sa saisine, avec prolongation possible en cas de report demandé ou d'enquête. Mais

en un principe général du droit disciplinaire (CE, 5 juillet 2000, MERMET, R.292), applicable par suite à tous les personnels publics, même sans texte.

L'obligation de communication du dossier à la charge de l'administration ne cède que dans quatre hypothèses : en cas d'abandon de poste par un agent, en cas de méconnaissance de la réglementation du droit de grève issue de la loi du 31 juillet 1963, en temps de guerre ou de circonstances exceptionnelles, enfin, lorsque l'éviction du service résulte d'une condamnation pénale. Comme c'est normal pour la suppression d'une garantie fondamentale accordée aux personnels publics, le juge exerce un contrôle entier sur les circonstances qui la conditionnent.

Hors de ces exceptions, la règle de la communication du dossier impose, en premier lieu, que l'agent soit averti de son droit de l'obtenir, même si c'est ensuite à lui d'en faire la demande, en second lieu, que la communication porte sur le dossier complet, comprenant à la fois les pièces relatives à la situation administrative de l'agent et celles retenues par l'autorité administrative à l'appui des poursuites disciplinaires, en particulier les griefs, même s'il est censé les connaître, en troisième lieu, qu'un délai suffisant soit laissé à l'agent pour prendre connaissance de son dossier, en quatrième lieu, que l'intéressé puisse se faire assister d'un défenseur de son choix lors de la consultation de ce dossier. Il s'agit là de formalités substantielles, qui entraîneraient l'annulation de la sanction disciplinaire si elles étaient méconnues. Mais c'est à l'agent de soulever le moyen tiré de cette méconnaissance, lequel n'est pas d'ordre public.

Toutes ces formalités ne visent qu'un seul but : permettre à l'agent de présenter ses observations à l'autorité disciplinaire en pleine connaissance de cause. De telles observations prendront au moins la forme écrite et, si des textes particuliers le prévoient, une forme orale au cours d'un entretien.

Pour les agents non titulaires, la procédure disciplinaire contradictoire s'arrête là, avant le prononcé de la sanction par l'autorité administrative.

2°) Pour la grande majorité des fonctionnaires, lorsqu'ils ont commis une faute punissable d'une sanction plus grave que celles du premier groupe, la procédure comporte une autre phase essentielle, correspondant à l'intervention d'un conseil de discipline. Les statuts généraux et des décrets spécifiques détaillent avec précision la composition des conseils de discipline, la procédure à suivre devant eux et le régime des avis qu'ils rendent.

En ce qui concerne la composition, la caractéristique commune aux trois fonctions publiques est de prendre appui sur des organismes préexistants : les commissions administratives paritaires, chargées de donner leur avis sur les principaux événements de la carrière des fonctionnaires : affectations, mutations, notations, promotions, etc... L'avantage du système consiste à permettre de disposer en permanence d'une structure fonctionnant par nature de manière paritaire, ce qui constitue une garantie fondamentale pour les fonctionnaires, en

A - La procédure disciplinaire doit être engagée

1°) par l'autorité compétente, qui n'est autre, en principe, que l'autorité investie du pouvoir de nomination. Il existe cependant des solutions particulières, par exemple pour les fonctionnaires détachés à l'égard desquels le pouvoir disciplinaire est exercé concurremment par l'autorité hiérarchique de l'administration d'affectation et par celle de l'administration d'origine. Mais surtout, le pouvoir disciplinaire peut être délégué indépendamment du pouvoir de nomination.

A cet égard cependant, les possibilités apparaissent plus restreintes dans les textes intéressant les collectivités locales que dans ceux concernant l'Etat. Le rôle du juge est alors de vérifier la régularité de ces délégations, suivant une démarche qui n'est nullement spécifique au domaine disciplinaire.

2°) Le déclenchement de la procédure disciplinaire relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente, qui n'est tenue par aucun délai à cette fin. Elle peut même renoncer à poursuivre, sauf erreur manifeste d'appréciation des circonstances, ou détournement de pouvoir. Afin d'éviter des abus trop criants, le médiateur de la République a été habilité à se substituer à l'autorité disciplinaire défaillante pour engager une procédure à sa place (article 10 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973). Mais fort heureusement, l'hypothèse s'est révélée rarissime dans la pratique. En tout état de cause l'action disciplinaire est imprescriptible en France (CE, 14 juin 1991, ALIQUOT, n° 86294), ce qui signifie que l'administration peut la reprendre à tout moment. Tel n'est pas le cas en Algérie pour les fautes des troisième et quatrième degrés, dès lors que l'article 166 de l'ordonnance du 15 juillet 2006 prévoit la prescription de la faute disciplinaire à l'expiration d'un délai de quarante cinq jours suivant sa constatation, si le conseil de discipline n'a pas été saisi dans ce délai.

B – Le déroulement de la procédure disciplinaire constitue la phase la plus complexe de l'opération, car c'est à cette occasion que doivent être mises en œuvre les garanties dont l'histoire a permis aux personnels publics de bénéficier. Ces garanties découlent toutes des « principes généraux de la procédure disciplinaire » que sont les principes complémentaires du contradictoire et du respect des droits de la défense. Toutefois, l'importance de ces garanties varie selon que l'on se trouve en présence d'agents non titulaires, de fonctionnaires de droit commun et de fonctionnaires disposant d'une protection spéciale.

1°) Pour les agents non titulaires, et sauf texte spécial plus favorable, les garanties minimales s'analysent dans le droit d'être informés des griefs retenus à leur encontre, le droit de présenter des observations et celui d'être assistés par un défenseur.

Le droit d'être informé des griefs se concrétise dans la règle de la communication du dossier individuel de l'agent (article 44 du décret du 17 janvier 1986 relatif aux agents non titulaires de l'Etat ; article 37 du décret du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale). En réalité, il s'agit de l'extension aux non-titulaires d'un droit reconnu aux fonctionnaires par la loi du 22 avril 1905, dont la substance est reprise dans tous les statuts et qui s'est transformée

qui va permettre une aggravation de cette sanction. Mais nous ne sommes pas loin, ici, de l'idée de récidive, qui emporte normalement le même effet.

D'un autre côté, la Cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt ROSCIAN du 13 février 2007, n° 03MA00746, a précisé que les sanctions non cumulables sont uniquement celles prévues par les lois et règlements applicables, à l'exclusion des sanctions déguisées ou empruntées à d'autres régimes, dont l'illégalité doit alors faire l'objet d'une contestation spécifique, mais ne peut se réclamer du principe de non-cumul des sanctions.

3°) De la sanction disciplinaire proprement dite, il faut bien distinguer la mesure de suspension de fonctions qui peut être prise à l'encontre d'un fonctionnaire, ou d'un agent public non titulaire, faisant l'objet d'une procédure disciplinaire et/ou d'une procédure pénale. Ne constituant pas une sanction disciplinaire, la suspension peut être décidée même sans texte et elle échappe naturellement à l'application du principe de non-cumul des sanctions. Par ailleurs, les intéressés ne bénéficient pas des garanties offertes par ces procédures avant la prise de la décision : communication du dossier, intervention d'un conseil de discipline, ou dans la décision elle-même, puisque celle-ci n'a pas à être motivée.

Bien que liée à la perspective d'une sanction disciplinaire, la suspension en demeure indépendante sur le plan juridictionnel, en ce sens que si elle est contestée, elle doit faire l'objet de conclusions distinctes de celles dirigées contre la sanction, que les délais propres à la contestation de la suspension doivent être respectés et que son illégalité n'a pas d'incidence sur la légalité de la sanction disciplinaire.

Le juge saisi exerce un contrôle entier sur les conditions de mise en œuvre de la suspension : commission d'une faute grave, de nature disciplinaire ou pénale, et sur ses conditions d'application : durée limitée à quatre mois en principe, sauf existence de poursuites pénales qui peut justifier le maintien de la mesure pendant toute la durée de celles-ci, et maintien du traitement intégral dans la limite de quatre mois, ainsi que des prestations familiales obligatoires, sauf pour les agents non titulaires auxquels s'applique avec rigueur la règle du service non fait entraînant privation de traitement.

4°) Pour en terminer avec la sanction disciplinaire, je rappellerai brièvement que des fautes disciplinaires amnistiées ne peuvent légalement justifier l'application d'une sanction et que les dispositions législatives relatives à l'amnistie, notamment quant à son champ d'application, qui n'est jamais illimité, sont d'ordre public.

II – Venons-en maintenant au contrôle de la procédure disciplinaire par le juge administratif. Ce contrôle s'exerce sur les trois étapes de l'opération : son engagement, son déroulement et la décision finale avec les voies de recours ouvertes contre elle.

exclues en fait toutes les sanctions liées à l'existence d'une carrière, dont ne bénéficient précisément pas, en règle générale, les agents non titulaires. Je signale cependant une exception au principe de légalité des sanctions disciplinaires applicables à ces derniers. Elle concerne les agents contractuels, pour lesquels la jurisprudence admet que l'autorité administrative peut toujours, c'est-à-dire même sans texte réglementaire ou en l'absence de disposition particulière du contrat, mettre fin à celui-ci en cas de faute grave.

Vis-à-vis des sanctions prononcées par l'administration, le juge français doit d'abord vérifier qu'elles sont bien prévues par un texte applicable aux intéressés, ce qui n'est généralement pas très difficile, et tenter de débusquer les sanctions déguisées, ce qui peut se révéler plus délicat, mais entraînera toujours l'annulation de la mesure pour non-respect de la procédure disciplinaire.

Ensuite, et depuis un revirement de jurisprudence intervenu en 1978 (CE, 9 juin 1978, LEBON – R.245), il appartient au juge d'exercer un contrôle de proportionnalité entre la faute retenue et la sanction prononcée. Mais l'administration continuant de disposer d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix de la sanction, il ne peut s'agir que d'un contrôle restreint, c'est-à-dire limité à la recherche d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dans l'adéquation de la sanction à la faute constatée, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Le progrès dans l'évolution des garanties offertes aux personnels publics est incontestable, mais la prépondérance du devoir d'obéissance hiérarchique demeure consacrée.

C'est sans doute à un souci de conciliation du même type, ainsi qu'à une amélioration de la transparence du régime disciplinaire, que correspond la relation établie par l'ordonnance algérienne entre degrés de fautes et degrés de sanctions, précédemment rencontrée.

2°) Le second principe, dit de non cumul des sanctions ou «non bis in idem» selon le droit romain, exclut que les mêmes faits puissent être sanctionnés disciplinairement deux ou plusieurs fois.

En revanche, ce principe n'interdit pas la répression pénale des mêmes faits, comme nous l'avons déjà souligné. Tout au plus peut-on noter que s'élève parfois, ici ou là, une voix pour dénoncer un système de double peine, notamment lorsque la sanction pénale entraîne, par privation des droits civiques ou interdiction d'exercer une fonction publique, l'obligation pour l'administration de se séparer de son agent. Mais la jurisprudence affirme que dans cette hypothèse, la révocation ou le licenciement ne constitue pas une mesure disciplinaire. (CE, 23/12/1994, MALBEC, n° 143062).

En tout état de cause la jurisprudence -toujours elle- invite à une application nuancée du principe de non cumul des sanctions disciplinaires. C'est ainsi qu'elle admet que l'autorité administrative peut tenir compte de faits ayant motivé une sanction disciplinaire antérieure pour choisir celle applicable à des faits nouveaux, ce

le premier sur le comportement pénal de l'intéressé ne lie pas le second dans sa démarche de qualification de la faute disciplinaire. La raison en est que les critères de la faute pénale et de la faute disciplinaire, comme les buts des deux types de répression, ne sont pas identiques, même s'ils peuvent se recouper. Dans le prolongement de cette idée, les décisions de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement au pénal, ne lient pas davantage l'autorité disciplinaire ou le juge administratif.

Et au final, ce dernier exerce un contrôle entier sur la qualification de faute disciplinaire donnée par l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, c'est-à-dire un contrôle de la légalité interne qui porte non seulement sur l'erreur de droit et le détournement de pouvoir, mais également sur les motifs retenus par l'administration, pour vérifier s'ils correspondent bien à la notion de faute disciplinaire telle que nous venons de l'évoquer.

B – En ce qui concerne la sanction, le juge administratif se trouve confronté aux deux principes traditionnels, devenus principes généraux du droit, selon lesquels, comme en matière pénale, d'une part il n'existe pas de sanction sans texte, d'autre part on ne peut pas sanctionner deux fois la même faute.

1°) Le premier principe, dit de légalité des sanctions disciplinaires, conduit à l'élaboration de listes de sanctions, qui figurent notamment dans les statuts généraux des trois fonctions publiques et dans les décrets applicables aux non-titulaires.

Pour les fonctionnaires, les sanctions sont classées en quatre groupes, chacun comportant au moins deux sanctions, dans un ordre croissant allant des plus légères : avertissement et blâme, aux plus radicales : mise à la retraite d'office et révocation, en passant par des réductions de perspectives d'avancement, d'échelon ou de grade, et des exclusions temporaires sans traitement, ces dernières pouvant cependant faire l'objet de mesures de sursis partiel ou total. Toutes ces sanctions sont largement communes aux trois fonctions publiques, sauf le déplacement d'office qui n'existe pas dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière, où les fonctionnaires et les agents publics ne sont rattachés qu'à une seule collectivité ou établissement.

J'ai remarqué aussi que l'ordonnance algérienne, qui applique la même méthode en substituant l'appellation «degrés» à celle de «groupes», n'a pas prévu de mise à la retraite d'office. De manière complémentaire, je précise que la révocation avec suppression des droits à pension n'existe plus en France, cette suppression des droits ayant été regardée comme socialement dangereuse et juridiquement incompatible avec l'article 1er du pacte additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au droit de propriété et à ses dérivés.

Pour les agents non titulaires de l'Etat et des collectivités locales, la liste est plus réduite puisqu'elle comporte seulement l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire sans traitement pour une durée maximum d'un mois et le licenciement sans préavis ni indemnité spécifique. Par rapport aux fonctionnaires, se trouvent

Ces dernières m'amènent à rappeler que les obligations professionnelles s'attachent non seulement au comportement des personnels publics «dans l'exercice de leurs fonctions», mais également «à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions», ce que précisent aussi bien la législation française que la législation algérienne. En France, cela s'étend aux comportements privés lorsqu'ils sont de nature à jeter le discrédit sur les fonctions exercées, ou qu'ils portent gravement atteinte à l'honneur ou à la dignité de l'intéressé.

Une dernière remarque sur le contenu des obligations professionnelles me paraît intéressante. Elle concerne la prolifération contemporaine des «codes de déontologie» applicables aux personnels publics, dont se dotent de nombreux pays en Europe, y compris la France, et parfois hors d'Europe. Les Nations Unies elles-mêmes ont encouragé l'élaboration de mesures de cette nature dans la convention dite de Mérida (Mexique), adoptée par l'assemblée générale le 31 octobre 2003. Mais c'est avant tout dans le but de lutter contre la corruption. En France, des services régaliens tels que les militaires, la police nationale, les magistrats judiciaires, les services fiscaux, le corps préfectoral, mais aussi des services techniques tels que l'équipement, l'enseignement du second degré et la Poste, disposent désormais de références déontologiques. Les membres des juridictions administratives y seront bientôt soumis.

Certes, la déontologie déborde sensiblement des obligations professionnelles dont la transgression caractérise la faute disciplinaire. Mais elle les comprend nécessairement et a pour effet de les compléter en formalisant des exigences de bonne conduite dont la méconnaissance, au moins répétée, risque fort d'avoir une influence sur l'appréciation de la valeur des personnels publics par leurs supérieurs hiérarchiques, voire de déboucher sur des actions disciplinaires. Si donc les codes de déontologie n'ont pas pour objet essentiel, ni même principal, de participer à la définition de la faute disciplinaire, ils y contribuent «en creux», et c'est ce que je voulais relever ici ⁽²⁾.

3°) Le contrôle exercé par le juge administratif sur la notion de faute disciplinaire s'appuie sur les trois considérations suivantes :

La faute justifiant une sanction disciplinaire doit être une faute prouvée, reposant sur des faits établis, et non une faute simplement présumée ou alléguée. Il appartient au juge de vérifier l'existence matérielle des faits.

En cas de faute disciplinaire constitutive d'une faute pénale également poursuivie, les deux procédures étant indépendantes et donc parfaitement cumulables, seuls les faits constatés par le juge pénal, dans un jugement ou un arrêt définitif, s'imposent au juge administratif. En revanche, les appréciations portées par

⁽²⁾ : L'importance et l'actualité de la question de la déontologie sont attestées par la publication à Paris en 2006, aux éditions Dalloz, d'un ouvrage de M. Christian VIGOUROUX, conseiller d'Etat, intitulé «Déontologie des fonctions publiques, 786p ».

couvrir un comportement volontaire ou involontaire, et surtout la référence aux «obligations professionnelles», qui me paraît fondamentale. Car c'est cela -et rien d'autre- qui caractérise la faute disciplinaire, intrinsèquement et par rapport aux autres fautes concevables pour des personnels publics, savoir la faute civile ou la faute pénale principalement.

Sans doute la mention «dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions» recoupe-t-elle en partie la même idée. Mais elle est beaucoup plus large, et donc moins précise, puisqu'elle n'exclut pas par principe les fautes non professionnelles, sauf la faute pénale d'après le statut général, et qu'elle rappelle qu'un comportement en dehors de l'exercice des fonctions peut constituer une faute disciplinaire (j'y reviendrai).

L'ordonnance algérienne du 15 juillet 2006 n'encourt pas le même reproche, dès lors que son article 160 vise expressément «Tout manquement aux obligations professionnelles, toute atteinte à la discipline, toute faute ou irrégularité commise par un fonctionnaire». Cette définition de la faute disciplinaire joue sans doute sur plusieurs tableaux, mais elle présente l'avantage de ne rien omettre d'essentiel. Le seul point sur lequel je m'interroge concerne l'insistance avec laquelle est employé le mot «tout». Cela signifie-t-il que le moindre manquement, la moindre irrégularité constitue une faute disciplinaire ? La prise en considération des circonstances n'est-elle jamais susceptible d'aboutir à une déqualification de la faute ? Faut-il attendre le stade de la sanction pour moduler celle-ci sur la gravité de la faute, comme le suggère l'article 161 de l'ordonnance ? Ce sont des questions auxquelles vous seuls, juges algériens, pouvez répondre.

Toujours sur le plan de la notion de faute disciplinaire, l'ordonnance algérienne présente une originalité encore plus marquée par rapport à la pratique française. Elle complète en effet la définition générique donnée à l'article 160, par l'identification de fautes plus précises, rangées en quatre degrés suivant un ordre de gravité croissant (articles 178 à 181), de manière que s'applique à chacun d'eux le degré correspondant des sanctions énumérées à l'article 163, ainsi que le précise l'article 183. Cela signifie que l'ordonnance algérienne opère, en matière disciplinaire, une transposition du principe pénal de légalité des délits et des peines nettement plus complète que les textes français, qui s'en tiennent pour l'essentiel au principe de légalité des sanctions, comme nous le verrons ultérieurement. Cela dit, il est clair que l'énumération retenue ne couvre pas toutes les fautes possibles, et que tant les statuts particuliers que la jurisprudence devront combler les vides de la liste.

2°) S'agissant, en France, du contenu des obligations professionnelles dont la méconnaissance caractérise la faute disciplinaire, je vous ferai grâce d'une recherche de liste exhaustive et vous rappellerai simplement que les principales sont : l'obligation de consacrer la totalité de son temps de travail à ses fonctions, du moins pour les fonctionnaires titulaires, même à temps partiel, et pour les agents non titulaires à temps complet, l'obligation d'obéissance hiérarchique, et les obligations de discrétion professionnelle et de réserve.

Ce sont ces principes et règles qui constitueront l'essentiel de mon propos, étant précisé que je ne manquerai pas de signaler les différences lorsqu'elles sont significatives, notamment entre fonctionnaires et agents non titulaires, et que je me suis risqué de temps à autre à faire quelques références au régime disciplinaire issu de l'ordonnance algérienne du 15 juillet 2006, portant statut de la fonction publique de ce pays, aimablement communiquée par monsieur le conseiller d'Etat ZITOUNI.

L'idée générale à la base des développements qui vont suivre peut se résumer ainsi : le régime disciplinaire français actuel est le produit d'une évolution longue, puisqu'elle a commencé au début du XX^{ème} siècle : cette évolution est partie d'une situation de dépendance hiérarchique très forte des personnels publics, pour aller dans le sens d'un accroissement continu -hors des périodes de guerre- des garanties disciplinaires accordées aux personnels, mais sans rompre le lien hiérarchique, qui demeure une constante de la fonction publique comme du travail en entreprise privée : parallèlement, tantôt en créant le mouvement, tantôt en le suivant, la jurisprudence administrative a renforcé le contrôle du juge sur les différents aspects du régime disciplinaire.

Une synthèse du régime disciplinaire applicable aux personnels publics français suppose que l'on envisage successivement et classiquement les règles de fond de ce régime, puis les règles propres à la procédure, dans la perspective contentieuse qui constitue l'axe des travaux de ce séminaire.

I – Les règles de fond sont celles qui caractérisent, d'une part, la faute disciplinaire, d'autre part, la sanction disciplinaire.

A – En ce qui concerne la faute disciplinaire,

1°) On a coutume de dire qu'elle ne bénéficie d'aucune définition légale, dans un texte législatif ou réglementaire. En réalité ce n'est plus tout à fait vrai. D'abord parce que certains statuts particuliers, par exemple celui des magistrats judiciaires, contiennent de telles définitions, ou plus exactement des identifications de fautes. Mais les dispositions de cette nature sont à la fois rares et partielles. Ensuite et surtout, parce que le statut général de 1983 contient un article 29 ainsi rédigé : «Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale». C'est assez largement ce sur quoi l'on s'est toujours accordé, notamment en jurisprudence, pour qualifier la faute disciplinaire.

Une ambiguïté affecte cependant cette rédaction. Elle tient à l'emploi du mot «faute» lui-même, qui suppose le problème résolu. Or dans l'expression «faute disciplinaire», il importe de définir successivement chacun de ses termes, puis l'expression tout entière. Et dans cette perspective, il eût été à mon avis plus judicieux de remplacer le terme de faute par l'expression «manquement du fonctionnaire (ou de l'agent public) à ses obligations professionnelles». On trouve en effet dans cette formule à la fois le terme «manquement», qui est assez général pour

LE REGIME DISCIPLINAIRE APPLICABLE AUX FONCTIONNAIRES FRANÇAIS

Monsieur Daniel GANDREAU

Président de chambre

Cour administrative d'appel de Marseille

INTRODUCTION

Quand on parle de «fonction publique» sans autre précision, on vise non seulement les «fonctionnaires» au sens strict, c'est à dire les titulaires d'un emploi public permanent relevant d'un corps ou d'un cadre d'emploi, mais également les «agents publics non titulaires», c'est-à-dire les personnes qui, certes occupent un emploi public, mais un emploi qui n'est en principe pas permanent, et dont elles ne sont pas titulaires. C'est à l'ensemble de ces personnels publics que s'applique le régime disciplinaire mis à la disposition des autorités publiques, sous le contrôle du juge administratif.

Cependant, il serait bien étonnant que ce régime disciplinaire soit unique quand on sait que les fonctionnaires sont rattachés à trois fonctions publiques : la fonction publique d'Etat, la fonction publique territoriale ou locale, la fonction publique hospitalière, dotées chacune d'un statut général complété par de nombreux statuts particuliers, et que les agents non titulaires relèvent de catégories aussi diverses que les auxiliaires, les vacataires, les stagiaires avant leur titularisation, les membres des cabinets ministériels ou des autorités locales, les ouvriers d'Etat, etc... A quoi s'ajoute la circonstance que certains agents non-titulaires sont recrutés par acte unilatéral, d'autres par voie contractuelle.

De fait, tous les personnels publics ne sont pas soumis aux mêmes règles disciplinaires. Mais par la volonté convergente du législateur et du pouvoir réglementaire, qui se sont eux-mêmes souvent inspirés de la jurisprudence administrative établie, il existe des principes et des règles disciplinaires communs à bon nombre de fonctionnaires et/ou d'agents publics, et parfois à tous ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - *Les textes pertinents en la matière sont :*

- la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (civils) : art. 19, 29, 30,
- la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat : chap VIII, art. 66 et 67, et le décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat,
- la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : chap VIII, art 89 à 91, et le décret n° 89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux,
- la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière : chap VII, art 81 à 84, et le décret n° 89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière,
- le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions applicables aux agents non titulaires de l'Etat : titre X, art. 43 et 44,
- le décret n° 88-145 du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale : titre IX, art. 36 et 37.

LE REGIME DISCIPLINAIRE APPLICABLE AUX FONCTIONNAIRES FRANÇAIS

Monsieur Daniel GANDREAU
Président de chambre
Cour administrative d'appel de Marseille

degré et la rétrogradation dans le grade immédiatement inférieur et le licenciement pour la sanction de 4^{ème} degré.

Les comités techniques sont chargés de donner leurs avis sur des questions relatives aux conditions générales de travail ainsi qu'à l'hygiène et la sécurité au sein des institutions et administrations publiques concernées.

L'institution des commissions paritaires qui est destinée, entre autres; à protéger les fonctionnaires contre d'éventuelles atteintes à leurs droits n'est cependant pas exclusive d'autres formes de recours auprès des juridictions compétentes appelées à l'occasion à contrôler les actes de gestion des personnels.

L'ensemble des voies dont disposent les fonctionnaires pour obtenir devant le juge administratif le respect de leur statut et de leurs droits forme le contentieux de la fonction publique.

Tels sont, brièvement, les principaux axes du nouveau système de fonction publique prévu par l'ordonnance n°06-03 du 15 juillet 2006.

- de définir les grands axes de la politique gouvernementale en matière de fonction publique ;
- de déterminer la politique de formation et de perfectionnement des fonctionnaires ;
- d'examiner la situation de l'emploi dans la fonction publique aux plans qualitatif et quantitatif ;
- de veiller au respect des règles de l'éthique au sein de la fonction publique ;
- de promouvoir la culture du service public.

En tant qu'organe de consultation, le conseil donne des avis sur tous les projets de textes législatifs en rapport avec le secteur de la fonction publique. Son avis ne s'impose pas au gouvernement.

Le conseil supérieur de la fonction publique sanctionne ses travaux et ses activités par un rapport qu'il adresse au Président de République.

Sa composition traduit le souci à la fois d'ouverture de l'administration sur son environnement interne et externe et de profiter du maximum d'expertise et d'expérience de ses différents partenaires dans l'exercice de ses attributions : sa composition traduit cette diversité puisqu'il comprend des représentants de l'administration, des représentants des organisations syndicales des travailleurs salariés les plus représentatives au plan national, et des personnalités choisies pour leur compétence dans le domaine de la fonction publique.

Les organes collégiaux : La participation des fonctionnaires à la gestion de leur carrière et la détermination de leurs conditions de travail s'exerce au sein de trois catégories d'organes collégiaux institués par le statut général de la fonction publique. Il s'agit des commissions administratives paritaires, des commissions de recours et des comités techniques.

Les commissions administratives paritaires sont consultées sur toutes les questions d'ordre individuel qui intéressent la carrière des fonctionnaires. Dans certaines situations, elles se transforment en jury de titularisation ou en conseil de discipline. Elles protègent le fonctionnaire contre d'éventuels abus ou décisions non conformes à la réglementation. Elles sont composées d'un nombre égal des représentants de l'administration et des représentants élus des fonctionnaires par grades ou ensemble de grades, corps ou ensemble de corps de niveau de qualification équivalent.

Les commissions de recours qui sont instituées auprès des administrations et institutions ainsi que des responsables habilités constituent des instances chargées d'assurer la protection du fonctionnaire contre notamment les décisions prononcées par les commissions paritaires érigées en conseil de discipline et qui risquent de compromettre sa carrière professionnelle. Elles sont compétentes pour examiner les décisions disciplinaires de 3^{ème} et 4^{ème} degré telles que la mise à pied de 4 à 8 jours, l'abaissement d'un ou deux échelons, le déplacement d'office pour la sanction du 3^{ème}

L'article 44 du statut général va plus loin dans ce régime dérogatoire. Il dispose que « ... Les fonctionnaires appartenant aux corps des enseignants de l'enseignement supérieur, des chercheurs, ainsi qu'au corps des praticiens médicaux spécialistes peuvent exercer une activité lucrative, à titre privé, en rapport avec leurs spécialités.

Les cas d'incompatibilité et d'interdiction trouvent leur source« dans le souci de préserver l'indépendance et l'impartialité du fonctionnaire » elles « concernent les situations où le fonctionnaire n'est plus en mesure d'assumer en toute indépendance, les obligations légales qui lui incombent ».

Les autres obligations portent sur le respect de l'autorité, le secret professionnel, la protection des documents, la préservation du patrimoine de l'administration et l'abstention d'utiliser les moyens de l'administration à des fins personnelles ou étrangères au service.

Les obligations d'Etat et celles relevant des règles de « la morale professionnelle » concernent l'obligation d'agir avec correction, déférence, courtoisie et diligence, l'obligation d'avoir une conduite digne et respectable, l'interdiction de solliciter des avantages en contrepartie d'une prestation effectuée dans le cadre des fonctions, l'obligation de loyauté et d'impartialité. L'obligation de réserve réalise le compromis entre la liberté d'opinion complète et la liberté d'expression réduite du fonctionnaire.

5 - La consultation et la participation dans la fonction publique :

La situation statutaire et réglementaire qui caractérise la relation du fonctionnaire avec l'administration nécessite la recherche d'un équilibre entre les intérêts de l'administration c'est-à-dire le service public et les intérêts individuels et collectifs des fonctionnaires.

Cette situation de compromis résultant du statut lui-même se prolonge sur l'environnement interne et externe du fonctionnaire. Pour prendre en charge ces préoccupations, le statut général a prévu la création d'un organe de concertation, de consultation et de proposition dénommé le conseil supérieur de la fonction publique et des organes collégiaux de concertation et de participation des fonctionnaires à la gestion de leur carrière et à la défense de leurs droits.

Le conseil supérieur de la fonction publique est un organe de concertation à caractère consultatif dont la mission essentielle consiste à assister le gouvernement dans la définition de la politique de la fonction publique. Deux types de missions sont assignés au conseil selon qu'il agit en tant qu'organe de concertation et de proposition ou en tant qu'organe de consultation.

En tant qu'organe de concertation et de proposition, le conseil doit assister le gouvernement dans la définition d'une politique en matière de fonction publique. A ce titre il est chargé :

- Les garanties et droits du fonctionnaire :

Les droits reconnus au fonctionnaire résultent de sa triple qualité de citoyen, salarié, et serviteur de la collectivité. En réalité ses droits trouvent leur origine à la fois dans la constitution et dans des textes législatifs.

Sur le plan du principe, le fonctionnaire bénéficie en tant que citoyen des libertés publiques eu égard à sa qualité de citoyen. Mais leur exercice se trouve adapté à sa situation du fait de la mission d'intérêt général qui lui incombe.

Parmi ces libertés on peut citer la liberté d'opinion (art 26) l'adhésion à une organisation syndicale ou à une association (art 28), l'appartenance ou la non appartenance à un parti politique (art 28), l'exercice d'un mandat électif politique ou syndical (art 29).

En tant que salarié et serviteur de la collectivité, le fonctionnaire bénéficie d'un certain nombre de garanties et de droits tels que le droit à la rémunération après service fait (art 32), la protection contre les menaces, outrages, injures, diffamations ou attaques à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (art 30), la protection sociale et la retraite (art 33), le bénéfice des oeuvres sociales (art 34), l'exercice du droit syndical (art 35), la formation, le perfectionnement et la promotion durant sa carrière (art 38), les congés.

- les obligations du fonctionnaire :

Les obligations du fonctionnaire trouvent leur fondement « dans les principes d'égalité des citoyens devant la loi, d'impartialité du service public et de transparence des actes de l'administration ». Elles résultent de sa position dans l'organisation et la hiérarchie administrative. Les obligations du fonctionnaire peuvent être classées en deux catégories : la première catégorie comporte les obligations de service et la seconde porte sur les obligations d'Etat et celles relevant des règles de « la morale professionnelle ».

- Les obligations de service : Elles sont liées à l'exercice des fonctions ou tâches qui sont confiées aux fonctionnaires. Le fonctionnaire doit assurer le service de façon continue. L'obligation de servir implique l'obligation d'exécuter les tâches et l'obligation d'obéissance hiérarchique. L'obligation d'exercice de la fonction a pour corollaire l'interdiction du cumul d'emplois. En plus du cumul d'emplois publics qui est prohibé, il est fait interdiction au fonctionnaire d'exercer une activité privée ou d'avoir des intérêts de manière à compromettre son indépendance ou entraver l'exercice de ses missions etc....

Cette interdiction n'est pas absolue puisque le cumul est autorisé dans un cadre qui reste à réglementer lorsqu'il s'agit d'exercer « des tâche de formation, d'enseignement ou de recherche à titre d'occupation accessoire » ou lorsqu'il s'agit « de produire des oeuvres scientifiques, littéraires ou artistiques » (art 43).

Comme on peut le constater la grille des salaires de la fonction publique est structurée de manière à permettre la progression des rémunérations des fonctionnaires en conformité avec l'organisation harmonieuse de leur carrière professionnelle.

Selon l'article 119 du statut général, la rémunération à laquelle le fonctionnaire a droit après service fait se compose de deux éléments ; le traitement et les primes et indemnités. Or la relation entre ces deux éléments se caractérise actuellement par un certain déséquilibre au profit du régime indemnitaire. C'est pour corriger aussi ces anomalies que « le nouveau système de classification et de rémunération des emplois publics devra permettre de rétablir un ratio normalisé entre le traitement de base qui rémunère les obligations statutaires et le régime indemnitaire qui rémunère des sujétions particulières » opérant ainsi un retour à la norme classique en matière de rapport salaire de base/indemnités.

Les principes permettant la mise en place d'un système rationnel des rémunérations dans la fonction publique étant fixé par le statut général, il revient maintenant aux textes de détailler le dispositif juridique prévu par l'article 115 « le nombre de catégories, le seuil minimal et maximal de chaque catégorie, le nombre d'échelons ainsi que les règles d'avancement d'échelons sont fixés par voie réglementaire ». Ce texte est actuellement en cours d'élaboration par un groupe de travail interministériel.

4 - Les droits et obligations des fonctionnaires :

Il est admis que le service de la collectivité publique comporte des obligations qui doivent être compensées par des garanties et des droits. Le fonctionnaire est à la fois citoyen et serviteur de la collectivité publique. On retrouve d'un côté les libertés publiques auxquelles le fonctionnaire a droit, au même titre que les citoyens et de l'autre côté les devoirs que sa qualité de fonctionnaire lui impose.

Du fait de l'existence d'un statut qui réalise un « compromis » entre l'intérêt de l'administration, c'est-à-dire du service public et celui du fonctionnaire, les droits et obligations réciproques de la collectivité publique et du fonctionnaire découlent non pas d'un contrat mais de la loi et des règlements.

Les principes contenus dans le statut général sont fondés sur une conception « des droits et obligations du fonctionnaire qui procède d'un esprit déontologique qui prend son ancrage dans le système de valeurs généré par la culture administrative d'un Etat de droit » et dont la « finalité s'articule autour de la continuité du service public et du respect des règles de l'éthique professionnelle ».

En réalité ce sont ces principes qui seront mis en oeuvre par le statut général qui consacre son titre 3 aux garanties, droits et obligations des fonctionnaires.

Par ailleurs, l'option pour une fonction publique de carrière implique l'organisation de la carrière du fonctionnaire de manière à lui permettre à la fois de progresser dans sa vie professionnelle et d'améliorer ses connaissances par l'organisation à son profit de cycles de formation et de perfectionnement.

A ce titre, la formation est considérée par le statut général non seulement comme un droit pour le fonctionnaire, mais aussi comme une obligation pour l'administration qui est « tenue d'organiser de manière permanente des cycles de formation et de perfectionnement » en vue « d'assurer l'amélioration des qualifications et la promotion professionnelle » des agents conformément aux dispositions de l'article 104 du statut général. La formation qui est un moyen privilégié de valorisation des ressources humaines permet soit la préparation à l'occupation initiale d'un emploi public, soit la préparation aux concours dans le cadre de la promotion professionnelle, soit l'adaptation à l'évolution des méthodes et techniques par l'acquisition de nouvelles connaissances.

3 - Classification et rémunération des fonctionnaires :

Les différentes mesures d'augmentation des salaires intervenues depuis les années 1980, selon diverses modalités, ont altéré la cohérence et la logique de base de la grille des salaires et causé des dérèglements à la structure générale des salaires. On dénombre 78 valeurs de points indiciaires soit une valeur par section. Cette situation est d'autant plus grave qu'on assiste actuellement à un phénomène de tassement entre les différentes catégories en plus de la disparition des catégories 1, 2 et 3 sur les 20 existantes. L'éventail des salaires qui était de 7.08 en 1985 est descendu à 2.69 environ.

Compte tenu « des dérives qu'a connues le système de rémunération issu du statut général du travailleur, telles que la multiplication des valeurs du point indiciaire et la prépondérance de la part du régime indemnitaire dans la rémunération qui dépasse parfois le double du salaire de base », une nouvelle méthode de classification des emplois publics est prévue par le nouveau statut général de la fonction publique « fondé sur un critère objectif et mesurable à savoir, le niveau de qualification attesté par des titres, diplômes ou cycles de formations » et qui servira de base à l'institution d'une nouvelle grille applicable aux personnels de la fonction publique. Cette approche qui semble la plus adaptée, puisqu'il n'existe pas de système parfait de classification des emplois à la nature des activités de l'administration, cadre avec le champ d'application du statut général de la fonction publique qui ne concerne que les fonctionnaires.

Le système prévu par l'ordonnance portant statut général de la fonction publique comporte quatre niveaux constitués des groupes A.B.C et D qui sont subdivisés en catégories reflétant les différents niveaux de qualification, lesquelles catégories se composent d'échelons correspondant à l'avancement du fonctionnaire dans son grade. Chaque indice représente l'expérience professionnelle acquise par le fonctionnaire. Selon l'article 115 de l'ordonnance « les catégories, les échelons et les indices y afférents constituent la grille indiciaire des traitements ».

- en vue de pourvoir à la vacance momentanée d'un emploi.

Le caractère exceptionnel qui justifie le recours à des agents contractuels est étendu par l'article 21 « aux opérations revêtant un caractère conjoncturel ».

Le statut général prévoit dans son article 24 un dispositif réglementaire particulier qui aura pour objet de régir les personnels appelés à exercer sous le régime de la contractualisation. Ce dispositif précisera les modalités de rémunération, les droits et obligations, les éléments constitutifs de la rémunération, les règles relatives à la gestion et le régime disciplinaire.

Il y a lieu de signaler que pour l'exercice de missions ponctuelles d'expertise, d'étude ou de conseil, l'administration pourra recourir, dans un cadre contractuel, à la prestation de personnes physiques ou morales qualifiées.

Comme on peut le constater, cette diversification des relations juridiques de travail au sein de la fonction publique est destinée à atténuer la relative rigidité du cadre statutaire en permettant à l'administration d'opérer des recrutements à caractère ponctuel et provisoire. « Le système de la carrière restera prédominant, mais il sera adossé à d'autres formes juridiques de relations de travail afin d'introduire une plus grande souplesse dans la prise en charge de certaines activités de l'administration ».

Cette diversification « aura l'avantage de faire coexister deux systèmes complémentaires : un système de carrière et un système d'emploi » et s'inscrit dans le processus global de modernisation de l'administration.

En ce qui concerne le personnel déjà en place et qui justifie de la qualité de fonctionnaire, l'article 13 de l'ordonnance lui permet de conserver son statut et ses droits.

Ces aménagements sont complétés par l'intégration de la flexibilité comme élément fondateur du nouveau système de fonction publique. Il consiste à infléchir par la souplesse qu'il est censé véhiculer la relative rigidité qui caractérise la fonction publique « unitaire de carrière » « cette flexibilité est rendue nécessaire à la fois par les nouveaux modes de gestion publique et par la nature de certaines activités liées à cette gestion ». Il va permettre l'adaptation des statuts particuliers aux nouvelles règles contenues dans le statut général par la prise en charge de leurs particularités liées à la nature et aux conditions d'exercice de certaines missions.

A cela s'ajoute l'ouverture opérée par le statut en direction de certains secteurs d'activités par la consécration d'une nouvelle position hors cadre qui permet aux cadres appartenant au groupe A correspondant aux activités de conception d'exercer un emploi en dehors de l'administration sous certaines conditions. En plus de l'aménagement de passerelles, la mobilité favorisée à travers la séparation du grade et de l'emploi se traduira par une très grande diversité des fonctions susceptibles d'être exercées par les fonctionnaires appartenant au même grade.

approche caractéristique d'une fonction publique de carrière qui a été retenue par le statut général qui définit dans son article 4 le fonctionnaire comme étant « l'agent qui, nommé dans un emploi, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie administrative » et l'article 7 de préciser que « le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire.

Tous les éléments sont réunis pour assurer la pérennisation de la relation de travail qui lie le fonctionnaire à l'administration et lui assure la stabilité et la progression dans sa carrière professionnelle : le statut, la nomination dans un emploi public et la titularisation dans un grade de la fonction publique.

A côté du fonctionnaire qui se trouve dans une situation d'origine législative ou réglementaire, l'administration, dans le cadre de l'exercice de ses missions, et pour faire face à des situations particulières, peut faire appel à d'autres catégories d'agents dont le régime juridique n'est pas celui du fonctionnaire, c'est-à-dire, des agents qui ne sont pas, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire mais liés à la collectivité publique par d'autres formes juridiques telles que le contrat etc...

Cette ouverture du statut général sur d'autres formes de « relation de travail » est destinée à « favoriser l'émergence d'une administration plus dynamique, plus efficace, fonctionnant au moindre coût et capable d'anticiper et prévenir les conflits socioprofessionnels de ses agents » et « introduire une plus grande souplesse dans la prise en charge de certaines activités de l'administration en consacrant à côté du système de carrière un régime de contractualisation ».

La nouveauté ne réside pas dans l'introduction du régime de contractualisation parce que ce régime a été déjà prévu par le statut général de la fonction publique du 2 juin 1966 et le statut type des institutions et administrations publiques du 23 mars 1985 mais dans la soumission, en vertu de l'article 19 du nouveau statut, d'un certain nombre d'emplois à ce régime. Il s'agit des « emplois correspondant à des activités d'entretien, de maintenance ou de service... » dont la liste est fixée par voie réglementaire. « L'exclusion » de cette catégorie de personnes du statut de fonctionnaire se justifie vraisemblablement par la nature de ses activités qui ne rentrent pas dans la catégorie des missions pérennes exercées par les autres agents au titre du pouvoir exécutif de l'Etat : leurs titulaires ne participent pas directement à l'exercice de missions de puissance publique ou au fonctionnement des services publics de l'Etat.

En plus de ces cas, la possibilité est offerte à l'administration pour recruter à titre exceptionnel des agents à contrat dans deux situations limitativement fixées par l'article 20 du statut général :

- en attendant l'organisation d'un concours de recrutement ou la mise en place d'un nouveau corps de fonctionnaires :

Les postes supérieurs considérés comme des emplois spécifiques assurant la prise en charge de l'encadrement des activités administratives et techniques sont régis par les statuts particuliers des corps concernés ou des dispositifs réglementaires. Ces emplois sont pourvus parmi les fonctionnaires remplissant les conditions exigées par la réglementation en vigueur.

A l'inverse des postes supérieurs, la nomination aux fonctions supérieures relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité habilitée.

Le statut particulier peut être conforme ou dérogatoire dans les limites fixées par l'ordonnance. En matière dérogatoire, le statut général va plus loin dans la prise en charge des spécificités et particularités de certains corps puisque le dernier paragraphe de l'article 3 du statut général prévoit d'une part, des dérogations aux règles communes par les statuts particuliers concernant les droits et obligations, le déroulement de la carrière et la discipline générale et précise d'autre part les catégories des agents concernés. Il s'agit des agents diplomatiques et consulaires, des personnels enseignants de l'enseignement supérieur, des chercheurs, des personnels appartenant à la sûreté nationale, la garde communale, l'administration des forêts, la protection civile, les transmissions nationales, la sûreté des communications et des télécommunications, l'administration pénitentiaire et de l'administration des douanes ainsi que les personnels des greffes des juridictions et de l'administration des affaires religieuses.

Le régime dérogatoire ne concerne pas, donc, le système de classification et de rémunération, le régime social, les obligations et les droits fondamentaux du fonctionnaire et les organes de concertation et de participation.

La souplesse introduite permettra donc, au système de s'adapter et faire face aux évolutions que pourraient connaître les différents secteurs de l'administration publique et traduit le souci attaché à sa pérennisation.

Il y a lieu de signaler que la mise en œuvre du statut général de la fonction publique a fait l'objet d'une instruction du Chef du Gouvernement en date du 6 janvier 2007. Cette instruction définit les principes, la méthodologie et le cadre d'élaboration des statuts particuliers des différents corps de la fonction publique.

2 - Le lien juridique unissant l'administration à ses agents :

Le lien que l'administration peut avoir avec ses agents peut être de nature statutaire et réglementaire comme il peut revêtir d'autres formes juridiques.

La confusion entretenue par le statut général du travailleur à propos de la relation de travail a été levée d'une certaine manière, par le décret du 23 mars 1985 portant statut-type des travailleurs des institutions et administrations publiques puisqu'il a été retenu que l'agent devient fonctionnaire et de ce fait se place dans une situation statutaire et réglementaire après sa confirmation ou sa titularisation. C'est cette

professionnel, les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics dont les personnels peuvent être soumis aux dispositions du statut général.

Toutefois, le principe subit des dérogations à propos de trois catégories de personnes ou d'agents qui se verront exclus du champ d'application du statut, il s'agit

- des magistrats qui sont régis, en vertu de l'article 12-3 de la constitution, par une loi particulière, c'est la loi organique n°04-11 du 6 septembre 2004 portant statut de la magistrature,
- des personnels des assemblées parlementaires qui sont régis par un statut particulier, en vertu de l'article 84 du règlement intérieur de l'APN et de l'article 91 du règlement intérieur du conseil de la nation,
- des personnels de la défense nationale qui, compte tenu de la particularité de la carrière militaire, bénéficient d'un statut spécifique consacré par l'ordonnance n°06-02 du 28 février 2006.

L'unification du système est réalisée à travers la consécration d'un système intégré où les fonctionnaires des institutions et administrations publiques sont soumis au même régime commun prévu par un statut unique et ce, quelles que soient leurs administrations de rattachement.

Ce système offre notamment aux fonctionnaires, du fait de sa conception égalitaire, les mêmes conditions de rémunération et de promotion, assure une certaine mobilité tant géographique que fonctionnelle et favorise de larges perspectives de carrière. La carrière est conçue, dans ces conditions, dans un sens dynamique de gestion des ressources humaines.

La pyramide juridique mise en place par le statut général comporte deux paliers : le premier de nature législative fixant les dispositions communes applicables à tous les fonctionnaires et revêtant un aspect « fédérateur » et le second de niveau réglementaire qui viendrait préciser par le biais des statuts particuliers des différents corps et autres textes à caractère commun, les dispositions du statut général, c'est-à-dire les modalités d'application du statut général pour un ensemble d'agents formant un corps de fonctionnaires et exerçant des tâches similaires dans une ou plusieurs administrations ou collectivités.

Les statuts particuliers sont destinés à adapter les dispositions du statut général à la nature des différentes fonctions et aux spécificités et caractères des différentes administrations et institutions publiques de manière à éviter les inconvénients d'une trop forte « uniformisation » synonyme de rigidité et de blocage.

- le nouveau statut général renforce le dialogue, la concertation et la participation au sein de la fonction publique dans le cadre de structures appropriées,
- il fixe les principes d'un système de classification et de rémunération adapté aux particularités de la fonction publique,
- il introduit un certain nombre d'aménagements au système de la carrière de manière à assurer la flexibilité statutaire à travers des dispositifs qui prennent en charge les spécificités des différentes administrations, corps et grades,
- il consacre les principes permettant d'assurer l'égalité en droits, obligations et déroulement de la carrière de tous les fonctionnaires.

Le statut général de la fonction publique est structuré sur 11 titres comportant 29 chapitres. Il représente le cadre normatif de la fonction publique et traite des thèmes suivants :

- le champ d'application,
- la relation statutaire et les autres formes de relations de travail,
- les garanties, droits et obligations des fonctionnaires,
- les organes de concertation et de participation de la fonction publique,
- l'organisation et le déroulement de la carrière du fonctionnaire,
- le système de classification et de rémunération des fonctionnaires,
- les positions statutaires et la mobilité des fonctionnaires,
- les régimes disciplinaires des fonctionnaires,
- la durée légale de travail et repos légaux,
- les congés et absences,
- la cessation d'activité du fonctionnaire.

Il est inutile de s'étaler sur certains domaines traités par le nouveau statut car relevant de règles classiques d'une fonction publique de carrière dont certains aspects ont été déjà développés. Nous nous limitons donc à certaines questions que nous avons jugées essentielles soit en raison de leur nouveauté, ou du fait de leur importance dans l'équilibre général du Texte,

1 - Le champ d'application du nouveau statut :

Selon l'article 2 de l'ordonnance portant statut général de la fonction publique, le statut s'applique « aux fonctionnaires exerçant au sein des institutions et administrations publiques ». En raison de l'imprécision de la notion « d'institutions et administrations publiques », l'ordonnance va tenter de lui donner un contenu précis en recourant à l'énumération des différentes institutions et administrations publiques au sein desquelles le fonctionnaire est amené à exercer ses fonctions. Cette liste concerne les administrations centrales de l'Etat, les services déconcentrés en dépendant, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les établissements publics à caractère scientifique, culturel et

par la constitution dans son article 51 qui dispose que « l'égal accès aux fonctions et aux emplois au sein de l'Etat est garanti à tous les citoyens, sans autres conditions que celles fixées par la loi » principe repris par le nouveau statut général de la fonction publique dans son article 74 qui stipule que « le recrutement des fonctionnaires est soumis au principe de l'égal accès aux emplois publics ». Ce principe d'égalité ne s'applique pas seulement au recrutement des agents dans un premier emploi mais aussi à leur carrière.

Il ne faut pas confondre égal accès et libre accès. L'intérêt de la distinction réside dans le fait que l'inscription à concourir en vue de l'occupation d'un emploi public n'est ouverte qu'aux personnes remplissant les conditions posées par la réglementation en vigueur, et notamment les conditions relatives à la qualification, à la nationalité, à la capacité physique, à la moralité, et à l'âge.

Le concours comme corollaire du principe d'égal accès se présente comme le mode de sélection le plus utilisé pour le recrutement des fonctionnaires. C'est une opération à procédure qui traduit une exigence de performance et de qualité des prestations administratives. Les statuts des différents corps déterminent les modalités et les modes de recrutement aux emplois publics. Le recrutement se fait soit par la voie du concours sur épreuves, concours sur titres pour certains corps de fonctionnaires, test professionnel, ou de façon directe parmi les candidats ayant suivi une formation spécialisée.

Le nouveau statut général va faire la synthèse entre les aspects positifs du système de fonction publique de carrière et les nouveaux principes résultant de la nouvelle conception de l'Etat.

II- Le nouveau statut général de la fonction publique.

Le nouveau statut général de la fonction publique vise la réalisation d'un certain nombre d'objectifs qu'on peut résumer comme suit :

- le statut général consacre l'unité de la fonction publique en tant que prolongement de la conception unitaire de l'Etat et en tant qu'émanation de l'Etat employeur.
- depuis plusieurs années l'armature administrative n'a pas cessé d'être reconfigurée pour prendre en charge la nouvelle vision de l'Etat. On est passé depuis quelques années d'un Etat interventionniste et "développeur" à un Etat régulateur, recentré sur ses missions essentielles. Le secteur de la fonction publique ne peut pas rester en marge de ces bouleversements d'où l'impérieuse nécessité de mettre son dispositif juridique en conformité avec les évolutions qui se déroulent actuellement et notamment le nouveau rôle de l'Etat,
- il détermine les axes essentiels d'une politique de modernisation de la fonction publique basée sur l'introduction de méthodes de gestion renouvelées des ressources humaines et la mise en place d'un système de formation intégré et adapté aux besoins d'une administration impartiale et performante,

La fin de la carrière ou la cessation définitive des fonctions obéit à des procédures prévues par les textes où on distingue les causes volontaires des causes involontaires.

Les cas de rupture du lien entre l'administration et le fonctionnaire, se retrouvent dans les dispositions du statut relatives à la cessation d'activité. On dénombre plusieurs cas de cessation de fonction : la démission, le licenciement, la révocation, la mise à la retraite, la perte ou la déchéance de la nationalité Algérienne, la déchéance des droits civiques et le décès.

2- L'unité de la fonction publique :

Les textes fondamentaux du pays considèrent l'Etat algérien comme un Etat unitaire qui reconnaît à son administration et ses démembrements, notamment les collectivités territoriales, des compétences spécifiques fondées sur un partage équilibré des responsabilités et des moyens, il conserve néanmoins une pleine et entière autorité sur les missions à caractère national.

L'unité de la fonction publique qui procède de l'unité de l'Etat se traduit par la soumission de tous les agents, qu'ils exercent pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public, aux mêmes droits et obligations fondamentaux.

Le statut général contient, dans un texte unique, l'ensemble des règles et prescriptions relatives aux fonctionnaires. Le statut marque une tendance unificatrice. Il ne vise pas uniquement les fonctionnaires de l'Etat mais aussi ceux des collectivités locales et des établissements publics.

L'unité de l'administration et de ses grands services publics relève d'un ensemble de principes auxquels il ne peut être dérogé. Cela implique entre autres que les règles générales applicables aux agents publics de l'administration et institutions publiques soient communes et procèdent des mêmes exigences même si des dispositions particulières venaient consacrer le caractère spécifique de certaines catégories de personnes.

Compte tenu de la nécessité de renforcer l'autorité de l'Etat dans sa dimension de puissance publique d'une part, et de l'impératif d'améliorer les prestations de l'Etat dans sa dimension de service public d'autre part, l'ensemble des fonctionnaires sont inclus dans un même cadre statutaire.

En effet, un statut général de la fonction publique indivisible est de nature à conforter le principe de l'unicité de l'Etat et de sa fonction exécutive.

3- Le principe d'égal accès aux emplois publics :

Le principe de l'égalité des citoyens pour l'accès aux emplois publics est un principe essentiel et une constante du droit de la fonction publique. Il est consacré

- **Le grade** est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent. Le grade, qui s'obtient par la titularisation, concerne le fonctionnaire lui-même : il détermine sa place dans la pyramide hiérarchisée qui est le corps. Il est le point de convergence entre l'intérêt du fonctionnaire et celui du service. Le grade ne peut être créé que par une disposition statutaire.

- **Le corps** est composé de l'ensemble des personnels soumis au même statut particulier ayant vocation aux mêmes grades. Chaque corps comprend un ou plusieurs grades correspondant à des activités similaires. Chaque corps connaît une hiérarchie de grades et d'échelons dans chaque grade. L'entrée dans le corps s'effectue par la titularisation qui intervient à l'issue du stage après la nomination.

- **Les catégories** ont réapparu dans le nouveau statut avec un contenu différent. Elles sont au nombre de quatre A, B, C et D. Les catégories reflètent la structure hiérarchique de la fonction publique. Elles correspondent tant à un niveau de qualification qu'à un type de fonction.

- **L'emploi** : il s'agit d'un poste de travail ou d'un ensemble de fonctions. Si le grade appartient au fonctionnaire qui le garde durant toute sa carrière et ne le perd que dans les cas prévus par le statut, l'emploi, par contre, relève de l'administration. Il existe une adéquation entre le grade et l'emploi. L'intérêt du service peut justifier la dissociation entre le grade et l'emploi. Le fonctionnaire peut avancer en grade sans changer d'emploi ou changer d'emploi tout en conservant son grade.

- **Les statuts particuliers** précisent les modalités d'application du statut général pour un ensemble d'agents formant un corps de fonctionnaires et exerçant des tâches similaires dans une ou plusieurs administrations ou collectivités. Ils prennent en charge les particularités liées à la nature des missions de l'institution et de l'administration publique concernées. Les statuts se divisent en statuts des corps spécifiques et statuts des corps communs

La notion de statut particulier a connu une évolution qui a abouti à la consécration d'un statut particulier par l'administration, comprenant un ou plusieurs corps composés à leur tour d'un ou plusieurs grades. Il y a lieu de noter que le dispositif statutaire actuel a structuré différemment les corps et grades par rapport au statut de 1966. Il existe à l'heure actuelle 42 statuts particuliers comprenant 281 corps et 498 grades.

Les statuts particuliers organisent la carrière du fonctionnaire de manière à lui permettre d'avancer d'échelon ou de grade. L'avancement d'échelon se fait sur la base d'une appréciation du fonctionnaire qui détermine son classement dans le tableau unique et annuel d'avancement. L'avancement de grade est déterminé par le statut particulier qui peut prévoir plusieurs modes de promotion du fonctionnaire.

Le fonctionnaire occupe au cours de sa carrière des « positions » variées : activité, détachement, disponibilité, hors-cadre et service national.

Cette situation se trouve en décalage par rapport aux dispositions de la constitution de 1989 qui a introduit des changements dans le système politique et institutionnel du pays, qui se sont traduits par l'abandon du système du parti unique et la consécration de la séparation entre les différents pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif.

Ces options ont été confirmées par la constitution de 1996 qui prévoit, par ailleurs, dans son article 122-26 que le statut général des fonctionnaires et les garanties qui leurs sont accordées relèvent du domaine législatif.

Malgré ces bouleversements, il faut admettre, tout de même, que les traits essentiels de la fonction publique ont été préservés.

Avant de présenter la nouvelle approche de la fonction publique prévue par l'ordonnance du 15 juillet 2006, il serait utile de cerner, au préalable, ses contours qui se sont dessinés tout au long de son évolution .

I Les caractéristiques principales de la fonction publique.

Les caractéristiques principales de la fonction publique s'articulent autour de deux axes essentiels qui sont la carrière et l'unité auxquels s'ajoutent d'autres principes tels que l'égal accès aux emplois publics, la concertation et la participation.

I- La fonction publique de carrière :

L'Algérie a opté dès l'indépendance, pour des raisons liées à son système politique et à sa conception de l'Etat, pour une fonction publique de carrière.

Dans cette conception de la fonction publique, le fonctionnaire se trouve dans une situation statutaire et réglementaire contrairement à la fonction publique d'emploi où la relation de travail est de nature contractuelle.

L'acte par lequel l'administration nomme un candidat à la fonction publique dans un emploi et qui constitue un acte unilatéral individuel entraîne l'application à un agent déterminé d'un statut légal et réglementaire défini à l'avance par voie générale et impersonnelle. Le lien de fonction publique est donc un lien unilatéral.

Le statut est le produit d'un compromis entre diverses exigences. Il concilie entre deux types d'intérêts, l'intérêt de l'administration « intérêt de service » et l'intérêt des fonctionnaires à la recherche de garanties destinées à privilégier la sécurité juridique c'est-à-dire la protection du fonctionnaire, sa stabilité etc...

Le fonctionnaire est régi par un statut particulier. Il appartient à un corps qui comprend un ou plusieurs grades.

COMMUNICATION SUR LE NOUVEAU STATUT GÉNÉRAL DE LA FONCTION PUBLIQUE (ORDONNANCE N° 06-03 DU 15 JUILLET 2006)

Monsieur MOUMEN Ahmed

Directeur d'études au Secrétariat général du Gouvernement

Le thème de la fonction publique est intimement lié à celui de l'Etat. Partie intégrante de l'appareil administratif de l'Etat, la fonction publique a reflété au cours de son évolution les différents choix idéologiques, économiques et sociaux du pays.

Elle a retrouvé son unité et sa cohérence avec le premier statut ' général du 2 juin 1966 après une période caractérisée par une certaine instabilité juridique et fonctionnelle. Ce statut consacre le système de carrière avec toutes ses implications notamment au plan de la stabilité.

Cette stabilité assurée n'a pas empêché, pourtant, l'apparition de grands déséquilibres, surtout, en matière de rémunération au détriment de l'administration publique provoquant le départ de cadres de plus en plus 'nombreux' vers le secteur économique attirés par ses divers avantages. A cela s'ajoutent les difficultés liées à la rigidité de certains éléments du 'système en place ce qui a empêché la fonction publique d'accompagner les changements dans lesquels le pays s'est engagé.

Le statut général du travailleur du 5 août 1978 va tenter de corriger les anomalies constatées dans le cadre d'une vision qui se voulait globale de la notion du travail et du travailleur en partant du postulat selon lequel il n'y a pas de distinction à faire entre les agents des administrations et ceux des entreprises dès lors qu'ils accomplissent les mêmes tâches et disposent des mêmes qualifications.

Ce texte qui a été pris dans une optique uniformisatrice articulée autour de la notion de travailleur dans laquelle la notion de fonctionnaire est diluée et d'un système unique de classification applicable à tous les secteurs d'activités sans distinction a altéré, pour ne pas dire remis en cause, la spécificité de la fonction publique fondée essentiellement sur le service public et l'intérêt général. Il a englobé dans son champ d'application et à travers la définition de secteurs d'activités de larges catégories de personnels du parti, du parlement et des magistrats.

Malgré les corrections partielles apportées par le décret n°85-59 du 23 mars 1985 aux «effets pervers » du statut général du travailleur, le dispositif juridique applicable aux agents de la fonction publique a montré ses limites éloignant l'administration des principes qui sont censés la gouverner notamment la culture du service public. Cela est dû en grande partie à la conception uniformisatrice du travail et du travailleur dont la grille unique des salaires est la parfaite illustration dans ce qu'elle contient comme incohérences.

**COMMUNICATION SUR LE NOUVEAU
STATUT GÉNÉRAL DE LA FONCTION
PUBLIQUE**
(ORDONNANCE N°06-03 DU 15 JUILLET 2006)

Monsieur MOUMEN Ahmed
Directeur d'études au Secrétariat général du Gouvernement

CONCLUSION

La présence du Conseil d'Etat tant au sein de l'administration que dans les organisations internationales et les liens qu'il a su développer avec un grand nombre de pays même de traditions juridiques très différentes, l'ont fait sortir de l'anonymat .

D'autre part, si on a pu rattraper le retard pour les procédures anciennes d'appel puisqu'on juge les affaires de 2006, il faut aussi noter que les moyens de contrainte dont dispose le Conseil d'Etat pour assurer l'exécution de ses arrêts sont très faibles.

(Absence d'injonction et de l'astreinte)

Le justiciable qui a gain de cause devant le juge administratif doit souvent par la suite négocier avec l'administration et si elle reste insensible, recourir au juge pour obtenir la réparation du préjudice .

Quand à l'administration, l'expérience a révélé qu'elle défend mal son contentieux et a tendance à confier sa gestion à de simples fonctionnaires qui n'ont aucune compétence, soit qu'elle n'a pas respecté l'obligation d'être représentée par un avocat devant le Conseil d'Etat, soit que les moyens soulevés sont inopérants .

Il faut à mon avis, développer à tous les niveaux du Conseil d'Etat une **CULTURE DE L'URGENCE** notamment dans les matières sensibles, comme le contentieux de la fonction publique .

b) – Répartition par ministère :

إحصائيات الوظائف العمومي:

القضايا المفصول فيها	القضايا المسجلة	الهيئة الوزارية
769	926	وزارة التربية
228	274	وزارة العدل
139	169	وزارة الداخلية
98	105	وزارة البريد والمواصلات
56	83	المديرية العامة للتوظيف العمومي
61	81	وزارة المالية
58	68	وزارة الشؤون الدينية
39	47	الجمارك
23	26	وزارة المجاهدين
20	26	وزارة الفلاحة
20	20	وزارة الخارجية
16	19	وزارة النقل
17	21	وزارة الثقافة
7	9	وزارة التضامن
11	13	وزارة الدفاع الوطني
1562	1887	المجموع

La répartition des effectifs de la fonction publique, selon la nature juridique de la relation de travail, se présente comme suit.

- 1.277.975 fonctionnaires titulaires .
- 130.775 agents contractuels .
- 102.109 agents vacataires .
- les fonctionnaires titulaires représentent 84,5% .
des effectifs globaux de la fonction publique .
- les agents contractuels représentent : 8,6 % .
- les agents vacataires représentent : 6,9 % .

EVOLUTION DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE : **DEVANT LA 2^{ème} SECTION DE LA 2^{ème} CHAMBRE**

a) – Répartition par nature :

Il y a lieu de noter quatre grandes catégories d'affaires :

En 1er lieu : Les recours en annulation des décisions de révocation avec réintégration et paiement des salaires.

En 2^{ème} lieu : Les recours tendant à l'annulation des décisions portant mutation des fonctionnaires .

En 3^{ème} lieu : Les recours en paiement des salaires et autres indemnités .

En 4^{ème} lieu : Les actions en réparation du préjudice causé par suite du refus d'exécuter la décision de justice.

- absence de saisine de la commission paritaire.
- refus de communiquer le dossier, non respect des délais de comparution devant le conseil de discipline .

II) LE CONSEIL D'ETAT DANS SES COMPÉTENCES

Le Conseil d'Etat est compétent pour statuer sur des litiges qui opposent le plus souvent le citoyen à l'administration .

En vertu de l'article 9 de la loi organique n° 98-01 du 30 Mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, celui-ci connaît en 1er et dernier ressort :

- 1) des recours en annulation formés contre les décisions réglementaires ou individuelles émanant des autorités administratives centrales, des institutions publiques nationales et des organisations professionnelles nationales .
- 2) des recours en interprétation et des recours en appréciation de la légalité des actes dont le contentieux relève du Conseil d'Etat .

Le Conseil d'Etat connaît sur appel des jugements rendus en premier ressort par les juridictions administratives dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement .

Le Conseil d'Etat connaît des recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort ainsi que des recours en annulation des arrêts de la cour des comptes .

a) – Composition :

Le Conseil d'Etat est composé de magistrats du siège (33 conseillers d'Etat) et de 6 magistrats au commissariat d'Etat; le nombre est très insuffisant par rapport au nombre des affaires inscrites et qui a tendance à doubler chaque année .

Les statistiques du Conseil d'Etat révèlent une augmentation du volume des affaires, en comparaison avec les effectifs de la fonction publique :

- LES EFFECTIFS DE LA FONCTION PUBLIQUE AU 31 DECEMBRE 2006 :

Les effectifs de la fonction publique révèlent au 31 Décembre 2006 à 1.510.8599 fonctionnaires et agents publics .

L'Algérie dispose ainsi de 4.9 fonctionnaires pour 100 habitants .

L'administration doit décrire avec précision les faits reprochés à l'agent, les circonstances dans lesquelles ils ont été commis, qualifier la faute et les raisons qui ont motivé la sanction.

C.E. 08-01-2001 N° 816 .

c)- la communication du dossier :

La communication du dossier est une **garantie fondamentale**, l'agent mis en cause a le droit de prendre communication de son dossier disciplinaire .

L'article 167 de l'ordonnance 03-06 contrairement à l'ancien texte précise connaissance de **l'intégralité du dossier** .

d)- le droit de la défense :

En cas de faute disciplinaire, le fonctionnaire est déféré devant le Conseil de discipline; il peut choisir librement son défenseur, sa date de comparution lui est notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception au moins 15 jours à l'avance; il peut présenter des observations écrites ou verbales et citer des témoins .

- la situation des agents hors statut :

Les garanties disciplinaires ne sont applicables qu'aux fonctionnaires. (article 160 de l'ordonnance n°03-06 du 15-07-2006) .

Le droit disciplinaire ne concerne pas les contractuels et à plus forte raison les temporaires .

C.E. 19-03-2001 N° 923 .

C.E. 15-03-2006 N° 26731 .

Le droit à la défense constitue un principe à valeur constitutionnelle, il serait souhaitable de prévoir pour les agents hors statut une **commission consultative**, comme c'est le cas en France .

e)- les vices de forme :

Concernant la violation des formalités substantielles, le Conseil d'Etat annule systématiquement les décisions .

Par exp: - décision disciplinaire, non prise par l'autorité investie du pouvoir de nomination .

- organisation d'un concours dans un centre non agréé.

Ce nouveau contrôle du juge fonctionne dans les deux sens, il est ainsi arrivé au Conseil d'Etat d'annuler une décision prononçant une sanction trop légère par rapport à la gravité des faits reprochés au fonctionnaire .

- En Algérie :

Le juge Algérien est réticent pour tenir compte du principe de proportionnalité, néanmoins l'article 63 du décret n°82-302 loi du 11-09-82 concernant les relations individuelles de travail lui ouvre la voie, dans la mesure où il est dit clairement dans cet article :

La détermination de la sanction disciplinaire applicable est fonction du **degré de gravité de la faute**, des **circonstances atténuantes** ou **aggravantes**, dans lesquelles elle a été commise .

Le juge administratif devrait s'en inspirer .

On pense également à l'article 11 de la loi du 20-02-2006 n°06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.

Cet article non seulement impose à l'administration une motivation adéquate des actes administratifs, mais lui enjoint de préciser au citoyen les voies de recours en vigueur lorsque la décision lui est défavorable .

Ce que l'on déduit de ces dispositions c'est que la motivation est soumise au contrôle du juge administratif .

Il fut un temps où le Conseil d'Etat était le garant de l'administration avant d'être celui des administrés, désormais selon la logique de l'Etat de droit, le principe de légalité n'est qu'un moyen de préservation des droits des individus face aux atteintes.

a)- le droit à l'information :

Le fonctionnaire doit être informé des faits et griefs retenus contre lui par l'administration et doit être également informé qu'il est passible de poursuites disciplinaires .

C.E. 19-02-2001 N° 3572 .

Le juge administratif apprécie si l'agent poursuivi a disposé de suffisamment de temps pour préparer sa défense .

b)- la motivation de la décision :

Toute décision émanant de l'administration doit être motivée à plus forte raison, celle contenant la sanction disciplinaire .

- à la globalisation - mondialisation croissante de l'économie et instaurer un environnement propice à la croissance du secteur privé .
- moderniser les structures administratives en maîtrisant les nouvelles technologies de l'information et de la communication .

D) - LE CONSEIL D'ETAT PROTECTEUR DES DROITS

Créé conformément à la constitution de 1996 par la loi organique n°01-98 du 30 Mai 1998 le Conseil d'Etat est une des grandes institutions du pays .

Il est une juridiction administrative indépendante, cette indication est importante en ce qu'elle éclaire le lecteur sur la qualité de l'activité du Conseil d'Etat .

D'un coté, il intervient comme juridiction administrative et prononce des arrêts .

D'un autre coté, il est un organe consultatif chargé de donner des avis sur des projets de textes législatifs .

Dans l'exercice de ses deux compétences le Conseil d'Etat est chargé d'un contrôle de légalité, en aucun cas, il ne lui appartient d'apprécier les motifs politiques, l'opportunité d'un avant projet de texte législatif .

Au contentieux de l'annulation le Conseil d'Etat est amené à dépasser les limites strictes du contrôle de légalité .

On pense au contrôle de l'erreur manifeste d'application aux sanctions disciplinaires .

Le juge peut-il exercer un contrôle sur la sanction prononcée ?.

- En France :

Le Conseil d'Etat a décidé de conférer une nouvelle fonction à l'erreur manifeste d'appréciation en s'appuyant sur elle pour contrôler la pertinence juridique de la sanction prononcée par l'administration au regard de la gravité de la faute commise par le fonctionnaire .

Exp : la mise à la retraite d'office prononcée à l'encontre d'un instituteur qui s'était rendu coupable de "gestes indécents sur des fillettes de sa classe" n'était pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation .

Le juge administratif censure systématiquement les sanctions disciplinaires caractérisées par une disproportion manifeste .

En optant pour la fonction publique de carrière, le législateur de 1966 a voulu assurer **la stabilité des cadres** de l'administration et également **la permanence de l'emploi**.

- Le 2eme changement :

Le statut général du travailleur par la loi n° 78-12 du 05-08-78, a introduit une notion nouvelle en employant le terme de travailleur mais paradoxalement, le décret d'application n° 58-59, consacre dans son article 5 la notion de fonctionnaire.

Article 5 : le travailleur qui, à l'issue de la période d'essai est confirmé dans son poste de travail, prend l'appellation de fonctionnaire.

Le texte est très ambitieux, il veut réduire les disparités salariales pour éviter la fuite des fonctionnaires vers le secteur économique très attrayant.

Je cite au passage le décret exécutif n° 93-54 du 16-02-1993 et l'instruction n°384 du 10-05-99.

Ce décret détermine certaines obligations particulières applicables aux fonctionnaires et agents publics ainsi qu'aux travailleurs des établissements et entreprises publiques.

Ce texte de circonstance, pris dans une période très difficile, donne une définition très large de l'obligation de réserve.

Je ne voudrais pas trop m'étendre, pour ne pas empiéter sur les autres communications, d'autant plus que le texte a été abrogé par l'article 23 du décret présidentiel n°2006-124 du 27 Mars 2006 fixant les modalités de réintégration ou d'indemnisation des personnes ayant fait l'objet de mesures administratives de licenciement pour des faits liés à la tragédie nationale.

- Le 3eme changement :

Avec l'ordonnance n° 06-03 du 15 Juillet 2006, portant statut général de la fonction publique.

Celle-ci s'inscrit dans le processus global de modernisation de l'Etat et de la bonne gouvernance, dans le respect des principes fondamentaux d'égalité, de neutralité de légalité, de célérité de transparence et d'équité.

Le statut va également dans le sens des recommandations des Ministres Africains de la fonction publique réunis à Rabat en Décembre 1998, qui souhaitent s'adapter :

APERÇU SUR LE CONTENTIEUX DE LA FONCTION PUBLIQUE

Monsieur FENNICHE KAMEL
Président de chambre au Conseil d'Etat

Mesdames et Messieurs bonjour,

Cette matinée sera consacrée à deux communications, l'une portant sur un aperçu du contentieux de la fonction publique et l'autre sur la jurisprudence du Conseil d'Etat .

Je voudrais avant tout souhaiter la bienvenue à toute l'assistance et dire à nos homologues, égyptiens, belges et français, que leur présence parmi nous traduit la ferme volonté de nos pays à développer la coopération judiciaire; je leur souhaite un agréable séjour parmi nous .

J'en profite également pour remercier tous ceux qui ont participé de près ou de loin à l'organisation de ce séminaire international, sans oublier madame la Présidente pour sa disponibilité et son attachement à la formation des magistrats .

INTRODUCTION

Au lendemain de l'indépendance la fonction publique Algérienne était régie par l'ordonnance française de 1959, applicable à l'Algérie, par la loi du 31-12-1962, qui a reconduit toute la législation en vigueur, sauf celle portant atteinte à la souveraineté nationale, ou à l'ordre public .

La fonction publique Algérienne a connu plusieurs changements :

- Le 1er changement :

Avec l'ordonnance du 2 Juin 1966, portant statut général de la fonction publique .

La conception de la fonction publique contractuelle a été écartée par le législateur de 1966 pour plusieurs raisons, entre autres :

- Elle impliquait une très **forte spécialisation des tâches**, qui ne pouvait être réalisée du fait de l'inexpérience de nos jeunes cadres .
- Elle engendrait également une plus grande mobilité des fonctionnaires qui aggravait le **nomadisme** des cadres dont souffrait l'administration .

APERÇU SUR LE CONTENTIEUX DE LA FONCTION PUBLIQUE

Monsieur FENNICHE KAMEL
Président de chambre au Conseil d'Etat

Mais le nombre et l'intérêt de principe de ces affaires conduisent à s'interroger sur le maintien de cette compétence.

Renoncer totalement à cette compétence de premier ressort heurterait au moins les magistrats, et, si on excepte les magistrats, les fonctionnaires issus de l'ENA, les officiers... Ne conserver que les litiges relatifs à l'entrée et la sortie de service mettrait en oeuvre un critère que l'expérience n'a pas clarifié. Peut-être pourrait-on au moins ramener aux tribunaux et cours le contentieux des pensions, et des délibérations de jurys ?

Ces questions ne sont pas tranchées.

II. ETAT DE NOS RÉFLEXIONS SUR LE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Le Conseil d'Etat est à l'origine, par sa jurisprudence depuis les débuts de la 3^e République, de l'essentiel du cadre juridique de la fonction publique en France. Les statuts successifs, généraux et particuliers, ont procédé des principes dégagés par cette jurisprudence : particularité du régime, caractère statutaire et réglementaire du régime, principe de carrière et de la distinction grade/emploi, principe de participation, parité des fonctions publiques...

Il est donc bien placé pour alimenter la réflexion publique sur les devenir nécessaires ou souhaitables, au-delà des indications éparées qu'on peut tirer de nos arrêts. Ce fut l'objet du rapport public pour 2003.

1) Notre analyse des enjeux

Premier enjeu : la prise en compte des exigences de l'efficacité et de la performance, que la fonction publique a moins su construire que les réponses aux enjeux d'impartialité, de loyauté des fonctionnaires, de leur protection contre les pressions politiques :

Deuxième enjeu : l'acclimatation au secteur public des savoir-faire de la « gestion des ressources humaines ». J'ai bien noté que dans le nouveau statut général en Algérie, la gestion prévisionnelle de l'emploi et de la formation n'a pas été oubliée, par exemple. Chez nous, l'évaluation des performances des agents a encore bien du mal à se faire une place (voir par exemple l'histoire longue de la réforme de la notation des fonctionnaires, aboutie sur le papier avec un décret de 2002), de même que la gestion personnalisée et fonctionnelle (amorcée seulement, voici une vingtaine d'années avec les « emplois fonctionnels » pour les postes de responsabilité) ;

Troisième enjeu : la conciliation devenue nécessaire avec d'autres branches du droit, notamment le droit européen. C'est le principe de libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne qui a ébranlé nos conceptions de l'égalité et de la promotion interne dans les corps de fonctionnaires, d'exigence du concours

Nous en avons une expérience dans la fonction publique militaire depuis un décret du 7 mai 2001, modifié à la lumière de l'expérience le 17 novembre 2005 : c'est la commission des recours des militaires, que doit saisir tout militaire, dans le délai du recours contentieux, avant de pouvoir saisir le juge compétent contre tous les actes relatifs à sa situation militaire relevant du ministre de la défense (sauf recrutement, discipline et pensions). Cette commission (« CRM ») donne un avis au ministre, dont la nouvelle décision se substitue à la première et fait courir le délai du recours contentieux. La saisine de la CRM ne suspend pas la mesure contestée. La CRM fonctionne en appliquant un minimum de contradictoire : l'intéressé peut être convoqué, et se faire assister en ce cas par un militaire de son choix... Notre jurisprudence, assez abondante, a précisé ou confirmé le cadre juridique de la formule : nouvelle décision du ministre substituée à la première, S 18/11/05 Houlbecque ; caractère obligatoire de ce préalable à la saisine du juge, 27/7/05 Mme Houdelette...

Bien que nous ne disposions pas d'un bilan officiel de cette formule, notamment en termes de satisfaction des agents concernés, nous avons pu mesurer l'effet très sensible sur le nombre des recours au juge administratif. La CRM est parfois saisie en dehors de son champ de compétence (11 % des cas), mais elle résout la plupart des problèmes.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a proposé, à plusieurs reprises ces dernières années, au gouvernement de généraliser la formule du recours administratif préalable aux litiges intéressant tous les fonctionnaires et agents publics. Proposition restée sans suites jusqu'à présent, peut-être parce que les ministères, en particulier celui des finances craignent l'apparition d'instances poussant à la transaction. Dans le domaine où la matière n'est pas législative (fonction publique de l'Etat) il reste envisageable d'avancer par voie jurisprudentielle ; mais si on veut agir partiellement (pour certaines matières : litiges indemnitaires ou relatifs aux questions de congé ; ou pour certaines administrations en priorité : Poste, France télécom, personnels civils de la défense, police...), on a besoin d'actes réglementaires.

Je précise, pour finir, que les recours préalables dont il est ainsi question ne me paraissent pas devoir se confondre avec ceux que prévoit l'ordonnance algérienne du 15 juillet 2006 (article 65) : la commission de recours prévue là a un autre objet, en matière disciplinaire, celui d'une garantie que la sanction contestée ne sera pas exécutoire avant d'avoir été évoquée devant cette instance.

b) A l'autre bout de la chaîne, comment tarir les recours directs au Conseil d'Etat des fonctionnaires nommés par décret ?

Cette compétence directe résulte d'une disposition réglementaire de notre code de justice administrative (R 311-1-3°). On a bien essayé de cantonner en jurisprudence ce chef de compétence : c'est seulement les fonctionnaires qui doivent être nommés par décret du président de la République, pas ceux qui le sont de façon superfétatoire ; c'est seulement leurs litiges « statutaires », pas tous leurs litiges...(mais cela couvre par exemple les litiges de nos nouveaux « juges de proximité », 27/7/05, Ferrari).

1000 affaires de cette rubrique sur 13 000 entrées en 1998	
1600 " " " 12 000 " en 2004	
1933 " " " 12 000 " en 2005	
1860 " " " 10 000 " en 2006	

Depuis nos réformes de la juridiction administrative entreprises en 1987, le Conseil d'Etat est principalement, en matière de fonction publique, juge de cassation, plus précisément depuis un décret du 24 juin 2003 juge de cassation directement des jugements rendus sur les litiges individuels par les tribunaux administratifs (pour le commun des fonctionnaires, il n'y a plus d'appel devant les cours sauf pour les litiges concernant l'entrée ou la sortie du service, et la discipline). Nous restons en revanche juges en premier et dernier ressort des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la république.

Ce sont ces deux catégories qui ont fait la montée du flux attesté par les chiffres qui précèdent :

- les pourvois en cassation contre les jugements de tribunaux administratifs : 38% de ces pourvois étaient en 2004 formés en matière de fonction publique. La suppression de l'appel ne semble pas bien acceptée par les fonctionnaires, et on sait que l'accès au juge de première instance est assez largement ouvert dans notre tradition depuis l'arrêt Lafage ;
- les requêtes en premier et dernier ressort devant le Conseil d'Etat : une part croissante de cette catégorie de recours est formée en matière de fonction publique (19 % en 2004, 25 % en 2005), pour des affaires qui n'ont pas toutes l'importance de l'affaire Barel...

2) Comment y faire face ?

a) Dans notre réflexion en cours sur l'évolution et l'avenir du contentieux administratif, nous pensons d'abord à la prévention du contentieux au niveau des tribunaux administratifs.

Il n'est pas question de jouer sur les délais et les forclusions, évoqués ce matin à propos de la théorie de la connaissance acquise : cette théorie n'a plus chez nous qu'une place réduite, en matière de délais des recours contentieux, car les textes et notre jurisprudence précisent désormais les conditions, très strictes, qui font que ces délais courent (il faut, en règle générale que la notification de la décision ou du jugement attaqués ait précisé les voies et délais de recours).

En revanche, nous nous intéressons depuis longtemps aux manières de régler les conflits autrement qu'en allant devant le juge : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative (titre d'une étude du Conseil d'Etat en 1993). Dans le contentieux de la fonction publique, la formule retenue est celle du recours administratif préalable obligatoire, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux.

LE CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS : SES CONTRIBUTIONS AU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Monsieur Thierry Le Roy

Conseiller d'Etat, Président

de la 8^{ème} sous-section au conseil d'Etat Français

La France n'a pas, comme l'Algérie, de grand projet de réforme de sa fonction publique. Mais les cadres juridiques de notre fonction publique continuent d'évoluer.

A cette évolution, le Conseil d'Etat contribue par trois de ses fonctions :

- contentieuse, comme juge du travail pour les agents publics, et juge de la légalité des règles statutaires ;
- consultative, par ses avis au gouvernement sur les projets de lois et d'ordonnances, et surtout sur tout ce qui doit prendre la forme de décret en conseil d'Etat, c'est à dire notamment toutes les règles statutaires applicables à chaque corps de fonctionnaires. Charge si lourde qu'on envisage aujourd'hui de dédoubler la section administrative qui a cette charge ;
- enfin, par sa fonction de réflexion sur le fonctionnement général de l'administration, qui donne lieu à de nombreuses études sur la fonction publique.

Je me propose de survoler ce vaste champ de la manière suivante :

- I.** En commençant par un bilan quantitatif du contentieux de la fonction publique
- II.** Ensuite, en restituant un état de nos réflexions sur la fonction publique et son évolution souhaitable, résumées dans notre rapport annuel pour l'année 2003
- III.** Enfin en illustrant ce qui précède par un aperçu sur quelques jurisprudences significatives de la période récente.

I. BILAN QUANTITATIF DE NOTRE CONTENTIEUX DE LA FONCTION PUBLIQUE

Je voudrais ici parler chiffres, un peu. Mais c'est surtout pour évoquer la manière dont nous envisageons de réagir à la montée de ce contentieux, faisant ainsi écho à la présentation qui a été donnée ce matin par M. FENNICHE de la situation devant le Conseil d'Etat algérien.

1) Aperçu statistique sur la montée du contentieux de la fonction publique

Nous avons une rubrique « Fonctionnaires et agents publics » dans notre classification des affaires contentieuses (au Lebon) qui permet de saisir aisément le phénomène :

**LE CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS :
SES CONTRIBUTIONS AU DROIT DE LA
FONCTION PUBLIQUE**

Monsieur Thierry Le Roy
*Conseiller d'Etat, Président
de la 8ème sous-section au conseil d'Etat Français*

Revue du Conseil d'Etat

TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
Le Conseil d'Etat français : ses contributions au droit de la fonction publique	05
Monsieur Thierry Le Roy <i>Conseiller d'Etat, Président de la 8ème sous-section au conseil d'Etat Français</i>	
Aperçu sur le Contentieux de la Fonction Publique	17
Monsieur FENNICHE KAMEL <i>Président de chambre au Conseil d'Etat</i>	
Communication sur le nouveau statut général de la fonction publique (Ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006)	29
Monsieur MOUMEN Ahmed <i>Directeur d'études au Secrétariat général du Gouvernement</i>	
Le régime disciplinaire applicable aux fonctionnaires Français	47
Monsieur Daniel GANDREAU <i>Président de chambre Cour administrative d'appel de Marseille</i>	
Le régime disciplinaire applicable aux fonctionnaires Algériens	63
Madame SID LAKHDAR Fafa <i>Conseiller d'Etat</i>	
Aspects récents du contentieux de la fonction publique en Belgique	81
Monsieur Jean-François NEURAY <i>Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat de Belgique Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles</i>	
Les garanties disciplinaires dans le statut de la fonction publique	97
M. Essaid TAIB <i>Professeur à l'ENA d'Alger</i>	

Le Contentieux de la Fonction Publique

Ce numéro a été réalisé avec le soutien de la Coopération Technique Belge (CTB) dans le cadre de la convention spécifique signée le 05 Octobre 2004 portant appui institutionnel au conseil d'Etat Algérien.

**Séminaire International sur le
contentieux de la fonction publique
organisé à l'hôtel Aurassi- Alger
le 2 et 3 Juin 2007.**

Intervenants :

- **Thierry LE ROY**, Conseiller d'Etat, Président de la 8^{ème} sous-section au Conseil d'Etat Français.
- **Kamel FENICHE**, Président de Chambre au Conseil d'Etat.

- **Ahmed MOUMEN**, Directeur d'Etudes au Secrétariat Général du Gouvernement.
- **Daniel GANDREAU**, Président de chambre, Cour Administrative d'Appel de Marseille - France.
- **Fafa SID LAKHDAR**, Conseiller d'Etat.
- **Jean-François NEURAY**, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat de Belgique, Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles- Belgique.
- **Essaid TAIB**, Professeur à l'ENA d'Alger.
- **Mohamed Eddamardache Zaki EL-AKALI**, Conseiller au Conseil d'Etat Egyptien.
- **Khaled Mohamed EL-ATRIS**, Conseiller au Conseil d'Etat Egyptien.

Impression :

Alger Print les Editions du Sahel
Zone d'activités lot n°17 Ain Bénian , Alger
Tél. : 020 35 27 21
021 30 63 13

République Algérienne Démocratique et Populaire

Conseil d'Etat

Revue du Conseil d'Etat

**SÉMINAIRE INTERNATIONAL SUR
LE CONTENTIEUX DE LA FONCTION PUBLIQUE
*ORGANISÉ LE 2 ET 3 JUIN 2007***

2007