
L'obligation de réserve

Maurice Hauriou présentait les fonctionnaires comme des «*citoyens spéciaux*» bénéficiant à la fois de droits reconnus à tout un chacun et de garanties propres aux membres de la fonction publique. Cette particularité statutaire des agents publics suscite dans notre société contemporaine sujette aux soubresauts économiques et à l'instabilité professionnelle, d'irrépressibles envies en raison de la garantie de l'emploi qu'elle recèle.

Face aux salariés du privé sur lesquels pèse le spectre du licenciement économique, les fonctionnaires (trop nombreux selon certains spécialistes) apparaissent comme des nantis usant et abusant de leurs privilèges.

Pareille approche de la fonction publique s'avère en réalité lacunaire et caricaturale dans la mesure où le statut de la fonction publique édicte aussi de nombreuses obligations pesant sur les agents, obligations qui ne sauraient au demeurant être envisagées dans le secteur privé.

Partant, le fonctionnaire n'est pas ce «privilegié» raillé et dénoncé en ce sens qu'il bénéficie d'avantages que viennent sévèrement encadrer d'exigeantes obligations.

La position statutaire du fonctionnaire ne se réduit pas à une dévolution asymétrique, inconditionnelle et unilatérale de droits et de libertés mais dégage et se construit à l'inverse autour d'un savant équilibre combinant droits et obligations.

À l'octroi d'un droit correspond invariablement la nécessité de respecter une obligation de nature à tempérer l'exercice dudit droit.

L'obligation de réserve consistant en une retenue dans l'extériorisation des opinions s'inscrit dans un tel équilibre statutaire et s'appréhende classiquement comme une limitation plutôt sévère de la liberté de pensée (I).

Ses modalités de mise en œuvre concourent au bon fonctionnement de l'administration (II).

I - Une sévère limitation la liberté de pensée

La liberté de pensée dont bénéficie le fonctionnaire comprend la liberté d'opinion et la liberté d'expression. Si la première reste absolue, la seconde est conditionnée (A). À cette modalité de limitation, s'ajoute celle de la discrétion professionnelle (B).

A - Le principe de la limitation

En matière de liberté d'opinion, sous les deux Empires, les fonctionnaires devaient prêter serment d'«obéissance à la Constitution» et de «fidélité à l'Empereur» (article 56 du *sénatus-consulte* du 28 floréal An XII et article 14 de la Constitution du 14 janvier 1852). Cette soumission statutaire réapparut sous le régime de Vichy. En janvier 1941 fut imposé aux ministres et hauts fonctionnaires le serment de fidélité à la personne du chef de l'Etat. Puis en août 1941, la déclaration certifiant la non-appartenance à la race juive, selon la définition donnée par le statut des Juifs d'octobre 1940, fut imposée à l'armée et à la magistrature. Enfin, la loi du 14 septembre 1941 *portant statut général des fonctionnaires civils* élaborait un statut applicable aux fonctionnaires visant à mettre en œuvre la Révolution nationale prônée par son fondateur. Antoine Pinay, Président du conseil sous la IV^e République, souhaita en 1952 soumettre au Parlement un projet de loi établissant des incompatibilités entre un emploi public et l'appartenance à certains partis considérés comme d'obédience étrangère (le parti communiste en l'occurrence).

La règle actuelle consiste en une liberté totale d'opinion, tant philosophique que politique, ou religieuse. Il s'agit en fait d'une application particulière de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 disposant que «*Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses opinions ou de ses croyances*» (repris par la loi du 13 juillet 1983 pour la fonction publique civile et par la loi du 13 juillet 1972 *portant statut général des militaires*).

Ainsi, l'administration ne saurait accompagner la mention de l'exercice d'un mandat syndical dans le cadre d'un dossier inscrit au tableau d'avancement au grade de président de section de Chambre régionale des comptes (CE 27 septembre 2000, *M.Rocca*).

De plus, la seule circonstance qu'un fonctionnaire adhère à un parti politique ne saurait constituer une faute (CE, 1^{er} octobre 1954, *Guille*). Toutefois, certaines catégories d'agents publics, notamment ceux relevant des emplois laissés à la discrétion du Gouvernement ou ceux occupant les hauts postes de la fonction publique sont dépourvues de cette liberté.

Quant à la liberté d'expression de l'agent public, elle ne s'applique de prime abord qu'en dehors du service. Pendant le service, celui-ci ne saurait exprimer ses doutes, interrogations, ou jugements et doit se contenter d'assumer ses fonctions (sauf pour

certaines professions tels les professeurs de philosophie par exemple amenés à s'interroger oralement).

Ainsi, est constitutif d'une faute disciplinaire nonobstant les intentions non malveillantes, un jeu de mots au caractère malséant prononcé par un avocat général à la Cour de cassation (CE Sect. 18 octobre 2000, *M.Terrail*). En dehors du service, cette liberté existe mais demeure toutefois limitée, ce qui n'interdit cependant pas à tout agent public d'exprimer des croyances religieuses (CE 28 avril 1938, *Dlle Weiss*), d'adhérer aux idées, aux partis politiques de son choix sous réserve d'une double limitation. Au contraire de la liberté d'opinion, la liberté d'expression n'est que relative, tempérée, d'une part, par l'obligation de stricte neutralité qui s'impose aux agents à l'occasion du service et, d'autre part, par l'obligation de réserve qui s'impose également aux fonctionnaires.

B - Le complément de la discrétion professionnelle

Les agents publics se doivent de respecter une discrétion professionnelle, doublée parfois d'un respect du secret professionnel. La discrétion professionnelle répond à la volonté de protéger l'administration et prend la forme d'une obligation de non divulgation de secrets administratifs. Elle se combine à cet égard, tout en s'en démarquant, avec l'obligation de réserve. Le secret professionnel quant à lui, interdit toute divulgation de secret ou d'information touchant les usagers. Il s'impose à tous les agents publics dépositaires, en raison de leurs fonctions, de secrets confiés par les usagers (personnels des établissements publics de santé, des administrations fiscales, magistrats). Les agents concernés ne peuvent lever ce secret que dans les cas où la loi les y autorise, voire les y oblige (dans le cas de sévices sur mineurs de moins de quinze ans, violences sexuelles) et dans les cas où l'usager délie l'agent de son obligation de respect absolu (CE Sect. 24 octobre 1969, *Gougeon*). La violation du secret professionnel est sanctionnée par le code pénal (article 378) et le nouveau code pénal (articles 226-13 et 226-14).

II - Les modalités de mise en œuvre de l'obligation de réserve

Conçue dans le but de favoriser les meilleures conditions du fonctionnement de l'administration, l'obligation de réserve satisfait à un dispositif spécifique (A) qui connaît cependant un tempérament (B).

A - La substance de l'obligation de réserve

Outre le devoir de loyalisme à l'égard de l'Etat et de la nation s'imposant au fonctionnaire et consistant essentiellement à ne pas adopter une attitude antisociale (par exemple, appeler à la sédition) ou antinationale (par exemple, brûler le drapeau national¹), l'agent est soumis à une obligation de réserve (CE 11 janvier 1935, *Bouzanquet*) consistant en une retenue dans l'extériorisation de ses opinions sur le fonctionnement du service auquel il appartient (ce qui diffère du secret professionnel destiné à protéger les intérêts des usagers). Celui-ci, même dans le cadre de sa vie privée, ne doit pas donner à l'expression de ses opinions une forme grossière ou insultante à l'égard de son service et de ses chefs hiérarchiques (CE 11 juillet 1939, *Ville d'Armentières*). D'origine jurisprudentiel, le dispositif s'applique non seulement aux fonctionnaires en titre mais aussi aux agents publics qui n'ont pas la qualité de fonctionnaire. De même, elle ne vaut pas seulement pour les seuls agents en service mais aussi pour les candidats à la fonction publique comme pour les agents ayant cessé leurs fonctions. La méconnaissance, ou non, de l'obligation de réserve est toujours appréciée *in concreto* par le juge qui apprécie *in concreto* les devoirs des agents en dehors du service «à la mesure des responsabilités qu'ils assument dans la vie sociale, en raison de leur rang dans la hiérarchie et de la nature de leurs fonctions» (CE 1^{er} octobre 1954, *Guille*).

Ainsi l'obligation est-elle plus étendue lorsque, notamment, le fonctionnaire est haut placé dans la hiérarchie (CE, 13 mars 1953, *Teissier*). Au surplus, la nature des fonctions exercées implique une obligation de réserve particulièrement importante (pour un fonctionnaire de police : CE, 20 février 1952, *Magnin* ; pour un magistrat, CE 5 mai 1982, *Bidalou*).

Il convient néanmoins que les critiques exprimées par le fonctionnaire concernent directement le fonctionnement de l'administration à laquelle il appartient (CE, 10 mars 1971, *Jannès*). Les propos tenus ou le comportement adopté deviennent fautifs lorsqu'ils sont de nature à entraver «*le fonctionnement normal du service public*» (CE 8 juin 1962, *Frischmann*).

¹ L'article L 433-5-1 du code pénal, issu de la loi du 18 mars 2003 *relative à la sécurité quotidienne*, édicte un outrage au drapeau tricolore et à l'hymne national (puni de sept mille cinq cents ₣ et de six mois de prison).

Cette obligation de réserve est donc à géométrie variable puisqu'elle diffère selon la nature des fonctions, selon le rang du fonctionnaire (plus l'emploi est élevé dans la hiérarchie et plus le respect devient absolu) et selon que le fonctionnaire se trouve en France ou à l'étranger (le comportement à l'étranger doit être irréprochable). Le non respect de ces limites conduit au prononcé d'une sanction disciplinaire².

B - Le tempérament de l'obligation de réserve

Il existe toutefois une exception classique à cette obligation de réserve. Il s'agit des agents responsables syndicaux qui par définition émettent des avis et autres opinions sur les services de la fonction publique. Selon le juge, ces derniers sont libérés du devoir de réserve à condition de respecter la finalité de la mission syndicale dévolue, en l'occurrence défendre les intérêts professionnels (CE 18 mai 1956, *Boddaert*, et CE 8 juin 1962, *Frischmann*, précité).

Si cette finalité n'est pas respectée, ils s'exposent alors à des sanctions (CE 25 novembre 1987, *District de Comtat Venessin*). Cette liberté n'est pas étendue aux simples adhérents syndicaux magistrats judiciaires (CE Sect. 1^{er} décembre 1972, *Dlle Obrégo*). Les personnels des armées³, de la police, les magistrats, le corps préfectoral sont pour leur part dépourvus de cette liberté d'expression. Enfin, la liberté syndicale ne saurait ni conduire à remettre en cause le principe du devoir d'obéissance à l'autorité hiérarchique auquel sont soumis les fonctionnaires, ni permettre d'entreprendre ou soutenir des mouvements à caractère politique, mettant ainsi en cause le principe de neutralité (CE 14 mars 1958, *Etienne*, et CE 8 juin 1962, *Frischmann*).

Le bon fonctionnement de l'administration passe ainsi par un conditionnement des droits et libertés des agents publics. L'obligation de réserve remplit pleinement cet objectif louable et indispensable à l'édiction d'un Etat de droit.

² Un dispositif comparable est institué à l'article 17 alinéa 2 du statut de la fonction publique communautaire prévoyant que «*le fonctionnaire ne doit ni publier ni faire publier, seul ou en collaboration, un texte quelconque dont l'objet se rattache à l'activité des Communautés sans l'autorisation de l'autorité investie du pouvoir de nomination. Cette autorisation ne peut être refusée que si la publication envisagée est de nature à mettre en jeu les intérêts des Communautés*». Dans un arrêt du 6 mars 2001, *Connolly c/ Commission*, le juge communautaire établit un ligne de conduite le conduisant en la matière à «*vérifier, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime à veiller à ce que ces fonctionnaires et agents œuvrent dans le respect des devoirs et des responsabilités liés à leur charge*».

³ Selon l'article 7 de la loi du 13 juillet 1972, les militaires ne peuvent, sans autorisation du ministre, «*évoquer publiquement des questions politiques ou mettant en cause une puissance étrangère ou une organisation internationale*». Une ordonnance du 28 septembre 1960, évidemment liée à la guerre d'Algérie, a prévu un régime de sanctions disciplinaires fortement aggravé par rapport au Droit commun de la répression disciplinaire pour les fonctionnaires ayant fait l'apologie de l'insoumission ou de la désertion.