

Valérie LADEGAILLERIE

LE CONCEPT
DE
FONCTION PUBLIQUE

Diffusion
anaxagora

© Valérie LADEGAILLERIE
ISBN 978-2-492428-11-1

© Cette œuvre est protégée par le Code de la propriété intellectuelle selon la loi du 1^{er} juillet 1992.
Manuscrit déposé pour protection juridique.
Citations autorisées avec la mention de l'auteur et www.anaxagora.net

Valérie LADEGAILLERIE

Honorariat Légion étrangère - caporal-chef

Docteur ès Droit, ès Science Politique, Docteur ès Philosophie

Directeur département Droit Sciences politiques Stratégie militaire

Institut Européen de Recherche Sociétale et Stratégique

Chercheur participatif Anaxagora

INTRODUCTION

Cette recherche s'inscrit dans une démarche utilitaire –

- elle se veut un véritable instrument d'étude pratique, élaborée sous forme de plan détaillé, elle fait apparaître les définitions des termes juridiques, les principaux principes et exceptions, les notions fondamentales... ainsi que de nombreuses classifications permettant une appréhension facilitée du droit
- bien que visant plus particulièrement les étudiants de droit, elle s'adresse à tout néophyte, à tout curieux de connaissances juridiques et aux étudiants qui désirent réviser – ce qui explique sa conception sous forme de notes – les fondamentaux, à savoir tout ce qui est nécessaire de connaître sur un sujet de droit déterminé.

SOMMAIRE

LA FONCTION PUBLIQUE SOUS L'ANCIEN REGIME

- **FONDEMENTS THEORIQUES DE L'ETAT ROYAL**
CREATION DE NOUVEAUX CONCEPTS UTILITARISTES
LA NOTION DE FONCTION PUBLIQUE
- **L'ADMINISTRATION ET SES AGENTS**
LE SYSTEME DES OFFICES
LES COMMISSIONS
LES CONFLITS ENTRE AGENTS

LA FONCTION PUBLIQUE ET LES LUMIERES

- **LA MULTIPLICITE DES FONCTIONS PUBLIQUES**
LE CONCEPT DE FONCTION PUBLIQUE : L'APPORT DES PHILOSOPHES
LES INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES ET LES PHILOSOPHES
- **LES FONCTIONS PUBLIQUES DANS LA PENSEE REVOLUTIONNAIRE**
LA NAISSANCE DU TERME FONCTIONNAIRE
LE FONCTIONNAIRE EN TERMES JURIDIQUES
LE FONCTIONNAIRE : AGENT DU POUVOIR EXECUTIF

EVOLUTION DU CONCEPT DE FONCTION PUBLIQUE

- LA NAISSANCE DU CONCEPT DE FONCTION PUBLIQUE
- LA DEFINITION DE FONCTIONNAIRE
- LA NATURE JURIDIQUE DE LA FONCTION PUBLIQUE

LA FONCTION PUBLIQUE MODERNE

- **L'ETAT ET LA SOCIETE**
L'APPAREIL ETATIQUE ET L'EVOLUTION DES METHODES
L'ETAT ET SES INSTITUTIONS
- **LE SENS DE FONCTION PUBLIQUE**
- **RELATIONS FONCTIONNAIRE / UNIVERS LEGISLATIF**

CONCLUSION

La fonction publique d'Ancien Régime est intimement liée à la notion de souveraineté absolue – *La fonction publique sous l'Ancien Régime*

Le concept de fonction publique évolue avec les Philosophes des Lumières. Ainsi, Rousseau propose d'entendre le contrat social comme un pacte où « chacun de nous mettrait en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale »¹ – *La fonction publique et les Lumières*

Il semble que l'action humaine implique la vie en société ; maîtriser l'agressivité naturelle de l'homme, transformer les tendances égoïstes de chacun en fins communes sont des préoccupations qui habitent la pensée des philosophes et des politiques. De facto, dans une conception issue de la Révolution et de l'Empire, le fonctionnaire est un citoyen spécial qui ne peut connaître des intérêts distincts de ceux du service public avec lequel il doit de se confondre – *Evolution du concept de fonction publique*

L'extension du champ d'action de l'Etat implique une diversité de missions administratives – *La fonction publique moderne*

¹ Rousseau, *Du contrat social*, Bibliothèque de la Pléiade (1964).

LA FONCTION PUBLIQUE SOUS L'ANCIEN REGIME

Le terme fonctionnaire n'appartient pas au vocabulaire de l'Ancien Régime. Le vocable *fonction* et l'expression *fonction publique* d'origine gréco-romaine s'utilisent dans le langage juridique sans avoir leur sens moderne. Aussi une question nous interpelle : qu'est-ce que la fonction publique d'Ancien Régime ?

➤ FONDEMENTS THEORIQUES DE L'ETAT ROYAL²

Dès la fin du Moyen Age, avec l'apparition de l'Etat moderne, l'on note une transformation de l'appareil administratif seigneurial en appareil d'Etat³ qui présuppose l'affirmation de l'autorité royale et la centralisation des institutions administratives.

CREATION DE NOUVEAUX CONCEPTS UTILITARISTES

Les mouvements doctrinaux du XVI^e et XVII^e siècles développent la théorie de l'Etat souverain et consacrent la conception absolutiste du pouvoir selon laquelle l'autorité exercée sur les sujets - plus tard citoyens - ne connaît pas de limites. La souveraineté comme « puissance absolue et perpétuelle d'une République »⁴ ou « forme qui donne l'estre à l'Etat »⁵ est déléguée au « souverain Suprême », ie le Roi pour « administrer » l'Etat. Deux concepts utilitaristes apparaissent : l'Etat et l'administration.

Le Bret affirme la souveraineté du souverain : Le Roi est « le seul souverain dans son royaume » et « la souveraineté n'est pas plus divisible que le point en géométrie ».

A partir de Louis XIV, le roi cherche à imposer l'Etat comme une personne juridique qui unit les membres de la communauté mais qui ne se confond pas avec la personne du Roi.

Le Roi en unissant en sa personne la volonté des particuliers devient le seul détenteur de la puissance souveraine et sa principale fonction consiste à déterminer les besoins de l'Etat selon les exigences de l'utilité publique.

Si au cours des XV^e et XVI^e siècles, l'on désigne l'Etat sous le vocable *res publica* ; au XVII^e siècle, le mot Etat acquiert une nouvelle signification qui correspond à la pratique politique nouvelle de l'époque.

Le terme *Etat* s'identifie au principe abstrait de la souveraineté, il prend alors la signification de « gouvernement d'un peuple vivant sous la domination d'un prince ou en république et se prend aussi pour le pays même qui est sous une telle domination »⁶.

Le concept d'unité de la puissance souveraine domine l'univers juridique de l'époque et la distinction entre gouvernement⁷ et administration dans son sens actuel n'existe pas.

Jusque dans la première moitié du XVIII^e siècle, les termes *administration*, *administrer* s'utilisent suivis d'un complément ; ainsi administrer la Justice, l'Administration de la Justice.

² Valérie Ladegaillerie, *Les institutions publiques françaises, naissance et évolution 481-1789* in www.anaxagora.net

³ Loyseau, *Traité des seigneuries*, Paris 1608. Loyseau utilise l'expression « seigneurie de l'Etat ».

⁴ Bodin, *République* (1583).

⁵ Loyseau, *Traité des seigneuries* (1608).

⁶ *Dictionnaire de l'Académie française* (1694).

⁷ Richelet, *Dictionnaire français contenant généralement tous les mots*. « Administrer, mot qui descend du latin administrare et qui veut dire gouverner »...

Les institutions centrales se heurtent aux pouvoirs des corps intermédiaires où les domaines privé et public ne connaissent pas de définition stricte. Administrer signifie alors exécuter une fonction, à savoir « gouverner les affaires, les biens d'une personne ou d'une communauté »⁸. Le terme *administration* seul ne s'utilise pas. Le pouvoir administratif repose sur la notion juridique gréco-romaine de police, à savoir « l'ordre public de chaque ville »⁹. La notion de police renferme ce qui aujourd'hui prend le nom d'action administrative puisqu'elle a pour objet tout ce qui est nécessaire et utile au maintien de l'ordre public et la satisfaction du bien commun.

LA NOTION DE FONCTION PUBLIQUE

La distinction des éléments publics et privés n'est pas clairement définie entendu que le monarque dans une monarchie de droit divin exerce « la pleine puissance » et que le particulier n'a pas la faculté de réclamer des droits relativement à l'Etat – il ne jouit que de franchises qu'il tient soit d'un contrat, soit d'une concession du souverain, soit d'un long usage. La présence des pouvoirs intermédiaires, villes, concordataires et législation canonique, droits féodaux, entrave le développement de la distinction public/privé.

Le droit public constitue une matière principalement destinée à l'enseignement du Roi et de ses conseillers. Il est le fondement légitime du pouvoir monarchique lorsque le Roi intervient dans le but de régler la satisfaction des besoins du public. La police « partie du droit public qui est la plus nécessaire »¹⁰ est son principal objet.

La Renaissance consacre la classification tripartite du droit qui se décompose en « droits de royauté », « droits des particuliers » et « droits de seigneurie »¹¹.

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, l'on revient à la division romaine du *jus publicum* et *jus privatum*. Le développement du pouvoir central et le renforcement de l'opposition entre la puissance de l'Etat et les droits individuels facilitent l'apparition d'une théorie moderne de l'Etat. La conception des fonctions publiques trouve son modèle de référence dans l'Antiquité et plus particulièrement dans la magistrature romaine. Les termes *fonction* et *public* tirent leur origine linguistique du latin juridique.

L'adjectif *public* que la langue française consacre très tôt dans la chose publique - *res publica*, ou le bien public est « un terme relatif et collectif à particulier » qui désigne « le général des citoyens ou des hommes, la société civile ; tout le peuple en général »¹².

Le vocable *fonction* dérive du latin *funcio* qui signifie « accomplissement » et en latin juridique « service public »¹³ ; il apparaît au XVI^e siècle dans le sens « exercice d'une charge »¹⁴ ou de « charge elle-même »¹⁵. Ensuite Loyseau définit l'office comme une « dignité ordinaire avec fonction publique »¹⁶. De facto, la fonction s'accompagne de la notion de devoir. Une fonction est non simple action mais devoir ; elle est attachée au système des charges et emplois publics. Elle oblige son détenteur à un mode déterminé d'action et lui impose des services à accomplir.

⁸ Furetière, *Dictionnaire universel*.

⁹ De La Marre, *Traité de Police*, 2^e éd. (1729).

¹⁰ Abbé Fleury, *Droit public de la France*, Paris (1769).

¹¹ Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français », A.P.D. 1952

¹² *Dictionnaire* de Trévoux, *Dictionnaire* de Richelet.

¹³ *Nouveau Dictionnaire étymologique et historique* (1969)

¹⁴ Paradin, *Annales de Bourgogne*, dans le *Trésor de la langue française*, entrée fonction Paris (1980).

¹⁵ N. Du Fail *Comtes d'Eu-trapel*, éd. J. Assézat, *Trésor...* ibid.

¹⁶ Loyseau, *Du Droit des Offices*, Paris (1610).

A noter que Ferrière dans son *Dictionnaire juridique* ne comprend pas d'entrée *fonction publique*, ce qui prouve que cette expression n'a pas d'acception spécifiquement juridique. Toutefois, l'on remarque que la charge se définit comme une « dignité ou un office qui donne pouvoir à quelqu'un d'exercer quelque fonction publique et de percevoir certains droits »... que l'office est « une dignité ou fonction publique qui nous donne une qualité, un titre et un rang selon les fonctions : on les appelle Charges ».

➤ L'ADMINISTRATION ET SES AGENTS

L'idée de séparation des pouvoirs est inconnue de l'Etat monarchique car le concept d'unité de la puissance souveraine domine toutes les institutions de l'Ancien Régime. De même, l'idée de spécificité de l'Administration n'existe pas, ni les fonctions publiques organisées.

LE SYSTEME DES OFFICES

La Monarchie participe de la formation du système des offices puisqu'elle organise la vente des fonctions publiques au profit du Trésor. Le renforcement du rôle des officiers et le développement d'un esprit de corps constituent une menace permanente à la tendance royale à centraliser le pouvoir administratif.

Au début du XVII^e siècle, certains juristes cherchent à faire correspondre le système des offices au modèle des magistratures romaines.

Loyseau interprète l'office avec des référents de pensée puisés dans l'Antiquité¹⁷ bien qu'il évoque également une similitude avec « l'usage de fiefs dont ni les Romains ni ceux de la Grèce n'eurent onques cognoissances ». De facto, l'origine de l'office en tant que système d'administration se trouve plus dans la France médiévale, notamment dans l'institution des prévôts ou *praepositi* qui sont des agents sur les terres royales affermées. Dans leur circonscription, le prévôt représente le pouvoir royal et commande au nom du Roi, il est doté de fonctions judiciaires, financières mais aussi militaires. Leur pouvoir s'étend progressivement et le roi éprouve le besoin d'imposer son autorité ainsi que de répondre aux plaintes de ses sujets relativement aux abus.

En contrepartie, le roi institue les baillis, inspecteurs nommés et révoqués *ad nutum*. Leur fonction consiste à surveiller les abus et corriger la gestion des prévôts. Leur rôle s'accroît et ils disposent d'attributions étendues, en particulier dans le domaine financier et dans la plupart des cas où leur autorité se superpose à celle des prévôts. Au XV^e siècle, les fonctions de baillis deviennent viagères.

La vénalité des offices marque les Institutions de l'Ancien Régime¹⁸. Au XVI^e siècle, la monarchie organise juridiquement l'office, résultante d'une réalité socio-économique.

Deux facteurs –

D'une part, la Monarchie doit financer ses dépenses et la mise en vente des charges publiques devient le moyen d'alimenter les caisses du Trésor et d'autre part, la bourgeoisie enrichie investit sur l'office qui constitue « un capital à faire valoir » ; de surcroît, l'office leur permet également de participer à l'exercice de la puissance publique.

¹⁷ Loyseau *Les Cinq Livres des Offices*.

¹⁸ Le principe n'est pas la résultante d'un texte législatif, seul l'édit de la Paulette pourrait s'en rapprocher.

Le roi crée les offices et en dispose, l'officier exerce une autorité déléguée. Pour Loyseau créer un office est un acte de souveraineté car « comme il n'appartient qu'au souverain de faire les lois qui sont les magistrats muets, aussi il n'appartient qu'à lui d'établir les magistrats qui sont les lois parlantes »¹⁹.

Le système des offices connaît diverses étapes de développement. A la fin du XV^e siècle, les fonctions publiques se fondant sur le précédent du bénéfice ecclésiastique deviennent viagères.

Par conséquent, le roi ne peut disposer des offices anciens pour les attribuer à moins qu'ils ne soient vacants soit par mort de l'officier, soit par forfaiture, soit par leur résignation volontaire.

La résignation à survivance constitue un système de transmission de l'office original, suivant lequel le roi consent à transmettre l'office à celui que désigne le résignant et délivre des lettres de provision au nom du résignataire. Au début, la cession volontaire ne représente pas le caractère d'une vente ; la pratique de verser une somme d'argent à l'ancien officier par le nouveau acquéreur devient vite l'usage, transformant la résignation à survivance en résignation vénale. L'office devient un objet de propriété, un bien patrimonial. Si la royauté ne s'oppose pas à l'usage des survivances et à la vénalité des offices, elle cherche à en profiter en vendant les offices dont le roi peut disposer²⁰.

François I pour faire face aux dépenses de la guerre d'Italie crée en 1522 la *Recette des parties casuelles* destinée à recevoir le produit des ventes des offices et impose à l'acquéreur de tout office vendu par le roi de payer une finance qui prend la forme d'un prêt jamais remboursé. La finance ne suffit pas à financer les guerres²¹, alors la monarchie multiplie le nombre des offices en créant des offices nouveaux.

En 1604, apparaît la « déclaration sur le droit annuel ou paulette » qui généralise la transmission vénale et confirme le caractère héréditaire et patrimonial de l'office.

L'officier acquiert de droit de disposer librement de son office puisqu'il peut résigner librement et au moment qu'il lui plaît en payant au début de chaque année au Trésor une taxe, le droit annuel, à savoir le 60^e de la valeur de l'office. S'il meurt sans avoir résigné, l'office reste à disposition de ses héritiers qui ont la faculté soit de l'exercer, soit de le vendre²².

Le concept de l'office en tant que fonction publique évolue. En constituant un capital à faire valoir, l'office doit se rendre profitable. De facto, les différentes taxations attachées aux actes de l'officier en font une fonction profitable.

LES COMMISSIONS

Le renforcement de l'Etat monarchique trouve un contre-pouvoir dans les corps intermédiaires concurrents. Le système des offices se révèle inefficace comme instrument d'unité et de centralisation au service du pouvoir royal. Le roi se réserve toujours la possibilité de faire exécuter certaines fonctions par commission. Au fur et à mesure que se développe le système des offices, la puissance des officiers s'accroît. La Monarchie, menacée, institue un réseau de commissaires afin de se défendre.

¹⁹ Loyseau, *Traité des seigneuries*.

²⁰ Pour que la résignation à survivance soit valable, elle doit être faite au moins 40 jours avant le décès du résignant. Le roi offre alors la possibilité à l'acquéreur d'obtenir l'omission de cette restriction en achetant la dispense de 40 jours et en payant en contrepartie une finance.

²¹ Selon Mousnier de 1515 à 1665 le nombre des offices est multiplié par onze, à savoir les 4 000 passent à plus de 46000.

²² L'office est devenu objet de commerce, élément du patrimoine privé.

Entre outre, les premiers commissaires exercent la justice retenue du roi dans les provinces et le représentent auprès des assemblées des trois états. Ils rédigent les coutumes, veillent dans les provinces à l'exécution de certains édits et, dans le domaine des finances, ils poursuivent les abus des officiers de finances dans les provinces.

Si la Monarchie emploie des maîtres des Requêtes avec compétence générale qui effectuent des tournées d'inspection annuelles dans les provinces, le roi se réserve toujours le droit de leur attribuer par commission une fonction précise – publication d'un édit, perception des tailles... contrôle des abus et des malversations des officiers de finances.

Au XVII^e siècle, les intendants de province, à savoir les intendants de Justice, Police et Finances, ou « commissaires départis dans les généralités du Royaume pour l'exécution des ordres du Roi »²³ sont choisis parmi les maîtres des Requêtes.

Le commissaire en application de la théorie du mandat reçoit une lettre de commission expédiée par le roi énumérant avec précision et minutie les fonctions dévolues. Il fait publier cette lettre en Justice au lieu où il est commissionné d'exercer ses fonctions.

La patrimonialité de commission n'est en général pas acceptée ; de facto, le roi n'accorde de lettres de survivance que rarement et ce à titre exceptionnel. En droit la commission prend fin soit par la mort du commissaire, soit par l'achèvement de la mission confiée, soit par révocation ou par la mort du roi qui l'a commissionnée. Les commissions ne donnent pas non plus de rang définitif aux commissaires mais, suivant la maxime du droit canon « *omnis delegatus major est ordinario in re delegata* » pendant qu'ils exercent leurs fonctions dévolues par la commission, les commissaires représentent directement la personne du Roi.

LES CONFLITS ENTRE AGENTS

Le système des commissions donnent un nouvel essor au développement de l'appareil administratif. Les intendants de Province dont le but est d'exécuter les ordres du roi étendent leurs pouvoirs de décision et de contrôle dans tous les domaines de l'activité administrative. Les officiers conscients de l'accroissement des pouvoirs des commissaires réagissent. Les officiers parisiens des Cours souveraines de Paris conduits par ceux du Parlement de Paris obtiennent la suppression de la plupart des intendants (1648). Mazarin les rétablit peu après.

La longue lutte entre officiers et commissaires laisse ses marques sur les institutions de l'Ancien Régime. Les officiers sont profondément atteints dans leurs privilèges et leurs pouvoirs même si les Parlements réussissent à faire repousser la réforme Maupeou relative à la réorganisation de la Justice (1771)²⁴. A noter que ces deux branches de l'administration, officiers et commissaires, se recrutent dans le même milieu social : la noblesse de Robe. Le pouvoir royal cherche appui dans cette noblesse de Robe qui alimente les emplois supérieurs, offices et commissions. Les robins afin d'accroître leur indépendance vis-à-vis du pouvoir royal et faire prévaloir leurs propres intérêts se montrent hostiles à toute tentative de réforme visant à la centralisation administrative.

²³ Guyot définit les intendants de province comme « les magistrats que le Roi envoie dans les différentes parties du Royaume pour y veiller à tout ce qui intéresse l'administration de la Justice, de la Police et des Finances, pour y maintenir le bon ordre et y exécuter les commissions, exemptions, prérogatives et privilèges ».

²⁴ « Sachez, aurait dit le financier Law au marquis d'Argenson, que ce royaume de France est gouverné par trente intendants. Vous n'avez ni Parlement, ni Etat, ni gouverneur. Ce sont trente maîtres des requêtes, commis aux provinces, de qui dépendent le malheur ou le bonheur de ces provinces, leur abondance ou leur stérilité » : cité par Soboul, *La Révolution française* (1981).

La bourgeoisie, renforcée par l'expansion économique de la première moitié du XVIII^e siècle mais écartée des fonctions politiques, ne peut plus accéder aux emplois administratifs supérieurs devenus monopole de familles privilégiées.

LA FONCTION PUBLIQUE ET LES LUMIERES

Les Lumières veulent faire revivre par l'exercice d'une autorité légitime le Magistrat, défenseur et garant du bonheur public. Avec la Révolution, il prend la dénomination de *fonctionnaire public* et devient un agent prêt à se dévouer à toute tâche que lui confient ses concitoyens afin de servir les intérêts de la Nation.

➤ LA MULTIPLICITE DES FONCTIONS PUBLIQUES

Le concept de fonctions publiques élaboré sur l'exemple des magistratures gréco-romaines marque la période qui s'initie avec la philosophie des Lumières et s'achève vers 1870. Au XIX^e siècle, le fonctionnaire se rattache à l'exercice du pouvoir exécutif, il devient agent de l'Etat, détenteur d'une autorité exécutive. L'idéal du XVII^e siècle repose sur la notion de devoir et de contrainte. Au siècle suivant, au nom du rationalisme, la raison doit tout dominer et régir. La légitimité de l'ordre politique se fonde sur la loi et le bonheur commun devient le but principal affiché de la société.

LE CONCEPT DE FONCTION PUBLIQUE : L'APPORT DES PHILOSOPHES

Les philosophes des Lumières construisent une théorie politique qui préfigure l'appareil d'Etat moderne. Le roi n'est que le « premier magistrat » dans son royaume ; ainsi naît une conception d'un pouvoir d'Etat détaché de la personne du monarque et apparaissent des fonctions publiques spécifiques afin de défendre et garantir le bonheur public. Cette philosophie fonde l'exercice du pouvoir entre le souverain et le peuple sur un contrat. Le roi se doit d'être un despote éclairé qui fonde son autorité absolue sur la raison. L'Etat se détache sa personne et ce n'est plus « l'Etat qui appartient au Prince » mais c'est « le Prince qui appartient à l'Etat » puisque le roi n'a comme fonction principale que « de gouverner dans l'Etat »²⁵.

Cet aspect rationnel du pouvoir royal influence le vocabulaire politique. L'Abbé de Véri remarque que « Les expressions triviales dans une jeunesse : « servir le Roi, servir la Patrie »... n'ont plus dans la bouche des Français les impressions de gloire... qu'elles portaient anciennement. A peine ose-t-on dire : « servir le Roi » ; on y a substitué ce mot « servir l'Etat ». Ce dernier mot a été du temps de Louis XIV un blasphème. Nous avons vu dans les vingt premières années de Louis XV un reste de cet esprit, lorsqu'un ministre se récria dans une académie contre le mot « servir la nation ». – « Il n'y a point de nation en France, dit-il, il n'y a qu'un Roi ». Aujourd'hui personne presque n'oserait dire dans les cercles de Paris « je sers le Roi ». « Je sers l'Etat, j'ai servi l'Etat », voilà l'expression la plus usitée ».²⁶

Le terme nation apparaît synonyme d'Etat. Les cours de Justice à travers les remontrances se prétendent le représentant de la Nation en charge d'appliquer la loi et en élargissent le sens. Désormais, la Nation fait référence à un corps séparé, distinct du monarque exprimant la volonté du peuple entier. Les intérêts de la Nation peuvent s'opposer aux intérêts du roi puisque le gouvernement « est un bien public et, même confié au roi, il ne peut jamais être enlevé au peuple à qui seul il appartient essentiellement et en pleine propriété »²⁷. La Monarchie doit reposer sur l'utilité sociale et apporter le bien-être à toute la Nation sinon elle risque de dégénérer en tyrannie²⁸.

²⁵ Diderot, *Encyclopédie* sous l'entrée autorité.

²⁶ *Journal* éd. Tallandier.

²⁷ Diderot, *Encyclopédie* entrée autorité : « La Couronne, le gouvernement et l'autorité publique, sont des biens dont le corps de la nation est propriétaire, et dont les princes sont les usufruitiers, les ministres et les dépositaires ».

²⁸ Diderot *Encyclopédie* entrée souverain : « En quelques mains que soit déposé le pouvoir souverain, il ne doit avoir pour objet que de rendre heureux les peuples qui lui sont soumis ; celui qui rend les hommes malheureux est une usurpation manifeste et un renversement des droits auxquels l'homme n'a pu jamais renoncer ».

Il faut attendre les dernières années de l’Ancien Régime pour parler d’une définition du gouvernement distincte de celle de l’administration. Dès lors, le gouvernement devient la forme avec laquelle s’exerce la puissance souveraine, à savoir « la manière dont la souveraineté s’exerce dans chaque Etat »²⁹ ; le meilleur gouvernement est donc celui où le régime a pour objet de faire le plus grand nombre d’heureux. De facto, la forme de gouvernement importe peu et varie selon les pays car « tout homme est maître de choisir le gouvernement sous lequel il trouve bon de vivre » et toute puissance souveraine doit émaner « de ce consentement libre des peuples »³⁰. Le gouvernement ne s’envisage pas uniquement comme une forme d’action mais aussi en tant qu’organe collectif et, vers le milieu du XVIII^e siècle, l’on note dans le dictionnaire le terme pour désigner aussi « les personnes qui gouvernent »³¹.

L’abbé Girard propose la distinction suivante –

× L’Administration a des objets d’une plus grande conséquence, tels que la justice ou les finances d’un Etat. Elle suppose une prééminence d’emploi qui donne du pouvoir et du crédit ; et une sorte de liberté dans le département dont on est chargé. Le terme administration se concrétise toujours à partir des thèmes justice, finances ... se réfère à l’action de l’administration monarchique et concerne surtout les offices de judicature et de finances qui assurent à leurs détenteurs une indépendance et une liberté d’action dans l’exercice de leurs pouvoirs. L’on note à partir de 1756, l’utilisation par les cours souveraines des termes *administration*, *administrer* sans complément afin de désigner la satisfaction des besoins quotidiens du public à la place de police.

× Le Gouvernement résulte de l’autorité et de la dépendance, il indique une supériorité de place sur des inférieurs et un rapport particulier à la politique. A noter la relation étroite entre gouvernement et politique.

Le concept *privé/public* se développe avec l’apparition dans les textes de la distinction entre gouvernement et administration.

Selon les principes du droit naturel les hommes naissent libres et égaux et s’ils renoncent à une partie de leur indépendance naturelle pour se soumettre à la volonté de toute la société, c’est pour être heureux. L’homme perd alors par le contrat social sa « liberté naturelle » mais gagne son équivalent, à savoir « la liberté civile » et la force pour la conserver selon les exigences de la volonté générale³². La société n’a pas pour but le bien des particuliers mais le bien public. Diderot remarque que « les passions et les intérêts des hommes font qu’ils s’opposent toujours au bien général lorsqu’il leur paraît contraire à leur intérêt particulier. Ils ne voient le premier que dans le lointain ; tandis que sans cesse ils ont le dernier sous les yeux ». Il faut changer l’esprit de propriété et l’esprit de communauté et « revêtir la puissance exécutive avec la force nécessaire pour faire obéir chaque particulier aux lois générales qui sont les volontés de tous ». A rappeler que l’idée de supériorité de l’intérêt public caractérise le modèle institutionnel gréco-romain qui constitue pour le XVIII^e siècle une source idéologique. Jusqu’alors le terme public signifie « le général des citoyens ou des hommes, tout le peuple en général »³³. Les philosophes des Lumières tendent à construire un nouvel espace relativement au terme public. Si les hommes sacrifient une partie de leur indépendance et de leur liberté naturelle pour se soumettre à la volonté du peuple, ce n’est que pour exercer leurs libertés individuelles dans la vie en société. L’intérêt général a pour but de libérer les intérêts particuliers.

²⁹ *Encyclopédie*, définition du terme gouvernement.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Voir la 3^e éd. du *Dictionnaire de l’Académie française* (1740) et le *Dictionnaire de Trévoux*

³² Rousseau, *Contrat social* (1762).

³³ *Dictionnaire* de Furetière 1690 et *Dictionnaire de l’Académie française* (1740).

LES INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES ET LES PHILOSOPHES

Si l'office est un moyen d'accès aux fonctions publiques, elle constitue de facto une limitation qui s'impose à la Monarchie.

Dès le XVI^e siècle, Loyseau porte des critiques contre la vénalité des offices et au XVIII^e siècle, des philosophes formulent des idées populaires, ainsi de l'abolition des privilèges, l'égalité de tous devant la Loi et l'Etat, le libre accès aux fonctions publiques...

Selon les principes du droit naturel, les hommes sont égaux. En l'espèce, il s'agit d'une égalité politique qui peut aboutir à des distinctions entre les membres de la communauté. Sieyès en écrivant que « les privilèges sont par leur nature injustes et contradictoires à la fin suprême de toute société politique » exprime le fait que l'inégalité est contraire à la nature, à la raison et au bonheur de la société. L'on dénonce le système des offices comme obstacle majeur à l'égalité politique entendu qu'il exclut l'admission de tous à tous les emplois selon leur talent, ce qui suppose que l'office entendu comme bien patrimonial de l'officier est contraire aux intérêts de la Nation car l'Etat est la propriété commune de toute la société. La revendication d'accès à toutes les fonctions publiques est présente afin que « les roturiers puissent être admis à posséder dans la société tout emploi civil ou militaire, le mérite devant l'emporter sur la naissance ». L'abolition de la vénalité d'offices est une revendication permanente. Pour que « le public fut admis autant qu'il se peut dans le gouvernement du public » il faut abolir l'acquisition de l'office par la finance, à savoir la vente aux enchères des fonctions publiques et ne plus attacher aux emplois honorifiques aucun revenu.

Voltaire raconte : « J'ai vu dans mes courses un pays assez grand et assez peuplé dans lequel toutes les places s'achètent, non pas en secret et pour frauder la loi comme ailleurs mais publiquement et pour obéir à la loi. On y met à l'encan le droit de juger souverainement de l'honneur, de la fortune, de la vie des citoyens comme on vend quelques arpents de terre ». Ainsi, l'office apparaît de facto comme *un capital à faire valoir*, une marchandise.

La Monarchie organise la vente des fonctions publiques au profit du Trésor et choisit « la pire de toutes les méthodes pour conférer les emplois, c'est-à-dire celle de les vendre aux enchères »³⁴. Dans le même esprit, elle favorise la création d'offices nouveaux en sorte que « les hommes ne semblent plus faits pour l'Etat mais l'Etat pour les hommes »³⁵. De facto, le trafic des fonctions publiques favorise l'arbitraire et constitue une entrave à l'action de l'Etat ainsi qu'une menace pour la liberté et la sécurité des citoyens.

Le principe héréditaire rompt avec les principes des Lumières qui prône le développement et la reconnaissance des talents naturels et du mérite et affaiblit l'emprise du pouvoir monarchique tout en augmentant corrélativement la puissance et l'indépendance des officiers.

A noter que dans le cadre de l'administration locale l'élection des agents municipaux est préférable du fait qu'elle favorise la participation des agents à la gestion des affaires publiques mais, de facto, on ne fera que « passer les charges de pères aux enfants quand tout autre récompense sera épuisée que pour les pères »³⁶. A observer que l'idée de suppression de l'hérédité des offices n'est pas nouvelle. Richelieu un an siècle avant dans son *Testament politique*, écrit qu'il « vaut mieux laisser la vénalité et le droit annuel que d'abolir ces deux établissements difficiles à changer sans d'un coup ébranler l'Etat »³⁷

³⁴ D'Argenson *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France* (1784).

³⁵ Ibid

³⁶ Ibidem.

³⁷ Richelieu *Testament politique* (1688).

Le système des offices tire son importance du fait qu'il est un élément essentiel dans la structure politique et sociale du royaume. La crise du système administratif s'illustre entendu que le despotisme ministériel et la vénalité des offices en constituent les deux éléments essentiels.

× Le roi n'est pas responsable de l'administration royale

La conception moderne de l'Etat et la promotion de l'idée d'un Etat distinct de la personne du souverain se fait dans un premier temps grâce à l'élaboration des principes du gouvernement monarchique. Il faut garder à l'esprit le rôle du roi dans la formation de l'Etat. Afin de garantir l'unité de l'Etat et de réduire le rôle des pouvoirs intermédiaires, le roi souvent s'oppose aux féodalités et aux tyrannies locales ; il incarne celui capable de promouvoir le bien commun. La royauté doit être « le Gouvernement d'un Etat par un Homme seul qui considère moins son droit de propriété que le droit de l'Etat qu'il gouverne et dont il ne se regarde que comme le premier Magistrat »³⁸. L'on est très proche de la magistrature gréco-romaine. Pour se faire, il devient nécessaire de réglementer l'exercice du pouvoir royal en application du principe selon lequel le monarque est le Magistrat suprême de l'Etat, le premier sujet de loi et responsable de son exécution.

× Le privilège des détenteurs d'office

Voltaire conçoit les difficultés pour la Monarchie afin de contrôler son appareil administratif et de centraliser l'exercice de la puissance publique. Dans son *Dictionnaire philosophique*, il écrit : « Répétons qu'on peut tout faire, tout corriger, que le grand défaut de presque tous ceux qui gouvernent est de n'avoir que des demi-volontés et des demi-moyens ».

La puissance publique est passée progressivement entre les mains des officiers, inamovibles et indépendants dans leurs fonctions, qui satisfont plus particulièrement leurs intérêts personnels. D'Argenson remarque qu'« On ne cesse d'être surpris de voir en place des gens qui n'ont aucune capacité ; les survivances sont devenues de droit commun et tous les abus règnent également dans le peu de choix libres qui restent au Roi comme dans ceux qui ne requièrent qu'un agrément de formalité ». A l'opposé, Montesquieu considère que la vénalité est « bonne dans les Etats monarchiques parce qu'elle fait comme un métier de famille ce qu'on ne voudrait pas entreprendre par la vertu ; qu'elle destine chacun à son devoir et rend les ordres de l'Etat plus permanents... Or dans une monarchie où, quand les charges ne se vendraient pas par un règlement public, l'indigence et l'avidité des courtisans les vendraient tout de même ; le hasard donnera de meilleurs sujets que le choix du prince »³⁹.

× Le despotisme des ministres

Les penseurs du XVIII^e siècle soutiennent le régime monarchique mais reconnaissent à l'exemple de D'Argenson que le plus « grand défaut du Gouvernement monarchique et absolu : il veut se mêler de tout, il veut tout gouverner par ses agents directs et royaux ». De facto, le despotisme ministériel constitue une entrave à la volonté royale et une menace pour la liberté et la sécurité des citoyens. Mounier estime que « Les ministres usaient de l'autorité royale avec une imprudence telle que le gouvernement inspirait une défiance qui rendait impossible les changements les plus avantageux »⁴⁰. L'on retrouve la même préoccupation dans les Cahiers de doléances⁴¹.

³⁸ JJ. Rousseau, Ibid.

³⁹ Montesquieu, Ibid.

⁴⁰ Cité par J. Caritey dans *Politique, administration et administrateurs*, Revue administrative (1959).

⁴¹ Exemple le Cahier du Thiers du Quercy on se plaint que « le gouvernement arbitraire, a multiplié les attentats sur la liberté et la propriété des citoyens... Que d'injustices révoltantes n'ont pas occasionnées de nos jours les détentions arbitraires ? Que d'époux arrachés à leurs femmes,

Le despotisme se répercute du sommet de la hiérarchie à la base de l'appareil d'Etat⁴². Peuchet appelle les bureaux la « bureaucratie », forme « d'administration abusive, une espèce de Gouvernement connue seule en France... qui a produit les maux dont on se plaint... (la bureaucratie) est gouvernement, lorsque par un abus aussi bizarre qu'incroyable de bureaux faits pour jouer un rôle subalterne, elle s'érige en magistrat, exemple tel ou tel de la commission aux lois, ou assujettit les citoyens à des obligations (désavouées)... ; elle est administration lorsque des commis stupides ou corrompus s'érigent en ministres, font de la fortune publique l'objet de leurs spéculations particulières, changent, réforment, altèrent les meilleurs règlements, suspendent ou arrêtent d'utiles établissements, etc. Elle est commandement lorsque surtout les agents du pouvoir souverain vont prendre l'ordre d'hommes incompétents pour le donner, soit par rapport aux opérations militaires ou à l'exécution des ordres arbitraires. Ce dernier genre d'abus règne depuis les premiers bureaux de l'Etat jusque dans ceux de la police qui font le résumé, et pour ainsi dire, l'âme du système despotique qui nous gouverne depuis si longtemps ». Voltaire lui-même se plaint du despotisme des bureaux et déclare qu'il préférerait avoir affaire à « une seule bête féroce qu'on pouvait éviter, qu'à une bande de petits tigres subalternes qu'on trouvait sans cesse entre les jambes »⁴³.

La Monarchie veut renforcer l'Etat et poser les fondements d'un ordre étatique centralisé, mais cela suppose l'émancipation de l'appareil administratif des contre-pouvoirs concurrents qui entravent son fonctionnement et ralentissent le développement de l'Etat bureaucratique. De facto, cette « superposition de fonctionnaires aux statuts les plus divers, insérés dans les hiérarchies souvent concurrentes et mal reliées au pouvoir monarchique » entraîne le triomphe de l'arbitraire et le déséquilibre de l'administration royale.

➤ **LES FONCTIONS PUBLIQUES DANS LA PENSEE REVOLUTIONNAIRE**

Pour que l'administration soit au service de la Nation, les révolutionnaires imaginent un nouveau type d'agent public capable de rétablir les liens entre administration et peuple.

LA NAISSANCE DU TERME FONCTIONNAIRE

L'idée d'office disparaît avec les décrets des 4,6,7, et 8 et 11 août 1789 relatifs à l'abolition des privilèges qui, dans l'article 7, dispose que « la vénalité des offices de Judicature et municipalité est supprimée dès cet instant » et que tous les citoyens aux fonctions publiques « sans distinction de naissance, pourront être admis à tous les emplois et dignités ecclésiastiques civils et militaires ». La loi ne connaît que des fonctions publiques. Une fonction publique ne peut être la propriété de celui qui l'exerce. Son exercice est un devoir non un droit. La fonction publique constitue « une dette que le gouvernement paye envers la société »⁴⁴, son titulaire n'est plus personnellement propriétaire de sa charge.

Le fonctionnaire de la Révolution –

Avec la Constituante apparaissent des termes tels que l'homme public, l'homme-citoyen, le serviteur de la Nation... ou encore le magistrat, le fonctionnaire public, l'officier public. De facto, le terme fonctionnaire public prévaut rapidement et définitivement.

Fonction – ce vocable a une origine romaine. Le verbe *fungi* signifie en latin juridique « accomplir un service public ».

d'innocents à leurs foyers pour les mettre à la merci des ministres vindicatifs ou de leurs subalternes... ».

⁴² Peuchet *Des abus des personnes publiques dans leur conduite envers les particuliers*. Ainsi « C'est dans leur conduite envers les simples particuliers qu'on doit reconnaître principalement l'abus qu'ils ont fait du pouvoir remis en leurs mains ».

⁴³ Voltaire, *Dictionnaire philosophique*.

⁴⁴ *Dictionnaire de la Constitution et du Gouvernement français* 1795 entrée devoir.

On adopte l'expression fonction publique pour désigner les devoirs qui découlent de toute investiture à une autorité publique.

Le terme fonctionnaire apparaît plusieurs années avant la Révolution. Il semble utilisé pour la première fois par Turgot en 1770 pour désigner les agents de l'Etat en général qui exercent une fonction de police, à savoir au sens de la surveillance sur toutes les activités dans une ville ou dans le Royaume.

Sieyès dans *Essai sur les privilèges* est plus précis : « Ce n'était pas assez en effet que les privilégiés se regardassent comme une autre espèce d'hommes ; ils en sont venus à se regarder modestement, et presque de bonne foi, eux et leurs descendants, comme un besoin des peuples, non comme fonctionnaires de la chose publique ». Quelle signification le vocable fonctionnaire a-t-il pour les révolutionnaires ?

Dictionnaire de la Constitution et du Gouvernement français, An 3 –

Fonctionnaire public : « Titre de quiconque est élu par le peuple ou nommé par le roi pour exercer une ou plusieurs fonctions du gouvernement et qui reçoit un traitement de l'Etat. Le mot fonctionnaire est nouveau dans notre langue ; *functio* en latin signifie administration, exercice d'une charge ou d'un emploi.

Membre du corps législatif, roi, juge, administrateur, maire, militaire, ambassadeur, évêque, curé, vicaire, etc., en un mot, tout homme entretenu par la nation, à cause de la place qu'il occupe et des soins qu'il donne à l'administration temporelle ou spirituelle du royaume est fonctionnaire public.

Toutes les fonctions du gouvernement sont instituées par le peuple et pour le peuple, tout fonctionnaire public appartient donc au peuple, c'est de lui qu'il tient son autorité et c'est pour lui seul qu'il l'exerce, soit que le peuple lui ait confiée immédiatement, soit qu'il l'ait reçue du roi, qui n'a lui-même que celle que la nation lui a déléguée. D'après cela, les fonctionnaires publics n'ont que des devoirs à remplir envers le peuple ; ils n'ont que des devoirs, car l'autorité qu'ils exercent et que l'on considère comme un droit, n'est qu'un devoir dont ils s'acquittent ; même en commandant au peuple ils ne font que lui obéir, ils seraient coupable envers lui de ne le pas faire... »

Le fonctionnaire devient un agent omni-compétent⁴⁵ à vocation à toutes les fonctions publiques en sorte « qu'il n'existe entre les citoyens d'autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions »⁴⁶.

Le fonctionnaire, l'agent de la souveraineté –

L'Ancien Régime ne connaît pas la séparation des pouvoirs⁴⁷, le monarque détient la « pleine puissance » et les officiers exercent des fonctions déléguées au nom du roi.

Conséquences - . pas de hiérarchisation des pouvoirs

. les fonctions sont mal définies et s'articulent mal entre elles

Ce qui permet à Montesquieu d'écrire que « Lorsque dans la même personne la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté... Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire car le juge serait législateur »⁴⁸.

⁴⁵ G. Sautel *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française, administration-justice-finances*, Dalloz (1982), 5^e éd.

⁴⁶ Constitution de 1791, Préambule.

⁴⁷ A noter toutefois que la conception de séparation des pouvoirs des Philosophes diffère de celle plus moderne que nous connaissons entendu que la division du pouvoir est étrangère à la doctrine de l'unité de la souveraineté. En effet, au XVIII^e siècle, la séparation des pouvoirs ne désigne pas un mode de distribution rigoureux du pouvoir entre les mains des organes spécialisés afin de permettre l'équilibre entre les fonctions législative, exécutive et judiciaire.

⁴⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*.

L'indivisibilité de la souveraineté s'exprime essentiellement dans le concept de fonctionnaire public. La classe des fonctionnaires publics se compose de différents agents. Ils reçoivent une commission de l'autorité souveraine, la Nation, et exercent leur pouvoir en son nom. Ils exercent des pouvoirs et accomplissent des activités au sein de l'Etat et en conséquence possèdent des dénominations spécifiques.

Fonctionnaire et employé –

La loi exprime la volonté de l'ensemble du corps social et constitue le pouvoir suprême : aussi, toute activité au sein de l'Etat peut s'exercer soit par voie législative, soit par voie exécutive. « Mon Dieu, c'est la loi, je n'en ai pas d'autres » : Isnard dans son discours du 14 novembre 1791 résume la pensée de l'Assemblée sur la prépondérance exclusive de la loi dans tous les domaines.

Relation pouvoir législatif/pouvoir exécutif –

L'esprit révolutionnaire exalte le rôle du législateur, toute idée des pouvoirs égaux exercés au sein de l'Etat est refusée comme contradictoire au principe de la loi souveraine. Le principe de séparation des pouvoirs signifie alors que les différents pouvoirs ne doivent pas être réunis entre les mains de la même autorité mais plutôt séparés en sorte que le même individu ou organe ne puisse cumuler plusieurs fonctions ou selon Montesquieu « le même monarque ou le même Sénat » ne puisse « faire des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement ».

Le principe de la séparation des pouvoirs contient cette proposition relative à la distribution du pouvoir au bénéfice du législatif⁴⁹.

La tête : la loi Les bras : le pouvoir exécutif

Si la fonction législative est le pouvoir suprême, est-elle investie de la totalité de la puissance de l'Etat ? De facto, la loi expression de la volonté générale, générale et impersonnelle, ne peut statuer que sur les intérêts communs de la Nation. Le domaine de la règle particulière est réservé à la fonction exécutive⁵⁰.

Le pouvoir exécutif est un pouvoir voué à la seule exécution de la loi. Subordination de l'exécutif. Le Roi « chef suprême de l'administration générale du royaume »⁵¹ devient « le premier fonctionnaire de la Nation »⁵², le seul « permanent »⁵³ parmi les fonctionnaires publics. La Nation est à l'origine de tout.

Adrien Duport résume la situation : « En Angleterre, le roi est à lui seul le pouvoir exécutif... en France, le roi n'est que le chef suprême du pouvoir exécutif, il ne nomme pas les agents de l'exécutif pour l'intérieur, il s'en sert seulement, c'est le peuple qui les lui désigne, qui les remet dans la main du roi pour être employés par lui ; ils ne reçoivent de lui que le mouvement et non l'existence ; il commande à tous au nom de la loi, mais il n'en choisit aucun. Ses commissaires sont les organes par lesquels il voit, il apprend si la loi est partout exécutée mais ils ne sont pas des moyens d'exécution... La maxime fondamentale de notre gouvernement c'est que la force exécutive du monarque ne puisse jamais atteindre les individus que par l'intermédiaire nécessaire des agents élus par le peuple »⁵⁴.

⁴⁹ A souligner que les révolutionnaires entendent une séparation des formes volonté/exécution sous lesquelles s'exercent la souveraineté, indivisible en elle-même.

⁵⁰ Rousseau, *Du contrat social* : « Quand je dis que l'objet des lois est toujours général j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière ».

⁵¹ Demeunier, *Moniteur* VII.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ Duport, *Moniteur* 26 décembre 1790

Dans le même ordre d'idée, les révolutionnaires cherchent à restreindre le pouvoir ministériel à la seule exécution des lois en raison d'une méfiance profonde à leur encontre mais également parce que les ministres constituent une autorité rivale à la leur.

Robespierre : « Vous ne pourrez jamais empêcher que les dépositaires du pouvoir exécutif ne soient des magistrats très puissants ; ôtez leur donc toute autorité et toute influence étrangère à leur fonction. Ne permettez pas qu'ils assistent et qu'ils votent dans les assemblées du peuple pendant la durée de leur agence... »

De facto, si l'exécutif apparaît comme un pouvoir démuné de ses prérogatives réglementaires et l'administration comme un instrument d'exécution, les agents de l'exécutif eux-mêmes sont soumis au contrôle étroit du pouvoir législatif.

Les fonctionnaires sont des agents responsables qui doivent rendre compte devant la Nation de la bonne gestion de leur fonction. Les employés ne sont que des salariés d'Etat nécessaires pour faire fonctionner l'appareil administratif mais qui n'ont de responsabilité directe qu'envers le fonctionnaire public qui les a institués. Aussi, sont-ils couramment méprisés et peu considérés.

A souligner que certains emplois publics ressortissent à la nomination du gouvernement.

A noter que la division fonctionnaire/employé n'est pas stricte. Le Ministre de l'Intérieur dans la circulaire du 21 ventôse an IV estime que « les Secrétaires des Administrations Municipales n'ont pas le caractère des fonctionnaires publics puisqu'ils ne sont que de simples employés choisis par les fonctionnaires publics composant ces corps, révocables à volonté par eux ». Alors que le Ministre de la Justice considère que le greffier du tribunal est un fonctionnaire parce que ces « fonctions intéressent l'ordre public et la généralité des citoyens... Un greffier est indispensable dans la composition d'un tribunal soit civil, soit criminel, soit correctionnel. Ce greffier concourt donc à la formation du tribunal auquel il appartient... Ce n'est pas le peuple, il est vrai qui en fait le choix mais cette circonstance n'affaiblit pas moins le caractère que les lois lui donnent »⁵⁵.

LE FONCTIONNAIRE EN TERMES JURIDIQUES

Les dictionnaires ne consacrent le terme fonctionnaire, apparu avant la Révolution, qu'après 1795 en tant que « mot nouveau en usage depuis la Révolution ».

Le terme fonctionnaire dans les Dictionnaires de l'époque –

× 1. *Dictionnaire de la Constitution et du Gouvernement français, Paris An III*

Fonctionnaire public : titre de quiconque est élu par le peuple, ou nommé par le roi pour exercer une ou plusieurs fonctions du gouvernement et qui reçoit un traitement de l'Etat.

× 2. a. *Dictionnaire de l'Académie Française, Paris An VIII*

Fonctionnaire : sub. Celui ou celle qui remplit une fonction.

b. *Dictionnaire de l'Académie Française, Paris An VIII*

Supplément contenant les mots nouveaux en usage depuis la Révolution

Fonctionnaire : sub. m. Celui qui exerce dans un Etat une ou plusieurs fonctions publiques.

× 3. *Dictionnaire de l'Académie Française, Paris An X*

fonctionnaire : a) Celui ou celle qui remplit une fonction b) fonctionnaire public : Titre de quiconque exerce quelque fonction de gouvernement et qui reçoit un traitement de l'Etat. Le peuple doit respecter et honorer les fonctionnaires publics.

⁵⁵ 8 pluviôse anVI réponse à la Lettre du greffier du Tribunal correctionnel de Porrentruy.

L'expression fonctionnaire ne permet pas l'identification à une catégorie spécifique d'agents publics. Tout agent public selon la fonction qu'il détient porte un nom spécifique. De facto, le dictionnaire détache le titre de la personne de fonctionnaire pour pouvoir l'attribuer à tout agent qui indépendamment de son rôle est élu directement ou indirectement par le peuple pour exercer une fonction publique.

Le terme fonctionnaire dans les textes juridiques⁵⁶ –

Les Constitutions révolutionnaires permettent d'établir des principes sous forme de maximes théoriques sur lesquels repose *le concept de fonctionnaire public*. L'exaltation de la fonction publique en tant qu'honneur et charge civique se confirme dans les textes constitutionnels. Le fonctionnaire quand il exerce une fonction publique devient une autorité supérieure et se place au sommet de la hiérarchie établie entre les gouvernants et les gouvernés⁵⁷. La dignité que lui confère l'élection par ses concitoyens à la fonction publique comprend d'une part un honneur public et d'autre part une charge civique que contrôle la Nation souveraine. Les citoyens qui mettent en cause la supériorité des fonctions publics sont poursuivis pénalement de même que la responsabilité du fonctionnaire sera engagée s'il n'exécute pas ses fonctions.

« La Constitution, dit Robespierre, doit s'appliquer surtout à soumettre les fonctionnaires publics à une responsabilité imposante, les mettant dans la dépendance réelle non des individus mais du souverain. Celui qui est indépendant des hommes, bientôt indépendant de ses devoirs : l'impunité est la mère comme la sauvegarde du crime, et le peuple est toujours asservi dès qu'il n'est plus craint »⁵⁸.

Il semble nécessaire de rechercher dans les textes législatifs entre 1789 et 1799 afin de pousser plus avant l'analyse entendu qu'au cours de la Révolution le rôle du législateur se conçoit d'une manière extensive et englobe l'ensemble des activités sociales. Le concept de fonctionnaire dans les textes législatifs exprime l'idéal révolutionnaire. Dans cette hypothèse, le fonctionnaire public emporte diverses significations entendu qu'il peut être fonctionnaire public civil, militaire, administratif, judiciaire ou diplomatique. La fonction publique de la Révolution ne peut être assimilée à une activité professionnelle. Ce qui la différencie des autres professions est son caractère public qui exige des fonctionnaires de se consacrer au service de la chose publique.

LE FONCTIONNAIRE : AGENT DU POUVOIR EXECUTIF

Les œuvres de la doctrine juridique ainsi que les textes jurisprudentiels autorisent une autre conception du fonctionnaire. La Constitution de l'An VIII illustre cette nouvelle conception, à savoir celle de l'agent supérieur nommé qui exerce une véritable autorité exécutive⁵⁹.

La notion de puissance publique devient le fondement réel de la vie politique et administrative et la conception nouvelle du fonctionnaire s'appuie sur la théorie de l'Etat mythique qui incarne l'unité de la société, exerce une puissance absolue sur ses membres. Les fonctionnaires sont alors considérés comme les seuls agents de cette autorité.

La naissance des principes bureaucratiques relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service public permet de penser l'idée d'un statut commun régissant l'action du personnel administratif.

⁵⁶ Décret-loi du 5-7 mars 1793 ; décret du 14 frimaire An 2... Décret-loi du 2-17 mars 1791... loi du 30 germinal An 5...

⁵⁷ Sieyès, *Essai sur les privilèges* (1788).

⁵⁸ « *Du gouvernement représentatif* ».

⁵⁹ Constitution de l'An VIII, art.41 et art.75.

Le décret-loi du 19 septembre 1870 abroge l'article 75 de la Constitution de l'An VIII ouvre la voie à la nouvelle conception du fonctionnaire. Rappel : la dualité établie au sein de l'administration entre fonctionnaire et agent, employé et commis, est dépourvue de fondement légal.

« Nous avons fini le roman de la Révolution, déclare Napoléon en novembre 1800, il faut en commencer l'histoire, en voir que ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre aujourd'hui une autre voie ce serait philosopher et non pas gouverner »⁶⁰.

La théorie de la puissance constitue le fondement de l'Etat. Progressivement, la notion de souveraineté de la Nation au sens révolutionnaire est abandonnée. De même, la puissance de l'Etat ne se fonde plus sur la souveraineté monarchique telle qu'elle existait sous l'Ancien Régime. L'idée de suprématie de l'Etat sur la société civile repose en France depuis Rousseau sur *le consentement de la Nation à l'Etat*. Le pouvoir exécutif prédomine et le gouvernement joue un rôle décisionnaire. Il est la pensée qui dirige toute action de même que l'administration est le bras qui exécute⁶¹. Talleyrand affirmera que « l'administration est l'intermédiaire qui rapproche les gouvernants et les gouvernés, elle est le nœud qui associe les intérêts particuliers à l'intérêt général, elle est le point de contact d'union de l'autorité publique et de la liberté individuelle »⁶².

Au XIX^e siècle, la conception hégélienne selon laquelle l'Etat est la seule personne capable de réaliser la synthèse de la volonté générale et des intérêts particuliers parce que « en face des sphères du droit privé et de l'intérêt particulier de la famille et de la société civile, l'Etat est... une nécessité externe et une puissance plus élevée ; à sa nature sont subordonnés leurs lois et leurs intérêts »⁶³, imprègne la pensée juridique française et allemande. L'Etat doit être indépendant et neutre à l'égard des différents groupes sociaux, s'approprier la puissance pour imposer sa volonté et faire prévaloir l'intérêt public.

Le principe de séparation des juridictions que consacrent les lois des 16-20 août 1790 et le décret du 5 fructidor An III, la création du Conseil d'Etat doté de toutes ses anciennes attributions par la Constitution du 22 frimaire An VIII offrent à l'administration des possibilités d'action tout en lui conservant son indépendance relativement au pouvoir judiciaire. Selon ce système de la Justice retenu, l'administration sera soustraite aux tribunaux de l'ordre judiciaire ainsi qu'aux règles du droit commun. Le Conseil d'Etat n'intervient pas comme juge mais a des fonctions consultatives. L'administration est soumise à des règles exorbitantes du droit commun. A noter que dès le début du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat adhère à la conception de la puissance étatique. L'administration, bras séculier de l'Etat, n'utilise ses pouvoirs que dans le but de satisfaire à l'intérêt général afin de sauvegarder la puissance supérieure de l'Etat.

Au cours de cette première moitié du XIX^e siècle, le concept de fonctionnaire acquiert une orientation exécutive. Le roi confie au fonctionnaire un emploi public. En participant directement à l'exercice du pouvoir, ce dernier devient un véritable agent de l'autorité publique.

« C'est de la société et de l'Etat que les fonctionnaires tiennent leur caractère et leurs pouvoirs ; en échange, et à raison même de cette autorité les fonctionnaires sont soumis à des fortes garanties et à une plus sévère responsabilité »⁶⁴

⁶⁰ Napoléon *Pensées politiques et sociales*, Paris (1969).

⁶¹ Bonnin, *Principes d'administration publique* Renaudière, Paris (1812).

⁶² In Thuillier, *La bureaucratie en France aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris Economica (1987).

⁶³ Ibid

⁶⁴ *Dictionnaire général et raisonné de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, de Dalloz Paris 1835, entrée fonctionnaires publics.

Si le fonctionnaire qui exerce une fonction publique, représente l'intérêt général et sert le bien commun, peut s'exprimer pendant la Révolution ; dès l'Empire, l'Etat s'impose comme puissance, ses agents doivent « tendre toujours à se rendre supérieurs à l'emploi qu'ils remplissent pour bien le remplir » selon Bonnin.

La majorité des dictionnaires définissent le fonctionnaire comme « celui qui exerce une fonction publique ». Seul le *Larousse Universel* propose une définition plus large en appelant fonctionnaire public celui qui exerce une fonction publique, à savoir « celui qui concourt d'une manière quelconque et dans une sphère plus ou moins élevée à la gestion de la chose publique » mais remarque que « toutes les personnes que leurs fonctions rattachent d'une manière plus ou moins directe au gouvernement n'ont pas droit à cette qualification, en tant qu'elle constitue une qualification légale ». Les dictionnaires encyclopédiques de Droit introduisent le terme dans le langage juridique et proposent une notion normative.

✕ Le *Répertoire* de Merlin conçoit comme fonctionnaire « tout homme qui exerce une fonction publique »⁶⁵.

✕ Le *Dictionnaire Général et Raisoné de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence* de Dalloz propose une définition abstraite : « Un fonctionnaire est tout homme qui exerce une fonction publique » et ajoute que « dans l'application cette dénomination a un sens plus restreint ; ainsi les dispositions pénales concernant certains fonctionnaires ne sont pas susceptibles de s'étendre à d'autres... La difficulté, disons mieux l'impossibilité d'établir la définition légale du caractère des fonctionnaires publics laisse un vaste champ aux interprétations et il n'est pas toujours aisé de déterminer la qualité et, par suite les pouvoirs, les droits, et les devoirs publics d'un individu qui exerce un emploi relevant directement ou indirectement de l'autorité publique ».

✕ Carnot dans son commentaire sur le *Code pénal* considère que « cette définition générale de fonctionnaire conçu comme tout homme qui exerce une fonction publique peut être vraie dans le langage ordinaire, mais désigne l'agent supérieur dans la hiérarchie administrative ; elle comprend le fonctionnaire public administratif ou agent du gouvernement et le fonctionnaire d'exactitude dans celui du Code... Par fonctionnaire public, on ne peut entendre que les magistrats de l'ordre administratif et judiciaire »⁶⁶.

✕ L'*Encyclopédie* du droit considère que « chacune de ces trois dénominations a un sens qui lui est propre, mais qu'il serait dangereux de vouloir préciser d'une manière trop absolue et trop rigoureuse. Ces dénominations ont été employées dans des lois différentes par des législateurs différents ; c'est assez dire que leur sens a pu varier... Prise dans le sens le plus large, la dénomination de fonctionnaire public comprend tout individu exerçant une fonction publique ; prise dans un sens moins étendu, elle est judiciaire »⁶⁷.

✕ Le *Dictionnaire de droit Public et administratif* définit le fonctionnaire comme « celui qui exerce une fonction dont il a été investi par le pouvoir exécutif. On distingue deux classes principales de fonctionnaires publics : 1. Ceux que l'on nomme vulgairement agents du pouvoir exécutif comme les ministres, les préfets, sous-préfets, maires et autres fonctionnaires révocables composant dans leur ensemble l'ordre administratif. 2. Ceux auxquels le roi a délégué l'autorité judiciaire.

⁶⁵ Merlin *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, Paris (1812).

⁶⁶ Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*, 2^e éd. Paris (1836).

⁶⁷ *Encyclopédie du Droit ou Répertoire Raisoné de Législation et de Jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale* sous la direction de Sebire et Carteret, Paris (1836).

× Dans le *Dictionnaire général d'administration*, les fonctionnaires publics sont « les agents qui exercent au nom de l'Etat une portion de l'autorité publique, tels sont les préfets, les maires, les juges, les officiers de police judiciaire »⁶⁸.

La doctrine utilise souvent le terme fonctionnaire sans établir une définition juridique⁶⁹ mais l'on peut souligner que si le citoyen-magistrat de la Révolution concourt à l'exercice des fonctions publiques, tout devoir envers la collectivité nationale, le fonctionnaire du début du XIX^e siècle se transforme en agent supérieur du pouvoir exécutif qui détient une portion de l'autorité publique pour pouvoir directement participer à l'exécution des lois.

Bonnin estime que « l'exercice d'une autorité et l'exécution directe de la loi sont les deux conditions essentielles qui font le fonctionnaire public... Il ne suffit pas, en effet, que la loi ait créé un emploi public, pour que celui qui y est appelé, devienne dès lors fonctionnaire, si par la nature de ses attributions il ne lui est délégué une autorité à exercer. Le fonctionnaire public est partie essentielle de l'institution organique de l'Etat puisqu'on ne pourrait concevoir les lois sans des agents spéciaux chargés de leur exécution non plus qu'on ne pourrait concevoir le mouvement sans la présence des corps qui le procurent ».

Le fonctionnaire est un homme public. Pour la Jurisprudence, le critère de distinction entre les fonctionnaires et les autres agents se situe relativement à l'application du principe de responsabilité civile et pénale du fonctionnaire, sans référence aucune à la stabilité de l'emploi, ni à la permanence de la carrière⁷⁰.

Selon l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire An VIII « les agents du gouvernement, autres que les ministres ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ». Ainsi, l'Etat accorde à cette catégorie de fonctionnaires une double garantie : il les protège des outrages ou violences dont ils sont l'objet et il les défend contre les poursuites judiciaires relatives à leurs fonctions⁷¹.

La jurisprudence précise le sens du terme fonctionnaire.

Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation décident que « les fonctionnaires (sont) couverts par la garantie administrative comme agents du gouvernements, sont seulement les dépositaires d'une portion de l'autorité gouvernementale et administrative qui, agissant au nom du gouvernement sous sa direction médiate ou immédiate, font ainsi partie de la puissance publique »⁷². La qualification d'agent du gouvernement est réservée aux fonctionnaires « délégués de la puissance publique », « aux agents directs du pouvoir exécutif ».

⁶⁸ Dictionnaire Générale d'Administration contenant la définition de tous les mots de la Langue administrative, Paris 1861 entrée fonctionnaires publics.

⁶⁹ Il faut se souvenir que les auteurs de cette période envisagent les fonctions gouvernementales, administratives et judiciaires comme trois branches d'un seul et même pouvoir : la puissance exécutive. La doctrine admet d'une manière absolue la séparation des pouvoirs législatif et exécutif qui se distinguent par la nature de leurs missions, mais refuse d'élever à l'instar de Montesquieu l'autorité judiciaire comme puissance dans l'Etat. si « administrer est la règle générale et juger la règle particulière » la Justice concourt elle aussi à l'exécution des lois civiles et criminelles.

⁷⁰ A souligner que le Code pénal utilise cette qualification générique relativement et exclusivement en se référant aux fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire.

⁷¹ Cormenin, *Droit administratif*, 5^e éd. Pagnerre (1840) estime que cette garantie est « établie dans le but de conserver l'intérêt commun et politique » et ne vise point la satisfaction de « l'intérêt personnel et privilégié de l'agent ».

⁷² Cette définition exclut les magistrats de l'ordre judiciaire protégés contre la prise à partie et les poursuites relatives à leurs fonctions par les garanties décrites dans les Codes de Procédure civile et d'Instruction criminelle.

A la dualité des fonctionnaires élus et des agents se substitue une coexistence nouvelle entre fonctionnaires, agents supérieurs du pouvoirs exécutifs et agents auxiliaires dépourvus d'autorité sur les citoyens.

Les employés auxiliaires sont des « rouages secondaires » qui selon Bonnin « peuvent bien ajouter à la précision et à la sûreté du mouvement, le tempérer dans certains cas, mais qui n'en sont pas la cause motrice et indispensable ».

Parmi les auxiliaires, Aucoc détermine « ceux qui ne sont généralement pas en rapport avec le public et qui sont occupés à des travaux inférieurs, les employés des bureaux ; et d'autre part, ceux qui sont en relations constantes avec le public et qui ont par conséquent une action sur lui, mais une action commandée par un fonctionnaire supérieur »⁷³.

La distinction entre fonctionnaire et employé qui se fonde en particulier sur la place qu'occupe l'agent dans la hiérarchie des fonctionnaires administratifs tend à s'atténuer et s'y substituent de nouveaux principes. Relativement aux fonctions publiques situées au plus haut niveau – ex : les fonctionnaires administratifs exerçant le pouvoir de commandement – ils sont révocables *ad nutum* alors que les auxiliaires de pure exécution connaissent une certaine stabilité de carrière car « la sécurité de leur emploi est la gardienne de la délicatesse des employés dont il s'agit, elle les encourage à se livrer exclusivement à leurs fonctions en y restant longtemps, ils mettent à profit pour l'Etat leur propre expérience ».

Pour combattre l'insécurité de l'emploi et le désordre dans le fonctionnement du service public, il faut instituer des réformes afin d'introduire le mérite dans la fonction publique et garantir le déroulement des carrières.

« Que demandons-nous Messieurs ? » prétend Marc Girardin lors du débat de son projet sur la fonction publique devant l'Assemblée législative en 1844. « Nous demandons qu'il n'y ait plus en France deux sortes d'administration, l'une où tout est réglé tout est soumis à des conditions déterminées par la loi, où l'on entre à l'aide d'examens et de concours, où l'on avance par grades et par degrés réguliers, l'autre au contraire où l'on entre sans titre et épreuves de capacité, où la recommandation semble pouvoir tout faire »⁷⁴.

On propose d'étendre le régime favorable dont bénéficient certains à l'ensemble des agents administratifs. La fixation de règles précises de recrutement, l'aménagement de l'avancement régulier fondé sur la base de l'ancienneté, la mise en place des garanties disciplinaires deviennent des conditions indispensables pour le bon fonctionnement du service public. « Il faudra donner aux emplois, estime Laboulaye, sinon l'immovibilité de la magistrature, au moins des garanties suffisantes pour que les citoyens puissent avec toute sécurité se consacrer au service de l'Etat ». A souligner nombre de débats parlementaires relatifs à une réforme générale de la fonction publique.

Progressivement, la distinction fonctionnaire et employé s'atténue. L'on note un attachement à établir des principes applicables à tout personnel. Le postulat de cette évolution semble hérité du modèle révolutionnaire. Les idées de *professionnalisme* et de *spécialisation* prédominent bien que la vertu civique constitue l'âme de la fonction publique.

⁷³ Les agents de la deuxième catégorie appartiennent à des administrations à vocation technique, tels que les corps des Ponts et Chaussées, des Mines, des Eaux et Forêts qui bénéficient souvent de statuts contenant des règles d'avancement et des garanties disciplinaires avec recrutement assuré par les grandes Ecoles.

⁷⁴ Moniteur 1844.

Macarel résume les caractères des fonctions administratives « directes » et « auxiliaires » : « l'unité, la responsabilité, la dépendance, la résidence ». L'Etat doit protection et secours à ses serviteurs, il doit leur procurer un traitement convenable qui « leur permet de se livrer tout entier aux travaux de leur emploi et les dispenser de veiller au soin de leur fortune », leur assurer une certaine permanence de leurs fonctions, à savoir « une sécurité dans la possession de l'emploi que ceux-ci occupent aussi longtemps qu'ils ne malversent pas ou ne se montrent pas incapables ».

Il faut attendre le décret-loi du 19 septembre 1870 abrogeant l'article 75 de la Constitution de l'An VII sur *la responsabilité des agents du gouvernement* pour ouvrir la voie à l'application des principes bureaucratiques de tous les agents publics⁷⁵.

⁷⁵ Selon Vivien la responsabilité directe et personnelle de tous les agents du pouvoirs constituera le meilleur remède aux maux administratifs car, si les agents sont « menacés d'un côté par le pouvoir central qui peut les révoquer, ils le seront de l'autre par les tribunaux qui pourront les punir, et obligés d'opter entre leur devoir légal et d'injustes commandements leur choix ne sera plus douteux ».

EVOLUTION DU CONCEPT DE FONCTION PUBLIQUE

La doctrine politique évolue au XIX^e siècle. Durkheim déclare que « Plus l'Etat devient fort, actif, plus l'individu devient libre, c'est l'Etat qui le libère »⁷⁶. Le fonctionnaire, organe institué pour garantir l'intégration et le maintien des individus dans la vie sociale, apparaît comme un citoyen spécial avec statut juridique déterminé.

LA NAISSANCE DU CONCEPT DE FONCTION PUBLIQUE

Au fur et à mesure que le champ et les modes d'intervention de l'Etat se développent, l'appareil étatique se transforme en une organisation complexe et diversifiée, dotée de nouvelles tâches de gestion des activités sociales. Ces transformations emportent conséquences relativement aux idées politiques et sociales et surgit *le concept de service public* sur lequel la philosophie politique bâtit son modèle de *l'Etat de Droit*. L'idée de service public annonce une évolution dans la conception de la suprématie de l'Etat : la puissance ne se justifie plus sur la base de l'autorité et elle trouve une limite dans le droit⁷⁷. « Les déclarations de volonté des gouvernants, prétend Duguit, ont une valeur sociale dans la mesure où elles sont conformes à la règle sociale, au droit objectif, et seulement dans cette mesure »⁷⁸.

La légitimation du pouvoir d'Etat s'exprime à travers l'idée du service conçu comme principe de limitation objective de la puissance publique. Hauriou aussi se fonde sur une conception objective d'autolimitation de la puissance d'Etat⁷⁹.

Ainsi les rapports de pouvoir se transforment en rapports de droit et l'idée d'obéir aux hommes qui exercent une autorité contraignante s'efface derrière le principe de servir l'Etat de droit. Le règne du droit objectif s'impose à tous, aux gouvernants comme aux gouvernés. Les fonctionnaires participent à l'accomplissement d'un service public et sont soumis aux impératifs du droit objectifs.

La relation Etat-fonctionnaire n'est plus l'expression d'allégeance personnelle du fonctionnaire à sa fonction mais le produit d'un rapport dépersonnalisé établi par des règles juridiques objectives. Si les fonctions publiques se présentent comme des activités publiques générales de nature spécifique puisqu'elles couvrent l'ensemble du champ d'action étatique, sur le plan juridique, cela implique le passage à une spécificité.

« Autrefois sans doute, on attachait à ce terme de fonction publique un sens beaucoup plus restreint, une idée d'autorité publique, de commandement délégué par le souverain, ou tout au moins de mission de confiance. Mais tout ceci a changé, depuis qu'il n'y a plus de souverain ; depuis que la puissance publique s'est modifiée dans son caractère et dans ses manifestations ; depuis enfin que le rôle de l'Etat s'est étendu, et que le nombre de ses agents a grossi »⁸⁰.

⁷⁶ Durkheim, *Textes*, Les éditions de minuit, Paris (1975).

⁷⁷ « Quelle que soit l'opinion qu'on admette sur la nation de l'Etat, on ne peut nier qu'il est indispensable, pour qu'il y ait un Etat, qu'il existe une force contraignante, matérielle, irrésistible. Mais dès à présent il importe d'affirmer que cette force matérielle est limitée par le droit. Si le droit sans la force est impuissance et par conséquent n'est pas une puissance étatique, la force sans le droit est la barbarie » Duguit.

⁷⁸ Ibid

⁷⁹ L'autolimitation du pouvoir ne peut être conçue comme une « autodétermination subjective de la volonté des gouvernants » au contraire le seul moyen que possède le pouvoir en vue de s'objectiver est son « organisation transformée graduellement en institution » à l'intérieur de laquelle « la puissance publique s'est progressivement soumise à l'idée de servir au lieu de dominer » Hauriou.

⁸⁰ A. Lefas *L'Etat et les fonctionnaires*, Paris (1913).

L'Etat étend son champ d'action. Aussi, les fonctions publiques, en particulier celles de caractère technique et professionnel, se multiplient et se diversifient. De facto, la fonction publique constitue l'activité qui satisfait aux besoins collectifs et assure le fonctionnement permanent et sans interruption du service public.

« Si l'on demande en quoi consiste la fonction publique, nous répondrons « qu'il faut l'envisager soit du côté du service public (objectivement) soit du côté du fonctionnaire (subjectivement). La fonction est d'abord un ministère de service public, c'est-à-dire une activité qui contribue à l'exécution d'un service. A ce point de vue, étant donnée la spécialisation des services, toute fonction comporte deux éléments, le titre et l'emploi. Le titre représente le genre de fonction, l'emploi représente l'espèce particulier. Ainsi, officier de l'armée est un titre, la mission de capitaine instructeur est un emploi ;... Envisagée dans ces deux éléments la fonction comporte des prérogatives, c'est-à-dire des pouvoirs et des honneurs qui sont nécessaires pour que le service public puisse être exécuté... Vue du côté du fonctionnaire et des avantages particuliers qu'elle lui assure, la fonction est une profession, une carrière ou l'exploitation d'une concession »⁸¹.

Le fonctionnaire participe à la fonction publique, il ne dispose pas du pouvoir de se l'approprier ni de créer ou modifier son statut juridique. La loi de la fonction publique lui est appliquée comme à tout fonctionnaire⁸².

Kammerer dans sa thèse *La fonction publique d'après la législation allemande (1898)* explique que le terme fonction publique s'adapte au fonctionnement des institutions administratives allemandes car le statut législatif général du 31 mars 1873 intègre la spécificité de la fonction publique avec une hiérarchie des fonctions, la compétence professionnelle, la permanence de la carrière des fonctionnaires et la discipline dans la fonction publique.

Nézard dans sa thèse *La théorie juridique de la fonction publique (1901)* tente d'introduire le concept de fonction publique au sein du droit administratif français. Il écrit que « Le mot « fonction » désigne d'une façon générale et objective, un ensemble d'actes que l'on doit faire pour s'acquitter (*fungi*) d'une obligation qui vous est imposée. Elle est « publique » quand elle a lieu dans l'intérêt d'un établissement public ; ainsi le paiement de l'impôt, la construction d'un pont sont en ce sens des fonctions publiques. Mais on emploie scientifiquement l'expression « fonction publique » dans un sens plus restreint qui exclut les obligations légales générales comme le paiement de l'impôt ou le service militaire, les entreprises particulières et temporaires, telles que la construction d'un pont ; ... La fonction publique est le rapport qui s'établit volontairement d'une façon générale et permanente entre un établissement public et un citoyen qui s'engage à faire des actes pour satisfaire aux besoins de cet établissement public »⁸³.

⁸¹ Hauriou notes sous CE 6 août 1898 Viaud, 24 février 1899 in La jurisprudence administration de 1892 à 1929 d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par Hauriou, Sirey, Paris 1929

⁸² Lefas souligne que « Si vous supprimiez la fonction publique, si vous permettiez par exemple au fonctionnaire de s'approprier la fonction, d'en faire sa chose privée, sa chose « de droit commun » comme cela existait au Moyen Age, vous n'aboliriez peut être pas théoriquement la notion d'Etat. Mais pratiquement vous privez l'Etat de ses organes, et vous pouvez le mettre dans l'impossibilité de se faire servir. Il devient quelque chose comme une âme sans corps ; son royaume n'est plus de ce monde ».

⁸³ H. Nézard *Théorie juridique de la Fonction publique*, Thèse, Paris 1901.

Barthélemy se pose cette question : « Quelle est donc la nature juridique de la fonction publique ? ». Sa réponse porte sur la spécificité du concept à savoir sur « ce que doivent être les relations des fonctionnaires et de leurs supérieurs »⁸⁴.

Duguit estime que « déterminer la nature juridique de la fonction publique c'est déterminer quelle est au point de vue du droit la situation du fonctionnaire ».

L'idée qui ressort du modèle d'organisation bureaucratique weberienne est que la fonction publique doit se fonder sur des principes légaux et rationnels susceptibles d'application universelle qui s'imposent au fonctionnaire et à l'Etat⁸⁵. De facto, « les parties ne traitent pas sur un pied d'égalité mais l'Etat fixe à son gré et en vue du meilleur fonctionnement possible du service public les différentes clauses du contrat »⁸⁶. S'applique le principe selon laquelle l'administration est soumise à son propre droit et est jugée par son propre juge : « Si jamais la juridiction administrative admettait la thèse de la situation contractuelle des fonctionnaires, ce serait de sa part une façon de suicide, en ce sens que ce serait renoncer à maintenir sa compétence sur les relations juridiques d'Administration à fonctionnaire » écrit Hauriou. Afin de préserver la continuité du service public, il faut construire la spécificité du lien qui unit fonctionnaire et Etat sur un fondement excluant toute possibilité d'assimilation du fonctionnaire aux salariés du secteur privé.

La thèse de la condition objective et légale du fonctionnaire s'impose car elle permet la consécration de l'idée que la fonction publique n'est pas une situation individuelle mais constitue une situation juridique générale et impersonnelle créée et organisée par les lois et règlements et modifiable à tout instant par les lois et règlements⁸⁷.

La thèse de la condition légale et réglementaire soumet les gouvernants et les agents à une même norme juridique, la loi de la fonction publique applicable hors de toute considération de personne, qui transforme leurs rapports d'autorité en rapport de droit.

LA DEFINITION DE FONCTIONNAIRE

Le terme fonctionnaire public *sui generis* implique un rattachement à la fonction publique. Fin XIX^e siècle, le terme fonctionnaire public semble disparaître pour voir l'apparition de celui de fonctionnaire.

« La fonction publique dépasse aujourd'hui l'idée de commandement, elle s'étend à tous les employés des établissements publics, elle se lie en réalité à la notion d'emploi public » selon Lefas. Cela ne signifie pas que le fonctionnaire cesse de servir l'intérêt général. La situation des fonctionnaires ne s'envisage pas individuellement. Lefas conçoit la fonction publique : « La permanence est ce qui correspond à l'idée de fonction entendue ici comme un emploi confié à un agent professionnel, technique, à titre individuel et durable. Quand à la hiérarchie, elle découle du caractère public de l'emploi. La constitution de l'Etat centralise en de certaines mains le dépôt de la puissance publique : d'où la nécessité pour tous les agents, revêtus d'un caractère public, de se rattacher, par une échelle graduée, à cette centralisation des pouvoirs, à cette unité de l'Etat. Telle est la notion de fonction publique qui nous semble véritablement correspondre à l'état de chose actuel ».

⁸⁴ Barthélemy, *Précis du droit administratif*, 7^e éd. Paris (1913).

⁸⁵ « Les prérogatives qui lui appartiennent et les charges qui lui sont imposées ne sont, donc, point individuelles ; elles sont d'ordre général établies par la loi non dans l'intérêt du fonctionnaire mais dans celui du service » selon Duguit. A rappeler la théorie du service public développé par Duguit.

⁸⁶ Conclusion Tardieu sous l'arrêt Winkell, CE 7 août 1909.

⁸⁷ Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd. Paris (1926).

Fonctionnaire selon le Code Pénal – Si aucune définition du terme fonctionnaire n'apparaît dans le message législatif, dans le domaine du droit pénal, les critères retenus semblent situer le concept au-delà de la catégorie stricte de fonctionnaire administratif. Le terme embrasse plutôt tous ceux qui concourent à la gestion des affaires de l'Etat.

Jurisprudence de la Cour de Cassation –

L'expression fonctionnaire public de l'article 197 du Code pénal relatif à la prolongation illégale de l'exercice de l'autorité publique comprend « tous les citoyens qui sous une dénomination quelconque, ont été investis d'un mandat dont l'exécution se lie à un intérêt d'ordre public et qui, à ce titre, sont soumis à l'autorité du gouvernement ». Cass. 30 octobre 1886, Rogat.

A propos de l'article 177§1,2 du Code pénal relativement à la corruption des fonctionnaires, la jurisprudence déclare fonctionnaires « non seulement les citoyens revêtus à un degré quelconque d'une portion de la puissance publique, mais encore ceux qui, investis d'un mandat public, soit par une élection régulière, soit par une délégation du pouvoir exécutif, puisent dans ce mandat le droit de concourir à la gestion des affaires de l'Etat, des départements ou des communes ». Cass. 29 mai 1886, Ratazzi et autres.

La jurisprudence de la Cour de Cassation se centre sur une idée de la Révolution que développent les analyses doctrinales au cours du XIX^e siècle : la fonction publique est un devoir. Le fonctionnaire exerce une fonction publique et incarne l'Etat. Le commissaire du gouvernement Rivet dans ses conclusions sur l'arrêt du CE Cailloux 29 avril 1922 remarque que pour assurer le service essentiel de l'Etat, on fait appel au « fonctionnaire-type » qui réunit toutes les conditions alors que lorsque l'Etat doit « pourvoir à des besoins intermittents ou d'importance réduite » l'Etat peut confier ces missions à des particuliers qui reçoivent mandat public et sont soumis à l'autorité du gouvernement et qui doivent eux aussi être regardés comme « fonctionnaires ».

Fonctionnaire selon le droit administratif – Le droit administratif ne reconnaît pas la portée que la loi pénale donne au terme fonctionnaire. La théorie du service public est devenu selon Jèze « la pierre angulaire du droit administratif » et gagne la jurisprudence et la doctrine. Ainsi la fonction publique ne se fonde plus sur un privilège mais constitue « une activité de service public » qui inclut l'idée que le fonctionnaire est « l'agent qui participe d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public » comme l'écrit Duguit.

Le fonctionnaire est un agent du service public⁸⁸ -

Selon cette interprétation, le critère qui distingue le fonctionnaire des autres agents publics se résume ainsi : « l'activité personnelle du fonctionnaire doit être toujours consacrée au fonctionnement d'un service public proprement dit » - Jèze. « Il paraît, en effet, impossible, estime-t-on dans les motifs du projet de loi sur le statut des fonctionnaires de 1920, de considérer le fonctionnaire indépendamment du service public auquel il collabore.

C'est le service public qui donne à la fonction publique sa raison d'être ; ces sont des intérêts généraux du service public qui déterminent l'étendue des devoirs que le fonctionnaire doit remplir et qui fixent la limite des droits qu'il est légitime de lui accorder »⁸⁹.

⁸⁸ Valérie Ladegaillerie Ibidem.

⁸⁹ Revue de Droit Public, 1920.

Le fonctionnaire est directement associé à la réalisation continue des activités d'intérêt général –

Le fonctionnaire est rattaché par un lien juridique visant avant tout à garantir le fonctionnement permanent et sans interruption des services publics.

Hauriou remarque que « les emplois publics sont des postes de service ayant une existence objective indépendamment de celui qui en est le titulaire ». Pour occuper la qualité de fonctionnaire, il faut « occuper un de ces emplois publics par la mise en œuvre de ce mode réel d'acquiescer les choses qui s'appelle l'occupation ».

Le projet de loi de 1920 considère comme fonctionnaires « tous ceux qui en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents ou de sous-agents occupent un emploi dans les cadres permanents d'un service public civil régi par l'Etat à l'exclusion du personnel ouvrier ». Selon cette doctrine du droit administratif, le fonctionnaire est un agent appelé à jouer un rôle spécifique dans le cadre des structures permanentes et objectives de l'appareil bureaucratique. Max Weber estime que « le besoin d'une administration permanente, rigide, intense et prévisible... conditionne ce destin inéluctable de la bureaucratie en tant que noyau de toute administration de masse ».

La distinction fonctionnaire d'autorité/ fonctionnaire de gestion –

Certains théoriciens du droit administratif font appel à la notion d'autorité. La distinction entre fonctionnaire d'autorité et fonctionnaire de gestion restreint le sens de fonctionnaire aux seuls agents qui détiennent une portion de la puissance publique ; cette catégorie correspond à peu près à celle des agents de gouvernement de l'article 75 de la constitution de l'An XIII selon. De facto, cette distinction vise à préserver le lien spécifique unissant le fonctionnaire à l'Etat. Elle crée une catégorie juridique d'agents publics qui en tant que détenteurs du pouvoir de commandement sur les administrés demeurent fidèles à l'Institution étatique alors que les fonctionnaires de gestion placés dans les mêmes conditions que les agents de l'industrie privée peuvent sous certaines conditions s'assimiler aux salariés. A remarquer que cette distinction provoque des critiques entendu qu'elle ne correspond pas à la conception générale de l'Etat dont la justification n'est plus l'autorité mais le bien-être social. Utiliser cette distinction compromet de facto l'unité interne de l'appareil de l'Etat.

LA NATURE JURIDIQUE DE LA FONCTION PUBLIQUE

Le lien juridique unissant l'agent à son administration semble inverser la conception régaliennne qui privilégie la subordination absolue du fonctionnaire au gouvernement. Le développement de la notion de fonction publique accrédite l'idée que dans le modèle bureaucratique la suprématie de l'Etat s'appuie sur le droit. C'est le droit qui exige que les fonctionnaires se soumettent au pouvoir hiérarchique ; ainsi l'autorité de l'Etat s'efface devant la loi.

« C'est la loi de la fonction, déclare Duguit dans son traité, qui détermine les charges et les obligations du fonctionnaire ».

La mise en place d'une administration rationnelle servie par des fonctionnaires professionnels, fondée sur des règles générales et impersonnelles se heurte à un double obstacle

En l'absence d'un statut législatif, l'arbitraire domine et l'esprit régaliennne oriente la fonction publique sous l'étroite dépendance du gouvernement

Le mouvement syndical met en cause le particularisme qui isole la fonction publique des autres professions et revendique la reconnaissance de certains intérêts propres aux fonctionnaires⁹⁰. De facto, l'élaboration de la théorie de la fonction publique vise à faire prévaloir l'image d'une administration limitée et soumise au droit. Le passage de la pluralité à l'unicité de la fonction publique met en évidence son existence institutionnelle et la spécificité juridique du modèle bureaucratique ; elle permet de la différencier du secteur privé.

× La fonction publique liée au fonctionnement du service public⁹¹

Hauriou remarque qu'il y a « dans la fonction publique, un ministère de service public qui domine de très haut le point de vue économique et qui par conséquent ne saurait être considéré comme un simple travail, un marchandage économique »⁹².

La fonction publique est associée directement au fonctionnement du service public et les fonctionnaires, institués pour le bien-être et la prospérité, sont les serviteurs permanents de l'intérêt collectif de la Nation.

La légitimité de la fonction publique se fonde sur des règles législatives – Les fonctionnaires, représentants de l'intérêt général, se confondent avec l'Etat, « ils n'en font qu'un » remarque Hauriou. Le fonctionnaire doit s'identifier à l'Etat, il faut par conséquent lui donner une légitimité fondée sur des règles juridiques supérieures. Le fonctionnaire a une situation sûre et stable afin de s'attacher au service. La fonction publique procure à ses détenteurs des garanties de carrière et une sécurité d'emploi supérieure à celle que connaissent les salariés du secteur privé. Si la situation du fonctionnaire est protégée, il faut souligner que le législateur lui impose une série d'obligations afin d'éviter l'interruption dans le service et assurer le bon fonctionnement du service.

L'absence de statut législatif –

La III^e République ne vote aucune loi relative à l'état des fonctionnaires. Les projets et propositions les plus importants sont les projet de mai 1909 – projet Clemenceau – et de juin 1920 qui n'aboutissent pas à une consécration législative de la fonction publique. De facto, jusqu'à la seconde guerre mondiale, les statuts particuliers sont donnés par voie réglementaire à certaines catégories d'agents⁹³. La jurisprudence du CE se montre favorable à une reconnaissance progressive de certains droits et garanties statutaires. Le juge qui visait à préserver l'infailibilité de la puissance publique se transforme en volonté de concilier la sauvegarde de l'intérêt général avec la défense des droits du fonctionnaire⁹⁴.

Le Commissaire du gouvernement Teissier, conclusions CE Alcindor et autres –

Il s'agit en principe « de mettre un frein aux jeunes ambitions qui s'agitent autour des grands de ce monde et qui pensent que pour arriver aux hauts postes de l'administration le mieux est de se glisser dans quelque cabinet ministériel et

⁹⁰ F. Faure écrit qu'en « attendant que nous arrive un gouvernement ayant la claire conscience de son devoir et la ferme volonté de l'accomplir, nous sommes exposés à voir fleurir de plus belle, dans nos services publics, d'un côté, le favoritisme qui les corrompt en y supprimant toute idée de justice, de l'autre, le syndicalisme qui détruit en eux l'ordre dont ils ne peuvent se passer », « Le statut des fonctionnaires », Revue politique et parlementaire 1907. A noter que déjà l'on se plaint de la modicité des traitements, de la lenteur de l'avancement, de la faveur...

⁹¹ Voir les travaux de Léon Duguit relativement à *la théorie du service public*.

⁹² Hauriou, note sous les arrêts du CE 22 juin 1906 Pauly, 15 février 1907 Lacourte, in La jurisprudence...

⁹³ Nombre de décrets interviennent pour déterminer les règles de recrutement, d'avancement et de discipline des différentes catégories d'agents, constitutives d'un embryon de statut général des fonctionnaires.

⁹⁴ Exemple, le CE 1^{er} juin 1906 Alcindor et autres. Le CE procède à un élargissement du cercle des intéressés admis à agir en recevant une action collective puis une action d'association.

d'intriguer. Lorsque les fonctionnaires sauront qu'il y a un juge auquel ils peuvent librement s'adresser pour le redressement des torts qui leur sont causés, ils reprendront confiance ». Mais Hauriou reconnaît qu'en « l'absence de loi générale leur conférant un état les fonctionnaires sont sous l'empire du règlement, c'est à dire de la police ; ils sont soumis à une police spéciale et le propre de toute police est de prendre son principe dans un pouvoir discrétionnaire... », « L'état du fonctionnaire, les garanties contre la révocation ou contre le déplacement sont des institutions directement contraires au principe de la police des fonctionnaires... Jusqu'à ce que nous nous ayons une loi sur l'état des fonctionnaires nous ne pouvons pas interpréter d'une façon extensive les quelques garanties qui sont concédées à quelques-uns d'entre eux » - note sous l'arrêt CE 8 décembre 1899 Grenet

Concrètement, le relais entre gouvernement et administration se situe au niveau du ministre. La pénétration du politique dans le jeu de l'administration conduit à l'épanouissement du trafic de fonctions publiques et à la dévalorisation de l'administration. Un courant de pensée s'élève contre l'arbitraire et le favoritisme⁹⁵.

A souligner le développement des techniciens et des spécialistes dans le service public avec pour corollaire l'esprit corporatiste qui transforme la majorité des agents publics en fonctionnaires professionnels prêts à défendre leurs propres intérêts en face de l'Etat. On assiste à un regroupement professionnel sous forme d'association collective pour aboutir au début du XIX^e siècle à un véritable mouvement syndical qui désire lutter dans les mêmes conditions que les salariés du secteur privé. Nombre de fonctionnaires s'opposent à un statut unique. « Pour nous, l'idée de contrat est exclusive de celle d'autorité et de gouvernement... Nous ne sommes pas des délégués du pouvoir central, des agents de la force répressive et policière mais des travailleurs, des producteurs ordinaires et nous voulons être traités comme tels... Comme travailleurs nous avons non seulement le droit mais le devoir de nous occuper des forces productives et de l'organisation sociale »⁹⁶. Cette négation de la spécificité de la fonction publique risque de compromettre la spécificité de la souveraineté étatique et suscite une réaction des théoriciens du droit administratif. Hauriou affirme que « La fonction publique n'est pas une profession de la vie privée qui puisse faire l'objet d'un syndicat »⁹⁷. De facto, lorsque la Nation érige en service public certains services qu'elle aurait pu laisser à l'initiative privée, c'est qu'elle les considère comme indispensables à la vie de chaque citoyen.

× Secteur public, secteur privé : la distinction par le critère du service public⁹⁸

Par définition, le fonctionnaire est associé à un service public afin de satisfaire l'intérêt général. Le fonctionnaire doit donc se tenir à l'écart des antagonismes socio-économiques qui risquent de compromettre l'unité interne de l'appareil étatique. Alors se pose la problématique de la grève des fonctionnaires. Hauriou déclare inadmissible que « les fonctionnaires se mettent en grève parce que cela interrompt les services publics dont la continuité est indispensable à la vie nationale, non seulement il est inadmissible que les fonctionnaires soient affiliés à une organisation comme la Confédération générale du Travail qui est en insurrection contre l'Etat ; mais ce qui surtout est inadmissible c'est que le principe de la lutte des classes soit posé à l'intérieur de la hiérarchie administrative »⁹⁹.

⁹⁵ « Ces scandaleux abus de népotisme » sont dénoncés – H Berthélemy, *La crise du fonctionnarisme*, Revue Questions pratiques de Législation ouvrière et d'Economie sociale, Storck 1906 ; H. Chardon *Le pouvoir administratif*, Perrin, Paris 1911.

⁹⁶ Lettre ouverte adressée le 22 mars 1907 à Clemenceau, Président du Conseil des Ministres.

⁹⁷ Notes sous les arrêts CE 16 juin 1910 Empis et 10 novembre 1911 Mouton.

⁹⁸ Valérie Ladegaillerie Ibidem

⁹⁹ Notes sous l'arrêt CE 13 janvier 1922 Boisson.

La vigueur du mouvement syndical au sein de la fonction publique place la doctrine devant une nouvelle réalité.

Duguit : « Je dois le dire, il y a quelques années au moment où ce mouvement a commencé j'ai cru qu'il était très superficiel, provoqué par quelques fonctionnaires, mauvaises têtes, voulant faire parler d'eux et essayer de profiter du tapage... Mais en même temps, je pense aujourd'hui que le syndicalisme fonctionnariste est un mouvement profond et intense que le législateur ne peut ni entraver ni même diriger, qu'il est corrélatif et complémentaire de la disparition de la puissance personnelle et souveraine de l'Etat, et qu'il est un des aspects du grand mouvement syndicaliste qui est en train de réorganiser la société ».

Si la grève en tant que fait révolutionnaire est à proscrire de la fonction publique car dangereuse pour le fonctionnement et la continuité du service public et si les auteurs ne se prononcent pas en faveur du droit syndical, ils reconnaissent des intérêts professionnels propres aux fonctionnaires. De facto, le législateur convient de la nécessité de donner aux fonctionnaire « non seulement des garanties d'ordre individuel, mais aussi d'ordre corporatif ».

Il s'avère nécessaire de confier au législateur le soin de consacrer la spécificité de la fonction publique en organisant les rapports juridiques entre fonctionnaire et Etat. De facto, la promotion du service public favorise la création d'un statut des personnels de la fonction publique.

Le passage de la conception régaliennne de la fonction publique et de la pluralité des situations individuelles des fonctionnaire à l'unicité du modèle légal et rationnel se fait progressivement et en respectant le particularisme de la fonction. La fonction publique semble extérieurement un bloc homogène¹⁰⁰.

¹⁰⁰ A partir de 1924, les pouvoirs publics traitent avec les syndicats des fonctionnaires.

LA FONCTION PUBLIQUE D'ETAT MODERNE

Leroy-Beaulieu écrit que « La société est infiniment plus vaste et plus féconde que l'Etat, elle comprend des rapports bien plus variés et plus étendus entre les individus, elle a une plasticité qui instinctivement, successivement sans se lasser, produit les combinaisons, les agrégations, les organismes les plus précieux »¹⁰¹. L'interventionnisme étatique s'étend graduellement selon les nouveaux besoins et s'accompagne d'une revalorisation du rôle de la société civile.

➤ L'ETAT ET LA SOCIETE

L'Etat et la société sont indissociables. Dans la conception hégélienne, l'Etat se situe au-dessus de la société et n'intervient qu'à titre correctif dans le but de la satisfaction des besoins collectifs évolutifs. Ces fonctions sont hors concurrence, par conséquent étrangères à la notion de profit mais l'action du pouvoir étatique gagne les nouvelles activités industrielles et commerciales et il intervient désormais de plus en plus dans des domaines réservés par nature à l'initiative privée. De facto, au lieu de bureaucratiser l'entreprise publique, on cherche plus à privatiser l'Etat, ie à introduire des méthodes d'organisation, aujourd'hui l'on dit de management, dans le service public.

L'APPAREIL ETATIQUE ET L'EVOLUTION DES METHODES

L'Etat multiplie ses interventions dans le domaine industriel et commercial et tend à agir sur le marché comme un entrepreneur économique et subit les contraintes du libre jeu économique. Il connaît une gestion bureaucratique, à savoir strictement conforme à la loi et au budget et Crozier dénonce « son manque de souplesse et la difficulté qu'il éprouve à s'adapter à un environnement en continuelle transformation »¹⁰². L'administration devient un agent économique, ce qui exige une adaptation du modèle administratif traditionnel et la création de nouvelles techniques de gestion.

L'ETAT ET SES INSTITUTIONS

L'interpénétration entre administration et société conduit à une démythification du rôle de l'Etat, à une nouvelle définition de ses finalités, structures et méthodes. L'Etat s'impose en tant qu'instance neutre et objective ne poursuivant que le but de servir l'intérêt général, mais transformé en agent économique, il change de nature et se trouve confronté à une crise de légitimité. La dimension de la loi révolutionnaire s'efface devant la multiplicité des textes juridiques spécialisés, circulaires, directives, instructions, qui régissent la conduite des individus et des groupes. L'atténuation des règles légales se ressent dans le domaine de l'action administrative où le législateur se contente désormais de fixer par voie générale tout en remettant à l'administration le pouvoir d'apprécier concrètement sa portée et de les adapter aux cas particuliers. Ce déclin du domaine réservé aux pouvoirs unilatéraux de l'administratif éloigne le droit administratif de son fondement traditionnel. Désormais, les règles ne tiennent plus uniquement aux prérogatives de puissance publique mais elles s'expriment à travers des voies contractualisées.

Après la chute du mythe weberien, le concept de fonction publique ne constitue plus une protection de l'intégrité du système administratif. Le statut législatif enserme l'administration et le fonctionnaire dans des règles de droit, caractérise le monde bureaucratique et freine le glissement vers un système de contractualisation selon Crozier. Désormais, l'agent public n'est fonctionnaire que s'il est nommé dans un emploi public, titularisé dans un grade de la hiérarchie administrative. La fonction publique fait référence à « l'ensemble de régimes juridiques applicables au personnel des collectivités publiques ainsi que le personnel lui-même »¹⁰³.

¹⁰¹ Leroy-Beaulieu *Traité théorique et pratique d'économie politique*, 2^e éd. (1896).

¹⁰² Crozier *Le phénomène bureaucratique*, éd. Du Seuil (1963).

¹⁰³ A. De Laubadère, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J (1992).

➤ LE SENS DE FONCTION PUBLIQUE

« Après s'être longtemps bornés à l'examen juridique du statut des fonctionnaires, des ouvrages de plus en plus nombreux se consacrent aux questions, politiques et pratiques, économiques et sociales, que pose l'administration. Cette nouvelle attitude, qui s'intéresse plutôt à la fonction publique qu'au seul statut juridique des fonctionnaires, met l'accent sur la gestion financière, administrative et sociale du personnel des collectivités publiques »¹⁰⁴. La notion de fonction publique existe dans les textes législatifs en tant que terme juridique spécifique mais absence de définition par le législateur. Au fur et à mesure que le concept juridique évolue, son intégration dans l'univers de la licéité ou de l'illicéité du droit se heurte à des ambiguïtés juridiques. Une question nous interpelle : la fonction publique est-elle une notion générale floue ?

Dans les dictionnaires de langue –

✕ *Dictionnaire du français contemporain, Larousse 1966*

fonction publique : profession relative aux choses de l'Etat dont le statut est fixé par l'Etat

✕ *Grand Larousse de la Langue Française 1972*

spécialement la fonction publique a) ensemble des emplois qu'occupent les agents de l'Etat ; b) ces agents eux-mêmes

✕ *Lexis, Larousse 1900*

fonction publique a) profession relative aux choses de l'Etat et dont le statut est fixé par l'Etat ; b) ensemble des personnes exerçant cette profession

✕ *Dictionnaire alphabétique et analogique de la Langue française, le Robert 1978*

Spécialement, fonction publique se dit a) de tout poste impliquant gestion de la chose publique ; b) spécialement de la situation juridique de l'agent d'un service public ; voir fonctionnaire

✕ *Le Nouveau Robert 1993*

spécialement, fonction publique, administrative a) poste impliquant la gestion des affaires publiques ; b) ensemble de ces postes ; c) situation juridique de l'agent d'un service public, être dans la fonction publique ; voir fonctionnaire

✕ *Trésor de la Langue française 1980*

fonction + adjectif ou complément déterminatif qui en indique la nature
fonction publique : fonction exercée au sein d'une administration, d'un organisme dépendant de l'Etat

fonction publique : a) ensemble hiérarchisé des attributions et des postes dévolus aux agents de l'Etat ; b) par métonymie : ensemble des fonctionnaires employés dans les administrations et organismes d'Etat

Le Grand Larousse, le Petit Robert et le Trésor proposent un second emploi qui met l'accent sur le rôle de la fonction publique en tant qu'Institution. Le terme « ensemble » consacre la totalité « des « emplois et des attributions » des agents publics qui forment une entité globale. Dans la même idée, dans le Trésor l'article définit « la » devant fonction publique confirme que l'on inclut différents éléments au sein de la classe de la fonction publique elle-même. Du point de vue sémantique le Trésor semble plus précis et complet. Par l'utilisation des sèmes « poste », « attribution », il fait appel au double aspect d'organisation et de fonctionnement de l'Institution juridique et, en ayant recours au sème « hiérarchie », il se réfère à l'organisation pyramidale des fonctions publiques indispensable à tout système bureaucratique.

¹⁰⁴ *Traité pratique de la fonction publique*, 3^e éd. Paris L.G.D.J (1971).

Le Grand Larousse, le Lexis et le Trésor se réfèrent à un glissement métonymique du sens de fonction publique qui, de l'idée générique de l'Institution, se déplace aux personnes « entités dénombrables » chargées de faire fonctionner cet univers. Dans une acception large, le concept de fonction publique désigne soit « l'ensemble des personnes qui exercent une profession active aux choses de l'Etat » (Lexis), soit « les agents de l'Etat » (Grand Larousse) ; dans une acception plus étroite, il peut signifier « les fonctionnaires » (Trésor).

Dans les dictionnaires juridiques –

✕ *Vocabulaire juridique Capitant 1930*

fonction publique (droit public) : au sens large, tout poste, toute situation impliquant de la part de son titulaire gestion de la chose publique ; b) (droit administratif) au sens étroit, situation juridique (pouvoirs, avantages, obligations) de l'agent du service public

✕ *Dictionnaire de Droit Barraine 1967*

fonction publique : a) condition juridique du fonctionnaire public ; b) ensemble du corps des fonctionnaires publics dans ses rapports avec la puissance publique

✕ *Lexique de termes juridique Dalloz*

Dalloz 1981 : fonction publique a) au sens le plus large et d'ailleurs très flou ensemble du personnel permanent de l'Administration, composé de catégories d'agents relevant de régimes juridiques variés ; b) dans cette acception plus étroite généralement retenue par le langage juridique, situation de l'ensemble des agents de l'Administration ayant la qualité de fonctionnaire

Dalloz 1990

Fonction publique : a) au sens le plus large et d'ailleurs très flou ensemble du personnel permanent de l'Etat et des collectivités territoriales, composé de catégories d'agents relevant de régimes juridiques variés ; b) dans une acception étroite généralement retenue par le langage juridique, situation de l'ensemble des agents de l'Etat et des collectivités territoriales ayant la qualité juridique de fonctionnaires. Il existe un principe d'unicité de la fonction publique d'Etat et de la fonction publique des collectivités territoriales permettant théoriquement le passage de l'une à l'autre dans des emplois comparables.

✕ *Vocabulaire administratif et juridique Favreau-Renault, Vetraite, Hatier, Profil 1981*

fonction publique : au sens large, ensemble des personnes faisant fonctionner les services publics ; b) au sens étroit, ensemble des agents de l'administration ayant la qualité de fonctionnaire.

✕ *Dictionnaire de la Constitution Barrillon, Bézar, Dupuis, Grangé Cabanne, Le Bos-Le-Pourhiet, Mény, 4^e éd. Cujas 1986*

strictement entendue, la fonction publique ne comprend que les agents nommés dans un emploi permanent et titularisés dans un grade de la hiérarchie administrative. Initialement régis par des statuts généraux ou des règles séparés, tous les agents publics, qu'ils relèvent de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ont été regroupés pour être soumis à un seul statut général (loi 13 juillet 1983), définissant des formes communes. Les caractéristiques propres des trois fonctions publiques de l'Etat, des collectivités locales et des hôpitaux font l'objet de textes spécifiques, dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (loi 11 janvier 1984) à la fonction publique territoriale (loi 26 janvier 1984), et à la fonction publique hospitalière (loi 9 janvier 1986).

× *Lexique de la fonction publique Moreau et Guédon, Dalloz 1990*

a) structure administrative qui regroupe l'ensemble des activités d'intérêt général exercées par les fonctionnaires au bénéfice de l'ensemble des citoyens – de ce point de vue, la fonction publique s'analyse comme une condition sociale à laquelle le fonctionnaire, doit en principe consacrer toute sa vie active ; b) les personnels de la fonction publique d'Etat sont soumis aux titres I et II du Statut général (loi 13 juillet 1983).

A lire les différents énoncés, l'on peut noter –

. l'emploi générique fruit de la pensée révolutionnaire rattachant le concept à « la gestion de la chose publique »

. la précision des énoncés

. dans un sens large la fonction publique se personnifie et s'identifie à l'ensemble des catégories du personnel administratif et dans un sens étroit : fonction publique et fonctionnaire constituent des synonymes

Evolution –

Première étape : atténuation des relations hiérarchiques

Les fondements du modèle administratif traditionnel sont remis en cause au profit d'une atténuation apparente des relations d'autorité conduisant à une ouverture des voies d'accès à l'administration aux demandes des administrés et à un assouplissement des relations du fonctionnaire avec le pouvoir hiérarchique. Cette évolution conceptuelle témoigne d'un nouvel état d'esprit qui cherche à adapter l'univers bureaucratique à son nouvel environnement socio-économique en allégeant le poids de l'autorité hiérarchique.

Deuxième étape : crise du modèle traditionnel de la fonction publique

« Au cours de la période d'expansion économique des années soixante et soixante-dix il avait été généralement admis qu'une fonction publique forte constituait un facteur essentiel du progrès économique et social. Toutefois plus récemment l'attitude s'est modifiée, se transformant en hostilité envers les services publics qui font partout l'objet d'attaques »¹⁰⁵.

La création de la fonction publique d'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière –

Les trois fonctions publiques témoignent de l'éclatement de la fonction publique.

Le dictionnaire de droit est dans l'obligation de procéder à une mise à jour constante. Il est vrai qu'il tend à retenir en principe l'emploi organique identifiant la fonction publique avec le personnel des services publics. Le lexicographe est en qualité de juriste influencé par le principe « *lex posterior derogat legi priori* ».

➤ **RELATIONS FONCTIONNAIRE / UNIVERS LEGISLATIF**

Précédemment à l'intervention du statut législatif, le fonctionnaire reste un concept sans définition dans les textes juridiques, puis il se transforme en objet décrit par le droit positif. La définition juridique est une « technique d'élaboration de la notion qui s'inscrit dans l'ensemble du système logique classique : analyse du concept, étude des liaisons logiques entre les concepts, construction de raisonnement »¹⁰⁶.

Le discours législatif sur la fonction publique se développe .

× « référentialité juridique » - le discours législatif se déclare lui-même comme un discours référentiel. A travers un système de références aux normes que la loi s'intègre dans l'ordre des règles positives.

¹⁰⁵ Organisation internationale du travail, Rapport de la Commission paritaire de la fonction publique (1983).

¹⁰⁶ D. Bourcier, « Argumentation et définition en Droit ou les grenouilles sont-elles des poissons ? » Langages 1976.

× l'énonciation du message législatif emporte caractéristiques particulières : discours non revendiqué, passivation du discours¹⁰⁷, rôle du présent¹⁰⁸...

La définition du fonctionnaire de l'Etat par le législateur est utile et nécessaire. Le législateur lorsqu'il définit un objet juridique ne vise pas à constituer la représentation fidèle d'une réalité contrairement aux lexicographes mais à construire un modèle juridique.

A noter que le complément de nom de l'Etat est un élément facultatif qui, sert dans un premier temps à délimiter l'extension du nom fonctionnaire à un sous-ensemble précis, qui permet d'exclure toute référence aux autres catégories de fonctionnaires, puis disparaît presque comme superflu du texte législatif.

La définition permet de définir le pouvoir hiérarchique. D'un côté apparaissent les termes institutionnels comme le Conseil des Ministres, le Premier ministre, le gouvernement, le ministre chargé de la fonction publique... de l'autre côté, le champ lexical du pouvoir hiérarchique comprend un ensemble de termes généraux et abstraits tels que le chef de service... l'autorité compétente qui implique dès lors le lien de subordination hiérarchique qui doit exister pour maintenir l'unité et la cohérence de l'organisation sociale.

Le législateur donne naissance à un certain nombre d'organes consultatifs, ainsi le Conseil Supérieur de la Fonction publique de l'Etat, les commissions administratives paritaires, les comités techniques paritaires... les comités d'hygiène et de sécurité et définit avec précision leurs rôles.

¹⁰⁷ Ex : le chef de service exerce le pouvoir de fixer les notes et appréciations devient dans la loi « le pouvoir de fixer les notes et appréciations est exercé par le chef de service » ... « le fonctionnaire est recruté... le fonctionnaire est réintégré... ».

¹⁰⁸ La loi n'utilise pas le présent en vue de marquer la contemporanéité entre le procès désigné et l'acte d'énonciation mais pour consacrer l'omnitemporalité de l'énoncé juridique ». Voir M. Villey « De l'indicatif dans le droit » Le langage du Droit, Archives de philosophie du droit, Sirey 1974.

CONCLUSION

Le passage du pluriel *les fonctions publiques* au singulier *la fonction publique* acquiert signification pour les institutions administratives : il correspond aux différents moments de l'élaboration de l'Etat bureaucratique et exprime l'idée qu'au-dessus de la pluralité d'agents publics se situe l'unité du régime juridique de la fonction publique.

La distinction entre fonction publique de l'Etat, fonction publique territoriale et fonction publique hospitalière que nous connaissons de nos jours met en lumière l'effort pour trouver un modèle et un équilibre afin d'unifier le statut des fonctionnaires.

Le glissement de sens de l'Institution de la fonction publique aux fonctionnaires qui la composent préfigure des mutations dans le modèle de la fonction publique ; modèle remis en cause dans la mesure où une nouvelle approche préconise la rémunération au mérite... la réserve de ce statut dérogatoire aux seuls agents exerçant des fonctions régaliennes.