

LE “ DEVOIR DE FIDÉLITÉ ” À L’ETAT À L’ÉPREUVE DE LA THÉORIE JURIDIQUE, DE L’HISTOIRE, ET DE LA PRATIQUE

Christophe Tafelmacher, avocat, Lausanne

Le thème de la fidélité, qui rejoint celui de l’obéissance et, comme nous le verrons, celui de la désobéissance, concerne tous les employé-e-s du Service public se trouvant dans un rapport contractuel de travail avec un Etat. Il a donc une portée générale dans la mesure où l’ensemble des pays sont soumis au système d’Etat-nation, dans des formes diverses, il est vrai. Nous nous arrêtons ici au cas de l’Etat suisse, qui est organisé sur le mode fédéraliste et connaît trois niveaux de structures étatiques : Etat central, cantons, communes. En partant de la contribution de Bernard Voutat, figurant dans le volume III de la recherche qui se trouve à la base du colloque et intitulée « Défis humanitaires dans les services publics et devoir de fidélité des agents de l’Etat. Aspects juridiques des relations de travail dans la fonction publique », nous présenterons dans un premier temps le concept de « devoir de fidélité » à l’Etat tel que défini en Suisse sur le plan juridique, puis son évolution récente, afin de cerner les problèmes qu’il pose aux agents de l’Etat. Vu le lien étroit que ce concept entretient avec la notion d’obéissance, nous nous interrogerons ensuite sur son contraire, à savoir la désobéissance à l’Etat, en particulier sur la manière dont elle est traitée dans la réflexion juridique.

L’intérêt de cette réflexion vient du fait que le devoir de fidélité et d’obéissance apparaît comme le noyau dur du rapport spécial qui lie l’agent public à l’Etat. Il convient de préciser d’emblée qu’en tant que praticien, nous nous ancrons dans la réalité juridique et politique suisse, avec ses particularités.

Bien que sensible à la question de la féminisation des textes, il nous a paru difficile de trouver systématiquement des expressions neutres sur le plan du genre. On voudra donc bien nous pardonner l’usage majoritaire du masculin pour désigner une réalité composée de femmes et d’hommes.

1. UN PEU D’HISTOIRE

Comme le souligne Bernard Voutat, si l’on veut bien comprendre la notion de devoir de fidélité dans la tradition suisse, il est indispensable de se référer à l’ouvrage d’André Grisel, qui procède, en 1937, à une analyse approfondie des dispositions pertinentes en la matière et contenues dans la Loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires. Cet éminent commentateur cite le message du Conseil fédéral, introduisant le projet de loi auprès du Parlement fédéral, dont le contenu est très éclairant sur la manière dont on concevait à l’époque les rapports de travail dans la fonction publique : « Le rapport de subordination de droit public domine toute la personnalité du fonctionnaire, (de sorte que) si l’Etat veut remplir sa mission et jouir de l’autorité nécessaire, il faut que ses fonctionnaires lui soient fidèles en service et hors service ». La législation ancre à l’article 22 de la loi le principe suivant : « Le fonctionnaire doit faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération et s’abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice ». De cette formulation générale, on a déduit que la liberté des fonctionnaires, spécialement leur liberté de pensée, est limitée par les conceptions du Conseil fédéral, qui pouvait donc leur interdire toute discussion politique, leur imposer la lecture d’un journal officiel ou les obliger à prendre part à une manifestation religieuse. Dans le même sens, selon les conceptions de l’époque, les dispositions relatives au devoir de fidélité impliquaient que « la conduite tout entière des fonctionnaires dépend du bon plaisir du Conseil fédéral (...), qu’elle annihile la liberté d’opinion des fonctionnaires ». La loi prévoyait en sus un « devoir de dignité », ancré à l’art. 24, le fonctionnaire, par son attitude, devant se montrer digne de la considération et de la confiance que requerrait sa situation officielle : ce devoir s’étendait en principe également à la vie privée, dans la mesure où on attendait des agents publics qu’ils aient une attitude privée correcte, qu’ils évitent en particulier de prendre des positions outrancières dans des débats publics et qu’ils ne soient pas l’objet de scandales.

On voit que l’ingérence de l’Etat dans la vie de ses fonctionnaires, voire dans leurs actes et dans l’expression de leurs pensées, allait très loin. C’est si vrai que notre commentateur reconnaissait ceci : « Si notre démocratie libérale était remplacée par un régime autoritaire, l’article 22 serait une des rares dispositions politiques capables de survivre aux institutions défuntes. ».

Comme le relève Bernard Voutat, cette analyse était très restrictive du point de vue de la liberté d'opinion des fonctionnaires. Elle traduisait une vision très autoritaire et hiérarchique de l'Etat, inspirée de la doctrine allemande selon laquelle les agents publics, du fait de leur nomination « à vie », se devaient entièrement au service de l'Etat, à qui ils étaient soumis par un devoir d'obéissance quasi absolu. Certes, la Suisse n'a jamais connu le système de la nomination à vie, pratiquant plutôt celui de la « période administrative », en général de quatre ans. Mais il n'en demeure pas moins que cette nomination était formellement une décision de l'Etat, dont découlait un statut offrant en principe une protection forte contre le licenciement. Aussi retrouvait-on en Suisse cette conception par laquelle le fonctionnaire abandonnait une très large partie de sa liberté au profit des garanties contenues dans le statut.

Au cours de ces dernières années, la doctrine juridique a remis progressivement en question cette vision. D'une part, on a reconnu que les fonctionnaires sont titulaires des garanties et libertés publiques comme tout autre sujet de droit ; d'autre part, on a considéré que leurs devoirs devaient être interprétés en rapport avec ces mêmes garanties et libertés constitutionnelles. Il faut toutefois relativiser la portée de cette évolution doctrinale en matière de devoir de fidélité. En réalité, ces avancées de la doctrine juridique s'inscrivent dans le cadre de l'introduction dans l'administration de certains principes de la nouvelle gestion publique, qui s'est surtout concrétisée par une propension toujours plus forte à engager par le biais de contrat de droit privé et par une remise en cause du statut et de la nomination, mais sans renonciation en contrepartie à la soumission de l'agent public aux intérêts de l'Etat-employeur. L'adoption récente de la Loi sur le personnel de la Confédération et de la Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud en sont des exemples illustratifs.

2. CERNONS DE PLUS PRÈS LA NOTION DE « DEVOIR DE FIDÉLITÉ » À L'ETAT

2.1. ETAT DE DROIT ET ETAT-EMPLOYEUR

Il faut tout d'abord garder à l'esprit que le service public se situe à l'intérieur d'une organisation hiérarchisée. La relation de subordination hiérarchique est considérée comme « l'essence même de l'organisation bureaucratique qu'est l'appareil administratif ». Cette subordination se laisse analyser « comme un faisceau de pouvoirs, aménagés cependant chacun de manière différente par la législation et la réglementation ; l'ensemble forme le pouvoir hiérarchique (...) ».

Soulignons ensuite que, selon les conceptions en vigueur, l'administration publique est tributaire d'un ensemble de principes généraux applicables au fonctionnement de l'Etat. Ce sont ces principes qui constituent la notion d'Etat de droit, telle qu'elle ressort, par exemple, de l'article 5 de la Constitution fédérale ou de l'article 7 de la nouvelle Constitution vaudoise.

Selon le principe de la légalité, les activités de l'Etat doivent être fondées sur la loi, celle-ci devant être respectée par les organes de l'Etat comme par les particuliers. Le principe de l'égalité de traitement interdit les discriminations, soit les différences de traitement injustifiées. Le principe de la bonne foi exige que les relations entre l'Etat et les particuliers soient conçues sur le mode de la confiance réciproque, qu'elles soient loyales, exemptes de tromperies et de comportements contradictoires. Selon les principes de proportionnalité et d'intérêt public, l'activité de l'Etat doit être conforme au but visé par la loi, tout en minimisant les atteintes potentielles à la liberté des personnes, consécutives à la mise en œuvre de moyens inaptes ou excessifs. Le principe de l'interdiction de l'arbitraire exclut toute violation grossière de la loi susceptible de heurter le sens du droit et de l'équité. Enfin, les activités de l'Etat sont soumises au respect d'un système de droits fondamentaux reposant sur la dignité humaine et la liberté individuelle, limitant dès lors l'emprise étatique sur les individus et irradiant l'ensemble de l'ordre juridique.

Ce rapide rappel ne nous a pas éloignés de notre sujet. En effet, ces principes juridiques généraux, de rang constitutionnel, s'appliquent aussi à la façon dont l'Etat, en tant qu'employeur, aménage les relations de travail qui l'unissent aux agents publics composant l'administration, et cela quels que soient les dispositifs juridiques qu'il met en place à cette fin. On peut déjà noter que des contradictions apparaissent entre ces principes généraux et la manière dont ces relations de travail se concrétisent au sein de l'Etat.

Il faut insister sur ce point. Dans la tradition juridique, on considère classiquement que les relations de

travail dans les services publics relèvent de régimes de droit public. Chose que l'on a souvent tendance à perdre de vue, ceci vaut même lorsque l'Etat passe des contrats dit « de droit privé », ce qui, à titre d'exemple, concernait tout de même plus de 50% du personnel dans le canton de Vaud. En effet, malgré la dénomination utilisée, il s'agissait rarement de l'application pure et simple du Code des obligations (CO), car les dispositions contractuelles renvoyaient le plus souvent à certaines dispositions du statut des fonctionnaires, particulièrement à celles qui concernent la rémunération et les obligations de service, en particulier le devoir de fidélité.

2.2. DEVOIR DE FIDÉLITÉ À L'ETAT

Ce sont différentes lois fédérale ou cantonales qui définissent l'ensemble des devoirs imposés aux agents publics. Précisons en effet ici qu'en raison de sa structure, la Suisse connaît un Etat fédéral et 26 Etats cantonaux, chacun de ceux-ci étant régi par sa propre loi, ce qui peut rendre l'analyse malaisée en raison de la multiplication des textes de référence. On constate toutefois que, d'une manière générale, les devoirs des fonctionnaires découlent de concepts juridiques indéterminés fixant des principes généraux, mais dont l'interprétation laisse à l'autorité une très large marge d'appréciation. Du point de vue du juriste attaché aux droits et aux libertés, ce genre d'instrument ne peut être perçu que comme dangereux, puisque cette marge de manœuvre s'avère difficile à contrecarrer. Ce choix s'explique par le souci de laisser la structure hiérarchique de l'Etat procéder à des appréciations, afin de lui permettre de trouver un « équilibre entre un devoir quasi militaire d'obéissance et la nécessité d'une large mesure d'initiative personnelle ».

On a déjà vu que le devoir de fidélité concerne le comportement de l'agent public dans le cadre du service, mais aussi plus largement en dehors de celui-ci. Cette notion générale, juridiquement indéterminée, est le plus généralement justifiée par les objectifs suivants : assurer le service public, garantir la confiance des administrés, exécuter les lois et décisions adoptées par des autorités démocratiquement élues.

Dans la conception juridique classique, les agents publics se trouvent dans une relation spécifique de dépendance et de subordination. Le fait qu'ils soient au service de l'Etat implique qu'ils entrent dans un rapport de puissance publique spécial impliquant un devoir de fidélité et d'obéissance plus étendu que dans le secteur privé. Cette conception a pour conséquence que l'agent public se trouve placé dans un régime faisant exception à double titre : d'une part, on considère qu'il noue avec l'Etat une relation spéciale, exorbitante du droit constitutionnel commun ; d'autre part, il est soumis à un devoir de gestion et de fidélité accru par rapport aux obligations du droit du travail commun.

On doit également souligner que, comme on l'enseigne dans la théorie générale des libertés, les fonctionnaires sont classés dans une catégorie de citoyens particuliers, entretenant avec l'Etat un « rapport de droit spécial », ou un « rapport de soumission particulier », ou encore un « rapport de puissance publique spécial », au même titre que les personnes détenues, les élèves ou de manière générale les enfants, les malades hospitalisés, les soldats ou encore les personnes internées. C'est en vertu de cette situation particulière que l'on impose à l'agent public des obligations spécifiques : serviteur de l'Etat, il doit souffrir, plus qu'un autre administré, des restrictions à l'exercice des libertés publiques ; sa vie privée même n'est pas aussi libre.

D'un autre côté, la conception classique des rapports de travail au sein de l'Etat se voulait soucieuse d'accorder à la situation de la fonction publique une sécurité juridique assez forte, au travers des garanties contre le licenciement. En effet, l'agent public a de tout temps été vu comme partie intégrante d'un appareil soumis à de fortes pressions, en particulier politiques, souvent incompatibles avec la gestion des tâches publiques. Comme le rappelle Yves Emery, à la naissance de la fonction publique, il y avait la volonté de faire face aux tâches nouvelles de l'Etat, de la soustraire à l'interventionnisme politique, de lui éviter les tentations de la corruption et d'offrir des conditions de travail décentes.

La doctrine juridique le résume ainsi : « ... d'un côté, un pouvoir hiérarchique assez fort est nécessaire pour contrôler efficacement l'administration subordonnée ; de l'autre, il y faut des limites, afin que les agents soient, dans l'exercice même de leurs attributions, à l'abri de l'arbitraire de leurs supérieurs ».

De là découle la volonté de donner un statut qui soit aux antipodes de ce qui résulterait du principe de l'autonomie de la volonté régissant les rapports contractuels du droit privé. Toutefois, la différence es-

sentielle ne réside pas vraiment dans l'exercice d'un pouvoir hiérarchique, puisque celui-ci se manifeste tout autant dans les entreprises privées. Les régimes public et privé se distinguent, d'une part, par la définition étendue du devoir de fidélité, et, d'autre part, par les garanties face au licenciement : au sein de l'Etat, le licenciement ne peut intervenir qu'en présence de motifs suffisants, ce qui n'est pas le cas du droit privé.

Mais il nous faut maintenant saisir la notion dans ses apparitions légales. Ainsi, la Loi sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000, prévoit en son article 20 un devoir général de fidélité : « L'employé est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération ». La Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud, dans son article 50, est un peu plus détaillée : « Le collaborateur doit agir, en toutes circonstances, de manière professionnelle et conformément aux intérêts de l'Etat et du service public, dans le respect des normes en vigueur, des missions et directives de son supérieur ». Dernier exemple, le Règlement genevois d'application de la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux, entré en vigueur le 1er juillet 1999, précise ceci : « Les membres du personnel sont tenus au respect de l'intérêt de l'Etat et doivent s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice ». Le projet de Loi n° 9275, déposé le 27 mai 2004 au Grand Conseil genevois, qui propose une refonte complète du statut de la fonction publique, prévoit un article 19 dont la teneur est la suivante : « (al. 1) Les membres du personnel sont tenus au respect des intérêts légitimes de l'Etat et de l'employeur. (al. 2) Les membres du personnel doivent s'abstenir de tout acte ou de toute activité préjudiciable à leur employeur. Ils doivent dans tous les cas agir avec la diligence requise par les circonstances et dans le strict respect du devoir de fidélité ».

Ces différents textes légaux ne sont en réalité pas très explicites sur ce qu'on attend de l'employé public, notamment du fait que l'on a recours à des notions juridiques indéterminées : en effet, qui définit ce que sont les intérêts « légitimes » de l'Etat ? quelle « action » ou « activité » peut porter préjudice à l'Etat ? De quel préjudice parle-t-on ?

Sur le plan théorique, comme l'a relevé Bernard Voutat, la doctrine distingue trois aspects dans les devoirs des fonctionnaires. Tout d'abord, le devoir de gestion, à caractère professionnel, qui concerne la façon dont l'agent public remplit sa fonction et exécute les tâches qui lui sont confiées. Il peut être précisé dans un cahier des charges ou des directives spéciales, orales ou écrites : horaire, lieu de travail, zèle, dévouement, entraide dans le service, information des supérieurs, travail supplémentaire, etc. Il est analogue aux obligations usuelles des travailleurs du secteur privé envers leur employeur.

En second lieu, le devoir de fidélité proprement dit, dont les contours sont plus flous que le devoir de gestion, qui revêt plusieurs facettes : un devoir de dignité envers les administrés ; des comportements privés compatibles avec les fonctions assumées ; un devoir de discrétion plus étendu que le secret de fonction ; un devoir de loyauté envers l'Etat, qui comprend plusieurs aspects, tels que respecter les autorités politiques, accepter les décisions qui pourraient être jugées inopportunes, soutenir les positions officielles, etc.. C'est cette obligation générale qui est la plus contestable dans ses applications concrètes, dès lors qu'elle comporte inévitablement une dimension sociale et politique.

Enfin, en troisième lieu, l'agent public a un devoir d'obéissance, qui existe également dans le secteur privé, mais qui est considéré comme plus strict dans le secteur public. Ce qui paraît déterminant ici pour les commentateurs, c'est le service public. Les fonctionnaires sont ainsi tenus, aussi bien dans l'exercice de leurs tâches qu'au-dehors, à un comportement tel que la population puisse avoir confiance dans l'appareil administratif à qui est confiée la gestion des affaires publiques. Aussi l'agent public doit-il obtempérer aux ordres donnés et exécuter les tâches concernées, quitte à faire part ultérieurement de ses réserves selon les procédures instituées dans le service. La seule situation où serait admissible un refus d'exécution concernerait des instructions manifestement illégales.

Arrêtons-nous un instant sur ce dernier point. Les cas où une telle illégalité aurait été admise sont rares. Pierre Moor se réfère à l'affaire Grüniger. Il s'agissait d'un commandant de la police saint-galloise qui, durant la Seconde Guerre mondiale, avait aidé des Juifs à fuir l'Allemagne nazie et à entrer en Suisse, contrairement aux prescriptions en vigueur à l'époque. Il a été destitué, est mort en disgrâce et n'a été réhabilité que récemment. Dans ce cas, notre éminent auteur, professeur spécialiste du droit administratif, considère pourtant que la violation de ce que l'agent en cause avait estimé être un principe élémentaire d'humanité ne constituait pas une illégalité manifeste, et ce malgré les dangers qui guettaient

les Juifs refoulés aux frontières. Nous reviendrons plus longuement sur cette très intéressante affaire. Retenons pour le moment qu'elle constitue une illustration claire du caractère très contraignant du devoir d'obéissance tel qu'il est conçu d'une manière générale dans le droit de la fonction publique - encore aujourd'hui.

Cela dit, comme le rappelle Bernard Voutat, même si l'on souhaite exclure toute possibilité que les fonctionnaires s'opposent aux instructions qui leur sont données, on doit aussi éviter d'aboutir à un fonctionnement de l'administration rigide et hiérarchique, excluant l'initiative et le sens critique des agents publics réduits au rôle de simples exécutants. C'est en réalité dans cette nécessaire marge de manœuvre que vient naître un certain nombre de difficultés, dans cette tension entre, d'un côté, la fidélité et l'obéissance, qui en est le corollaire, et, de l'autre, les problèmes que soulève le démantèlement des acquis sociaux ou l'adoption de mesures législatives portant de graves atteintes aux droits et libertés.

3. EVOLUTION RÉCENTE ET PREMIER BILAN CRITIQUE

3.1. IMPORTANCE CROISSANTE DES DROITS FONDAMENTAUX AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ

Avec la modernité, la société suisse a connu une évolution juridique qui a entraîné un accroissement des garanties offertes à l'individu face à l'Etat. Même si une certaine résistance s'est manifestée à l'égard des agents publics, ceux-ci ont également bénéficié de cette évolution et sont plus largement qu'auparavant considérés comme titulaires des droits fondamentaux au même titre que les autres personnes. Désormais, on considère donc que les devoirs des fonctionnaires doivent être interprétés en rapport avec les libertés publiques dont ils sont titulaires comme tout autre sujet de droit. Toutefois, on en reste à l'idée d'un rapport de droit spécial qui légitime des restrictions accrues à ces droits fondamentaux : comme le résume Blaise Knapp, « pour les fonctionnaires, on admet d'emblée une liberté non illimitée ».

Mais il faut souligner que ces avancées doctrinales s'inscrivent plus largement dans le cadre de l'introduction dans l'administration de certains principes de la « nouvelle gestion publique ». Ceux-ci impliquent notamment une « privatisation » de la fonction publique à travers le recours aux instruments du droit privé. Concrètement, on a vu dans toute la Suisse une remise en cause de l'ancien « statut » des fonctionnaires, au profit de nouvelles conceptions des rapports de travail fondés sur une base contractuelle.

C'est ainsi que, sur le plan fédéral, la garantie de la « nomination » a été abolie et les dispositions constitutionnelles pertinentes abrogées, puis une nouvelle Loi sur le personnel de la Confédération a été adoptée en mars 2000 par les Chambres fédérales et en novembre 2000 par votation populaire, entrant en vigueur en janvier 2001 pour les Chemins de fer fédéraux (CFF) et en janvier 2002 pour le reste de l'administration. Elle prévoit que les rapports de travail restent de droit public, mais créés par le biais d'un contrat écrit de durée déterminée ou indéterminée, et non plus d'une décision administrative. Plusieurs cantons ont suivi cette même voie, notamment le canton de Vaud, dont la Loi sur le personnel a été adoptée le 12 novembre 2001 pour entrer en vigueur en janvier 2003. Le projet de Loi n° 9275, déposé le 27 mai 2004 au Grand Conseil genevois, va dans le même sens.

L'abolition de la nomination et son remplacement par un contrat entraîne un rapprochement entre le droit public et le droit privé du travail, qui ne laisse subsister qu'une grande divergence fondamentale, au moins sur le plan formel : l'Etat garde l'obligation de disposer d'une raison fondée pour résilier les rapports de service, avec la réintégration pour sanction d'une résiliation injustifiée.

Comme le souligne Bernard Voutat, si, d'un côté, ces réformes se mettent en place sur la foi d'un discours critique envers les « archaïsmes » de la « vieille administration », supposée autoritaire, hiérarchique et pesante, de l'autre, en revanche, les nouveaux dispositifs tendent singulièrement à renforcer les mécanismes informels de pouvoir au sein des services publics. Il en résulte sans doute un décalage entre une doctrine juridique libérale en matière d'obligation de fidélité des agents publics envers l'Etat et une réalité où les devoirs de gestion s'étendent qualitativement et quantitativement, renforçant dans le même mouvement l'encadrement hiérarchique des agents de l'Etat.

On voit également que les nouvelles dispositions, adoptées au niveau fédéral ou sur le plan vaudois, par exemple, maintiennent un devoir de fidélité élargi et contraignant. C'est ce qui ressort de l'Exposé des

motifs et projet de loi adopté par le Conseil d'Etat vaudois en date du 11 septembre 2000 : « La loi actuelle impose des devoirs particuliers aux fonctionnaires, traduits par les termes d'obéissance, de loyauté et de fidélité notamment. Sans remettre en cause le principe même de ces obligations, l'approche mérite d'être adaptée. L'alinéa 2 précise ainsi que chaque collaborateur doit agir conformément aux intérêts de son employeur et du service public. Les intérêts de l'Etat sont ceux que fixe le Conseil d'Etat lui-même. Le collaborateur doit également respecter les dispositions qu'il est chargé d'appliquer ou auxquelles il est soumis, ainsi que les instructions reçues de la part de son supérieur hiérarchique. Enfin, il ne peut agir à l'encontre de l'Etat sans s'exposer à violer un de ses devoirs. ». Il est intéressant de relever la vision résolument hiérarchique qui est ici dépeinte. D'autre part, il apparaît clairement que c'est le gouvernement qui décide seul quels sont les intérêts de l'Etat. Enfin, on voit bien que l'on se réfère à la vieille conception du devoir de fidélité, qu'on cherche simplement à adapter.

3.2. PREMIÈRE ÉVALUATION À PARTIR DE LA RECHERCHE

Analysant les entretiens réalisés dans le cadre de la recherche menée par Marie-Claire Caloz-Tschopp, Bernard Voutat observe que, dans une très large mesure, les agents publics n'ont qu'une conscience extrêmement restreinte et diffuse du cadre légal dans lequel s'inscrivent les relations de travail qu'ils entretiennent avec leur employeur, notamment en ce qui concerne les obligations qu'ils ont à son égard. Ce qui ne manque pas de surprendre quand on voit la portée que ces obligations ont sur leur vie professionnelle, mais aussi sur leur vie privée.

Ainsi, Bernard Voutat n'identifie pas de violation manifeste du devoir de gestion motivée par des refus d'exécuter certains ordres pour des raisons de conscience, politiques ou éthiques, et ce malgré les questions qui se posent dans le quotidien du service public. S'agissant du devoir de fidélité, les répondants manifestent très largement une intériorisation du rapport de subordination hiérarchique qui caractérise leurs activités dans l'administration. Il faut aussi dire que les normes légales n'offrent aucune procédure permettant aux agents publics de se prévaloir de conflits de conscience vécus dans le cadre de leur fonction, pas plus qu'il n'existe de structures internes à l'Etat et offrant la possibilité d'échanger sur les finalités du service public.

Ainsi on peut déjà affirmer que le modèle hiérarchique de l'administration conduit à une dilution des responsabilités assumées dans le cadre des activités de service public, selon une chaîne qui n'est pas souvent explicitée comme telle, mais qui conduit à se reconnaître une faible marge de manœuvre. D'autre part, et sur un plan plus juridique, les bases légales en matière de devoir de fidélité apparaissent trop générales et imprécises ; elles n'intègrent pas non plus de reconnaissance suffisante des droits collectifs à caractère syndical.

4. LE FONCTIONNAIRE ET LE PRISONNIER

Nous avons jusqu'ici présenté et commenté l'analyse de Bernard Voutat, dont on perçoit bien la portée juridique. Il nous semble nécessaire de prolonger maintenant la réflexion, en abordant la question du devoir de fidélité et d'obéissance sous un autre angle et en nous interrogeant sur l'Etat et son rapport avec le droit. Ceci nous conduira à analyser l'autre face de notre thème, à savoir la désobéissance.

Il faut ici rappeler que l'Etat constitue une structure d'organisation ancienne, qui précède de beaucoup l'avènement de la révolution industrielle, des démocraties modernes, et le développement de la société capitaliste. Certes, l'évolution moderne a fait apparaître la notion d'Etat de droit, référence importante dans le discours qui est fait sur le fonctionnement de nos sociétés. Mais, restant le dépositaire de la souveraineté de la nation, l'Etat n'en demeure pas moins avant tout une chaîne de commandement et d'autorité, comme cela ressort précisément des normes légales relatives au devoir de fidélité et d'obéissance, ainsi que de la vision des commentateurs dont nous avons parlé plus haut. C'est certainement pour cela que la désobéissance à l'Etat apparaît, sur le plan formel ou du droit positif, comme une valeur négative qu'il s'agit surtout de réprimer. On y reviendra.

Dans ce contexte-là, le fonctionnaire a toujours été vu comme un serviteur, devant être un porte-parole de l'Etat-employeur, mais un porte-parole que l'on préfère parfois silencieux. On en veut pour illustration le devoir de réserve très étendu, ou encore les dispositions contenues dans maintes lois cantonales et empêchant les fonctionnaires de se présenter aux élections, ou encore celles enjoignant à l'agent dé-

sireux de se porter candidat à de telles élections de solliciter l'autorisation de son chef de service.

Soit dit en passant, s'agissant de l'expression par les travailleurs de leurs opinions politiques ou de l'exercice de leurs droits y relatifs, on discerne un parallélisme entre ce qui prévaut au sein de l'Etat et ce qui se déroule sur le marché privé du travail. En effet, la démocratie s'arrête aux portes des entreprises, et vouloir se porter candidat à des élections contre l'avis de son employeur, fût-il privé, ou encore manifester publiquement son opinion, sont des actes qui peuvent entraîner des conséquences dommageables, voire une perte d'emploi. A une époque pas si éloignée que cela, il a été jugé légitime de licencier une femme travaillant à l'Union de Banques Suisses (UBS) en raison des sympathies de son mari pour les idées communistes. En réalité, la sphère du travail déploie son emprise bien au-delà du strict lien contractuel, aboutissant à un contrôle très large de la vie privée des travailleurs. La figure du fonctionnaire ne fait en définitive qu'illustrer cette réalité avec une acuité particulière.

Si l'on en revient aux rapports existant entre l'Etat et ses agents, on voit que la fidélité que l'on attend de ces derniers est bien une obéissance doublée d'une grande réserve quant à l'expression de soi, et non pas la fidélité à des intérêts communs de l'ensemble des acteurs sociaux dont l'Etat serait le garant.

Pour illustrer ce qui précède, on peut citer deux anecdotes très éclairantes. Dans le premier cas, un enseignant d'une école professionnelle avait été interrogé par un journaliste sur les conditions que connaissaient les apprentis. Il s'était fait réprimander par son Chef de service, qui lui avait indiqué très clairement que lui seul était en droit de parler de la filière d'apprentissage. Dans le second cas, récent celui-là, un employé de l'Etat s'est fait remettre à l'ordre au motif qu'il avait critiqué publiquement, aux côtés d'autres employés syndiqués, la baisse annoncée des normes de l'Aide sociale vaudoise et du RMR. On lui a signifié qu'il n'avait pas le droit de refuser d'appliquer les directives de son employeur et que, partant, ses critiques étaient inacceptables.

Il suffit de se référer aux définitions du devoir de fidélité au niveau fédéral ou des cantons, citées plus haut, pour le constater : ce fonctionnaire, soumis au devoir de réserve, devant en tout temps représenter son Etat-employeur, doit rester irréprochable et ne jamais porter atteinte à sa souveraineté. On peut alors dire que l'agent public, en plus d'être extrait de la condition commune, est comme exproprié de lui-même. Il devient ainsi captif des rapports de service et des conséquences qu'on en déduit. On pourrait même dire, si l'on pense aux limitations de l'exercice des droits politiques, que l'on assiste bel et bien à une démocratie censitaire, certains citoyens étant exclus de certaines formes de participation politique en vertu du rapport spécial qui les lie à l'Etat. Dans cette perspective-là, le parallélisme - classique dans la théorie juridique - entre le fonctionnaire et le prisonnier prend toute sa signification.

Comme on l'a vu plus haut, l'évolution des rapports de travail dans la fonction publique ne fait que renforcer cette situation. En abolissant le système de la nomination du fonctionnaire, en rapprochant ses conditions de travail de celles prévalant dans le secteur privé, on a fragilisé son statut. Mais, de l'autre côté, on a préservé l'architecture autoritaire des rapports de service. La précarisation de la situation des fonctionnaires aboutit ainsi à revitaliser de vieilles formes d'autoritarisme.

Prenons l'exemple du canton de Vaud, dont on a vu qu'il venait de modifier en profondeur l'architecture des rapports de travail au sein du Service public en introduisant le système du contrat administratif. Il est très révélateur d'observer à quel point cette notion de contrat n'est pas véritablement entrée dans l'esprit de la hiérarchie, ceci malgré la transformation importante qu'implique l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur le personnel. C'est que l'idée de contrat implique une vision bilatérale, une négociation entre partenaires, que l'on postule égaux, ceci s'opposant en tout point au caractère unilatéral de la décision qui a imprégné durant des décennies les rapports de travail dans le secteur public. En pratique, la résistance est grande face à une reconnaissance par l'Etat du partenaire au contrat, et l'on rapporte de multiples cas où des employés ont vu leurs conditions de travail ou de rémunération être modifiées de manière complètement unilatérale, sans le moindre respect des formes contractuelles. Malgré les transformations formelles et législatives, l'Etat se maintient dans une économie du commandement, très éloignée d'une économie de marché, tout en introduisant des critères qui s'en inspirent alors qu'il n'existe pas à proprement parler de marché du travail de la fonction publique.

On assiste en fait à une opposition entre deux courants contraires au sein de l'Etat. Ce dernier est en effet dépositaire de la souveraineté, dont l'exercice contient la violence d'Etat puisqu'on lui reconnaît un

monopole de la force publique. Mais il est aussi devenu le garant des principes juridiques, de rang constitutionnel ou tirés de conventions internationales, destinés à protéger tout sujet de droit. C'est dans cette confrontation que vient se placer tout le débat sur le devoir d'obéissance que l'on impose au fonctionnaire, mais aussi aux diverses catégories particulières de personnes déjà mentionnées (enfants, élèves, prisonniers, soldats, etc.). On observe alors que, malgré la progression et l'affirmation des droits humains limitant l'action et le recours à la force de l'Etat souverain dans un cadre légal, le rapport juridique spécial que l'on a élaboré pour ses employés reste marqué par le sceau de l'autorité, forcément unilatérale.

5. ET LA DÉSOBÉISSANCE À L'ETAT ?

Il est temps d'aborder maintenant la question sous un autre angle, soit celui de la désobéissance à l'Etat. L'attention est attirée par une observation concrète : si l'on trouve aisément des réflexions sur le devoir d'obéissance, les auteurs que nous avons cités sont beaucoup moins disert sur son opposé, la désobéissance. Ainsi, l'index d'ouvrages de doctrine aussi incontournables en Suisse que le Droit constitutionnel suisse de Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier (2 volumes), ou le Droit administratif de Pierre Moor (3 volumes), ne contiennent pas d'entrée sous le terme désobéissance. Ce fait est d'autant plus remarquable que de grands auteurs de la théorie de philosophie du droit et de la philosophie politique abordent la question. Ce silence est aussi particulièrement étonnant lorsqu'on découvre qu'une réflexion sur la désobéissance à l'Etat existe y compris au sein du monde juridique, ainsi que nous le verrons plus bas.

5.1 COMMENT LE DROIT SUISSE (DÉ)CONSIDÈRE LA DÉSOBÉISSANCE.

Intrigué par cette apparente inexistence de la désobéissance en droit suisse, nous nous sommes livrés à une petite recherche, qui a abouti à des résultats très éclairants. Cette approche empirique fait ressortir à merveille, et par contraste, les liens forts qui existent entre, d'un côté, la notion d'obéissance, et, de l'autre côté, certaines catégories de citoyens aux droits limités que nous avons déjà évoquées et les agents publics qui s'en occupent.

Ainsi, sur l'ensemble des arrêts du Tribunal fédéral suisse publiés en français au Recueil officiel depuis 1954, seuls cinq d'entre eux contiennent au moins une occurrence du terme « désobéissance ». A partir de l'année 2000, la Haute Cour a placé sur son site l'ensemble des arrêts rendus ; quatre autres arrêts dans cette période contiennent au moins une occurrence du terme recherché. Celui-ci apparaît ainsi dans des contextes très précis. Soit il caractérise le comportement d'un enfant, dont la désobéissance est mise en avant pour justifier un droit de correction des parents ou pour discuter de la faute d'un enfant et de ses conséquences en responsabilité civile. Soit il est invoqué pour justifier le renvoi pour justes motifs d'un agent public, ou le congé avec effet immédiat d'un travailleur au bénéfice d'un contrat de droit privé. Il est encore mentionné dans un arrêt traitant du sort des prisonniers. Enfin, une série d'arrêts évoquent la notion lorsqu'il s'agit de caractériser des actes et de déterminer s'ils correspondent à certains délits réprimés par le Code pénal suisse. En effectuant la même recherche en direction des publications de tribunaux cantonaux, c'est ce dernier thème qui ressort le plus souvent, de même que la désobéissance de particuliers face à des injonctions étatiques en matière de construction.

Ainsi, on voit fréquemment en débat la distinction entre la « simple désobéissance », considérée comme un acte non punissable et les comportements plus ou moins actifs qui entrent dans la définition de l'opposition aux actes de l'autorité, délit réprimé à l'article 286 du Code pénal suisse. Dans l'hypothèse de l'insoumission à une décision de l'autorité visée à l'article 292 du même Code, l'individu doit avoir été dûment averti pour que sa simple désobéissance puisse être considérée comme une infraction.

Le Code pénal militaire contient une disposition que ne connaît pas le Code pénal ordinaire : il est en effet précisé que, si l'exécution d'un ordre constitue un acte punissable, tant le supérieur ayant donné cet ordre que le subordonné l'ayant suivi sont punissables. Cette norme invite donc les soldats et leurs chefs à porter un regard critique sur les ordres émis ou reçus. Peu ou pas prise en compte par la doctrine lorsqu'elle traite du devoir de fidélité, elle pourrait avantageusement inspirer les réglementations des rapports de travail dans la fonction publique. En dehors de cette hypothèse, la désobéissance du soldat est circonscrite par une série d'infractions au devoir de servir. On trouve notamment le refus de servir, sanctionné de l'emprisonnement jusqu'à 18 mois par l'article 81 du Code pénal militaire. Pour les civils, provoquer publiquement à la désobéissance à un ordre militaire est également un délit, réprimé par

l'article 276 du Code pénal suisse.

Un petit détour législatif nous fait encore constater que la désobéissance du marin justifie une sanction selon l'article 140 de la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse. Elle est encore considérée, au niveau vaudois, comme un acte d'indiscipline grave chez une personne incarcérée, à l'instar de la résistance, du sabotage, des voies de fait ou de l'évasion, tous passibles d'arrêts disciplinaires en vertu de l'article 116 de la Loi vaudoise sur l'exécution des condamnations pénales et de la détention préventive.

Une première approche fait ainsi apparaître que la désobéissance à l'Etat est un comportement blâmable, qui entraîne diverses sanctions selon les domaines juridiques envisagés. Elle semble ainsi le reflet en négatif de l'obéissance que l'on attend des enfants, des prisonniers, des fonctionnaires, mais plus généralement des travailleurs, voire des citoyens qui ne doivent ni s'opposer aux actes de l'autorité, ni faire preuve d'insoumission, et encore moins appeler publiquement à désobéir à un ordre militaire.

On a déjà vu que la désobéissance à l'Etat n'est pas traitée comme telle par d'éminents constitutionnalistes ou spécialistes du droit administratif. On ne la voit commentée par la doctrine de manière prudemment favorable qu'en regard du refus de servir et de l'objection de conscience. Elle semble mieux vue en ce qui concerne les banques : il y a en effet débat pour savoir si elles ont le droit de désobéir en ne se soumettant pas à l'obligation de renseigner les offices de poursuites dans les cas de séquestre. Pour illustrer l'extrême réticence de la conception majoritaire face à la désobéissance à l'Etat, on citera ce passage tiré d'un commentaire de Willy Heim, ancien procureur général du canton de Vaud, et connu pour ses positions très conservatrices : « (...) Il arrive même à des bonnes personnes de désobéir à un ordre, à un commandement, et (...) l'insoumission n'est pas nécessairement immorale ».

Il s'agit au fond de l'illustration du principe voulant que le devoir d'obéissance à l'Etat soit la condition même de la loi, devoir qui est considéré comme allant de soi dans la démocratie fondée sur l'Etat de droit, comme le souligne l'Office fédéral de la justice dans un avis de droit fort intéressant du 4 novembre 1985 à propos de l'asile d'Eglise et de ses fondements juridiques. La réflexion que se pose cet Office est destinée à répondre à l'accueil par des Eglises de demandeurs d'asile déboutés. Elle rejoint la nôtre, puisque dans plusieurs cantons, en particulier Vaud, les curés ou pasteurs sont employés de l'Etat.

On constate à la lecture de cet avis que l'administration suisse connaît parfaitement la longue tradition de l'asile d'église, ainsi que l'évolution ayant débouché sur l'évocation du droit de résistance et du devoir de désobéissance. La description de l'action des églises dans l'histoire montre que l'asile a été une forme de désobéissance reconnue de l'institution ecclésiastique face au pouvoir temporel. La question ne se pose certes plus dans les mêmes termes actuellement, puisque les églises ne disposent plus d'un droit d'asile ou d'une immunité ancrés dans la législation ; toutefois, l'extraction par la force de personnes réfugiées dans une église continue à être vue comme un acte « sacrilège ».

Après avoir bien situé les bases historiques, philosophiques et juridiques du débat, l'Office fédéral de la justice relève bien que l'asile d'église se fonde sur une critique des décisions étatiques de renvoi et leur côté arbitraire, ainsi que sur la crainte d'une violation par l'Etat du principe du non-refoulement, autrement dit de la mise en danger des personnes visées par les renvois, ceci dans un contexte où il n'y a pas de contrôle judiciaire des décisions de l'administration et où la Cour européenne n'offre pas de sécurité concrète suffisante. On pourrait donc en déduire que cette désobéissance à l'Etat est fondée en droit. Or, dans sa brève conclusion, l'avis de droit se borne à répéter que les Eglises ne peuvent plus invoquer d'immunité particulière, ni d'autonomie face à l'Etat, et à affirmer qu'il n'existe pas de droit à la résistance face aux décisions administratives exécutoires. Il manque ici une véritable discussion de la légitimité de l'action de l'Etat, l'Office fédéral se bornant à une simple pétition de principe formelle : en matière d'asile, l'Etat de droit ne pourrait que produire des décisions justes puisque fondées sur la loi. Le lecteur reste ainsi entièrement sur sa faim, puisque tous les développements antérieurs pouvaient l'amener à affirmer au contraire la légitimité de la désobéissance face à des décisions étatiques pouvant mettre en danger des biens juridiques fondamentaux.

5.2 UN PEU D'HISTOIRE

La conception majoritaire du devoir d'obéissance à l'Etat a une longue tradition, puisqu'on fait remonter

ce postulat à des sources antiques : il apparaît déjà chez Platon comme une obligation politique découlant du caractère social de l'être humain. Mais l'Antiquité a également livré des justifications tout aussi fortes de la désobéissance civique. C'est Socrate soulignant qu'il est préférable de subir l'injustice plutôt que de la provoquer. C'est aussi la figure célèbre d'Antigone, souvent invoquée dans ce contexte, qui, dans la tragédie de Sophocle, se fonde sur des lois non écrites supérieures pour désobéir aux ordres du roi Créon.

La réflexion a été reprise et développée par l'Eglise chrétienne, à partir de Saint Thomas d'Aquin, dans ce qui est donc aussi une longue tradition. L'Eglise catholique actuelle a affirmé que les lois qui violent les droits humains sont dépourvues de force de loi. Au 18ème siècle, Locke admet la capacité du peuple à s'insurger contre les abus et à établir un nouveau gouvernement, justifiant par là la désobéissance civique. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 considère la « résistance à l'oppression » comme un des droits fondamentaux de la personne humaine.

L'idée qu'on puisse refuser d'obéir à certaines lois ou à certaines décisions de la puissance publique, sans remettre pour autant en question l'ensemble de l'ordre institué, va particulièrement intéresser la réflexion anglo-américaine, en particulier à partir du 19ème siècle. Le texte fondateur est l'essai d'Henri Thoreau publié aux Etats-Unis d'Amérique, d'abord en 1849 sous le titre de Résistance au Gouvernement civil, puis, après sa mort, en 1862, sous le titre Le devoir de la Désobéissance civile. Cet auteur, qui considérait que nous devrions être des individus, en premier lieu, et seulement après des sujets, a été redécouvert dans les années 1960-1970 par la jeunesse cherchant à donner un fondement théorique à son insoumission. Analysant son texte au regard du Mouvement des droits civiques qui agitait à cette époque les Etats-Unis, la philosophe Hannah Arendt trouve dans la désobéissance civique l'idéal du « consentement » et son corollaire, « le droit au désaccord », fondements de l'art d'association en commun propres aux colons américains ; s'interrogeant sur l'éventuelle exportation de cette forme d'action civile dans d'autres systèmes politico-juridiques, elle pense qu'elle s'accompagnera d'une contestation de la machine juridique, bureaucratique et cynique.

En Europe, la tradition de la fin du 19ème et de la première moitié du 20ème siècle est plutôt celle du positivisme, qui postule que la loi doit s'exercer de manière impérative quand bien même elle serait injuste.

Cette approche a été profondément remise en cause après la Seconde Guerre mondiale lors du procès de Nuremberg. Ainsi, le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, du 8 août 1945, prévoyait que le fait qu'une personne ait agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne la dégageait pas de la responsabilité d'un crime. Les juges ont poursuivi dans cette voie en condamnant ceux qui avaient obéi à des ordres iniques, transformant le droit de désobéissance en un devoir dont l'inaccomplissement méritait une punition.

En Allemagne, également à la suite du conflit mondial, la loi fondamentale a expressément ancré dans son article 20 le droit à la résistance en vue de protéger les libertés fondamentales. On retrouve ce droit comme *ultima ratio* aussi dans le *ius gentium* - le droit des peuples.

Dans cette évolution, on a vu plusieurs normes internationales contenir une règle similaire. On la trouve très explicitement dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conclue à New York le 10 décembre 1984, ratifiée par la Suisse le 2 décembre 1986 et entrée en vigueur dans l'ordre juridique suisse le 26 juin 1987. En son article 1er, cette convention interdit de manière absolue aux agents de la fonction publique, ou à toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite, d'infliger toute douleur ou souffrance aiguë, physique ou mentale, que ce soit pour obtenir des aveux, pour infliger une punition, pour intimider ou pour faire pression, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit ; cette interdiction s'étend également aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En son article 2, la Convention est formelle : « L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture ». Cette interdiction se retrouve dans la Convention européenne des droits de l'homme, donnant lieu à une importante jurisprudence de la Cour européenne. Il est intéressant de souligner que ces deux normes internationales offrent non seulement la possibilité aux individus d'invoquer directement les garanties qu'elles contiennent, mais aussi une voie juridictionnelle permettant de soumettre au contrôle d'instances juridictionnelles internationales des actes ou décisions ren-

dues par un Etat national.

On voit ainsi que l'évolution des réflexions théoriques ou des normes juridiques a abouti à formuler un véritable devoir de désobéissance à l'Etat quand ce dernier viole ses propres lois ou les droits fondamentaux.

De manière cohérente, on a constaté que celui qui observe ce devoir se soustrait à l'obligation immédiate qui est la sienne d'obéir à un ordre, s'exposant à des sanctions, voire à des persécutions. Par conséquent, celui qui doit désertir l'armée ou la police pour échapper au châtement qu'il encourrait pour avoir refusé de torturer ou d'infliger des mauvais traitements prohibés par le droit international remplit les conditions de reconnaissance du statut de réfugié.

5.3 LE POINT DE VUE FRANÇAIS

Traditionnellement, on considère que la désobéissance civique a surtout intéressé la réflexion anglo-saxonne. Pourtant, la France peut nous apporter plusieurs éléments de réflexion fort intéressants à ce propos.

Nous avons déjà signalé que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 considère la « résistance à l'oppression » comme un des droits fondamentaux de la personne humaine. Il s'agit plus précisément, avec la liberté, la propriété et la sûreté, d'un des quatre droits naturels et imprescriptibles reconnus par l'article 2 de la Déclaration.

La Déclaration dite Montagnarde, annexée à la Constitution de 1793, allait même plus loin, en réservant trois articles à l'oppression : selon l'article 33, « la résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme » ; l'article 34 précise les liens entre oppression individuelle et oppression contre le corps social ; enfin, selon l'article 35, « quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chacune de ses portions, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ». Las ! Cette vision a été rapidement battue en brèche, certains révolutionnaires ayant même été condamnés pour avoir demandé l'application de la Constitution de 1793.

Oubliant le contenu de ces Déclarations, la culture dominante en France, dans toute la période ultérieure et jusque dans les années 1940, a été celle de l'obéissance. Un changement d'attitude est survenu au cours de la Seconde Guerre mondiale, avec l'émergence de la Résistance, dont le nom est en lui-même très évocateur : un de ses tracts proclamait ainsi que « La désobéissance est le plus sage des devoirs. ».

C'est ainsi qu'on a voulu revenir à la Déclaration de 1789. Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, rédigé au lendemain de la Libération, mentionne alors expressément l'attachement du Peuple français aux droits de l'homme et aux principes de la Souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis dans cette Déclaration. Cette double référence figurera ensuite dans la Constitution de la Cinquième République. Autrement dit, par ce renvoi, la « résistance à l'oppression » reste aujourd'hui encore une référence constitutionnelle en France, même si la théorie de « la loi écran » fait obstacle à son application directe ; ce thème est développé dans un article passionnant par Joël Mekhantar.

De même, à partir des événements survenus dans le cadre de la guerre d'Algérie, il s'est développé en droit pénal français une construction connue sous la dénomination imagée de « la théorie des baïonnettes intelligentes ». L'article 15 du Statut général des armées, du 13 juillet 1972, prévoit qu'il ne peut être ordonné aux militaires, et que ceux-ci ne peuvent accomplir, des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales ou qui constituent des crimes ou délits. La règle est reprise dans le Règlement de discipline générale dans les armées à l'article 8, qui dispense l'inférieur d'exécuter les ordres violant notamment le droit de la guerre ; quant à la commission d'un acte portant atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle suite à un ordre illégal, elle engage pleinement la responsabilité pénale et disciplinaire. De même, l'article 122-4 du Code pénal français prévoit l'excuse absolue dite du « commandement de l'autorité légitime », mais en excluant l'exécution des actes manifestement illégaux. Ces textes reconnaissent donc à l'inférieur le droit, sinon le devoir, d'apprécier la légalité d'un ordre reçu et de refuser de s'y soumettre quand il est illégal.

Les juridictions françaises ont également développé, au lendemain de la Libération, toute une jurispru-

dence concernant ce devoir de désobéissance de l'agent public. Dans une affaire Langneur devenue célèbre, jugée le 10 novembre 1944, le Conseil d'Etat a en effet fixé les limites de l'obligation d'obéissance imposée aux fonctionnaires. Il a confirmé la révocation d'un chef de service du chômage dans une mairie, qui avait obéi scrupuleusement aux ordres du maire, alors que ceux-ci présentaient de toute évidence un caractère illégal et qu'ils compromettaient gravement le fonctionnement du service public, ce que le chef concerné ne pouvait ignorer. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que, dans un tel cas, le fonctionnaire aurait dû désobéir.

Cette primauté du principe de la légalité a été confirmée dans d'autres arrêts ultérieurs. Le Conseil d'Etat a poursuivi dans sa réflexion en confirmant les sanctions prononcées à l'encontre d'un agent de la Sûreté Nationale ayant agi sur ordre en communiquant, durant l'Occupation, des renseignements et des noms de patriotes aux autorités allemandes, ou encore, plus récemment, contre un fonctionnaire ayant obéi à des ordres de fichage de la population ou d'une partie de ses individus, exécuté des actes destinés à restreindre les libertés ou destiné à porter atteinte à la dignité humaine, comme l'organisation de déplacement forcé de population.

De même, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a jugé pénalement responsable le chef du service des étrangers d'une préfecture, inculpé de complicité de séquestration, pour la rétention d'un étranger en application d'une circulaire illégale au motif que « l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique ne constitue, pour le fonctionnaire public auteur d'un acte attentatoire à la liberté individuelle, qu'une excuse absolutoire qui n'enlève pas à cet acte son caractère illicite, et ne permet pas à son auteur d'échapper à une déclaration de culpabilité ». La supériorité du principe de légalité sur le principe hiérarchique est ainsi encore plus évidente lorsqu'il y a violation de la loi pénale. Ce n'est donc non seulement en raison de leur illégalité, mais parce qu'ils constitueront aussi dans bien des cas des crimes ou des délits que de nombreux agissements oppressifs commandés à un fonctionnaire par sa hiérarchie le placeront face à sa propre responsabilité pénale. Pour illustrer cet aspect, Mekhantar prend l'exemple très actuel du fonctionnaire qui refuserait de résister à l'oppression dont pourraient être victimes des étrangers clandestins en transit pour l'Angleterre, notamment s'il mettait le feu dans une construction servant d'abri à ces derniers pour les obliger à partir.

Systématisant sa réflexion à partir des textes légaux et constitutionnels, ainsi que de la jurisprudence, Mekhantar affirme que l'agent public peut et doit résister à la tentation de devenir un fonctionnaire oppresseur. Il précise tout d'abord ce qu'il faut entendre par cette expression : « Résister à l'oppression, ce n'est pas simplement 's'opposer aux actes manifestement injustes des gouvernants'. Autant que l'injuste, c'est l'aspect liberticide, voire tyrannique, de l'acte auquel on s'oppose, qui prime. Opprimer, c'est 'accabler par violence, par excès d'autorité' ». Il pose ensuite la règle suivante : « A titre individuel, le fonctionnaire a d'abord le devoir de refuser d'obéir aux ordres arbitraires qui pourraient conduire à commettre des actes d'oppression contre la population ou contre une catégorie d'individus. Les agents publics (...) ont ensuite un droit (...) de s'organiser (plutôt collectivement) contre les oppressions dont ils pourraient être les victimes dans le cadre de leurs fonctions. »

Mekhantar aborde plus loin les limites du principe de légalité. En effet, comment raisonner et quelle règle suivre si ce n'est pas l'acte ordonné qui est illégal ou qui constitue un délit, mais que c'est la loi elle-même qui est gravement liberticide ? Le problème qui apparaît ici découle de la soumission du fonctionnaire à l'obligation d'appliquer la loi, qui fait écran à l'invocation du droit constitutionnel de résistance à l'oppression. Notre auteur cite l'exemple de la loi n° 2001.1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, qui n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel et qui contient un certain nombre de dispositions pour le moins douteuses. Dans ce cas, il serait impossible à un agent public de désobéir à cette loi, quand bien même elle porte atteinte à des libertés fondamentales, car elle fera toujours écran avec l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme. Mekhantar plaide alors en faveur de l'application au quotidien de la Déclaration, afin de soumettre l'Etat et son administration au respect non seulement de la loi mais du droit tout entier : « Comment oserions-nous parler d'Etat de droit si un droit naturel, imprescriptible et au moins de rang constitutionnel comme le droit de résistance à l'oppression, pouvait être bafoué à loisir en application d'une loi oppressive ayant échappé au contrôle facultatif de constitutionnalité ? La loi doit-elle bâillonner le juge du quotidien, celui qui doit statuer en référé sur des situations de misère (camp de rétention, reconduite à la frontière, etc.) ? (...) Dire le droit, cela devrait ainsi permettre d'écarter la loi lorsque celle-ci, dans un cas donné, conduit à l'oppression, à laquelle la Constitution, par la Déclaration, commande au fonctionnaire comme au juge de résister ».

On peut noter que la situation française décrite par notre auteur présente des similitudes avec la situation que nous connaissons en Suisse, où le Tribunal fédéral n'a pas compétence pour sanctionner ou écarter une loi votée par le Parlement fédéral et qui violerait la Constitution. On retrouve ainsi ce même problème, loin d'être seulement théorique comme nous le décrirons plus loin, de lois portant atteinte à des droits fondamentaux mais faisant écran à l'application de la Constitution. Nous rejoignons son plaidoyer en faveur de la reconnaissance d'un véritable droit de résistance à l'oppression reconnu aux agents publics, que ce soit face aux ordres illégaux reçus ou aux lois liberticides adoptées en violation des normes supérieures.

Pour clore ce chapitre, nous signalons que la question fait l'objet de débat en France, comme en témoigne le colloque international qui s'est tenu à Dijon en 2002 précisément sur le thème du droit de résistance à l'oppression.

6. PAUL GRÜNINGER, UN EXEMPLE SUISSE DE DÉSOBÉISSANCE À L'ÉTAT

Il est temps de revenir sur le cas de Paul Grüninger, que nous avons rapidement abordé plus haut. Cet homme nous intéresse tout particulièrement, car il a été un fonctionnaire de police, chargé, qui plus est, de responsabilités particulières en tant que commandant de la police du canton de Saint-Gall, et dont les actes de désobéissance à l'État, dans une période politiquement difficile, ont manifesté cette résistance à l'oppression que nous venons de mentionner. Sa condamnation en 1940 fondée sur ce qui a été considéré comme une violation caractérisée du devoir de fidélité, puis sa réhabilitation politique en 1993 et juridique en 1995, apportent des éléments précieux et concrets pour la réflexion que nous menons. Ces éléments méritent d'autant plus d'être relevés que la doctrine juridique suisse ne semble pas en avoir pris toute la mesure.

6.1 A L'ÉPOQUE, CONDAMNATION D'UNE DÉSOBÉISSANCE CARACTÉRISÉE

Mais revenons sur les faits, avec tout d'abord un rappel du contexte politique. C'est la période de l'Anschluss de l'Autriche à l'Allemagne nazie en mars 1938, marquée également par une intensification des mesures à l'encontre des Juifs, ce qui provoque une augmentation des demandes de protection de la part des Juifs autrichiens qui fuient la persécution et la volonté de « purification ethnique » clairement manifestées par les Nazis. Face à cette réalité, le Conseil fédéral suisse réagit de manière fort restrictive, renforçant la surveillance des frontières et adoptant une série de mesures administratives : le 28 mars 1938, il introduit l'obligation de visa pour tous les détenteurs d'un passeport autrichien ; le 18 août 1938, il décide de refouler, sans exception, tous les réfugiés qui ne sont pas en possession d'un visa ; dès le 4 octobre 1938, il impose également l'obligation du visa pour les « non-aryens » allemands.

Il est intéressant de noter que ces diverses mesures ont été prises par le biais de directives ou de circulaires administratives, à savoir de textes juridiques de rang inférieur. Cette technique législative pose de très sérieux problèmes au niveau du principe de la légalité, puisque les normes précisant l'action des autorités ne sont pas ancrées dans des lois au sens formel du terme, n'étant par conséquent pas soumises au contrôle législatif habituel. Le problème est encore tout à fait actuel. A titre d'exemple, on peut noter que la réaction du gouvernement suisse lors de la guerre en ex-Yougoslavie a été identique : fermeture des frontières et exigence du visa à l'encontre des personnes fuyant depuis la Croatie ou la Bosnie-Herzégovine les combats, les atrocités, voire le génocide de Srebrenica, ceci dans le but de prévenir un afflux de réfugiés.

Dans le contexte de l'époque, marqué par une fermeture du gouvernement fédéral, Paul Grüninger, désobéissant ouvertement aux instructions de la Confédération, avait toléré et même facilité l'entrée illégale de réfugiés en Suisse avec l'accord de son supérieur, le conseiller d'Etat Valentin Keel. A la conférence des directeurs cantonaux de police, qui eut lieu le 17 août 1938, il fut l'un des seuls fonctionnaires présents à demander que la Suisse adopte une politique généreuse à l'égard des requérants d'asile, déclarant, selon le procès-verbal : « Il est impossible de refouler des réfugiés, ne serait-ce qu'en vertu de considérations humaines. Nous devons en accueillir beaucoup. » Après la décision du Conseil fédéral, prise au lendemain de cette conférence, Grüninger a poursuivi sa collaboration avec l'Oeuvre israéliite d'aide aux réfugiés à Saint-Gall, dont le responsable, Sidney Dreifuss, tentait de trouver des logements pour les réfugiés. Grüninger, pour sa part, se chargeait de légaliser le séjour des réfugiés arrivés après

l'entrée en vigueur des mesures de fermeture de la frontière en antidatant les documents officiels y relatifs. En automne et au début de l'hiver 1938 encore, des réfugiés ont pu entrer de cette manière en Suisse sans être expulsés. En outre, Grüninger s'est efforcé d'obtenir des visas d'entrée pour les parents de réfugiés vivant déjà en Suisse. Il a même envoyé des permissions d'entrée à des personnes internées à Dachau, qui eurent ainsi la chance d'être libérées, ou a fermé les yeux sur de mensongères garanties de pouvoir émigrer plus loin.

Ces actions allaient clairement à l'encontre des mesures prises par la Confédération. A l'instigation de Heinrich Rothmund, chef de la police fédérale des étrangers, le gouvernement du canton de Saint-Gall a ouvert une enquête au début de 1939, confiée à un juge d'instruction extraordinaire. Très vite, certaines personnes qui avaient collaboré avec Grüninger se distancèrent de lui - à l'instar de son supérieur Valentin Keel. Des rumeurs, selon lesquelles le commandant de la police aurait touché des pots-de-vin, ont jeté le discrédit sur sa moralité ; ces rumeurs n'ont jamais été confirmées. Le 3 avril 1939, Grüninger a été convoqué par le juge d'instruction extraordinaire, qui lui a remis une lettre lui annonçant la suspension immédiate de ses fonctions et l'interdiction de pénétrer dans les locaux de la police cantonale. Il était accusé d'avoir falsifié des documents et enfreint ses devoirs de fonctions, abusant de la confiance de son supérieur et trompant le Département fédéral de justice et police. Après avoir siégé les 1er octobre et 23 décembre 1940, le Tribunal de district de Saint-Gall a rendu un jugement déclarant Grüninger coupable de manquement à ses devoirs de fonction et de faux en écriture, le condamnant à une forte amende et aux deux-tiers des frais, relativement élevés, de l'enquête.

L'historien Stefan Keller estime que, l'année précédant sa destitution, Paul Grüninger a sauvé des centaines, voire quelques milliers de Juifs. En Suisse, il a dû payer sa vie durant pour ses actes d'humanité, considérés comme illégaux. Israël lui a en revanche décerné la médaille des Justes en 1971, plusieurs arbres ou haies ayant été plantées en son honneur.

6.2 UNE RÉHABILITATION PROGRESSIVE SUR LE PLAN POLITIQUE

La réhabilitation du commandant de police a été un long et difficile chemin. C'est seulement à la fin des années soixante que l'on a commencé à exprimer une certaine reconnaissance pour son engagement en faveur des réfugiés juifs. En 1970, à la suite d'une campagne de presse internationale, le Conseil d'Etat saint-gallois félicita Grüninger pour « son attitude humaine d'alors ». Mais il n'était pas encore question de revenir de quelque manière que ce soit sur les circonstances du licenciement, et encore moins sur sa condamnation. Grüninger est décédé en 1972, portant toujours les stigmates d'une impardonnable désobéissance à l'Etat.

En 1993, Keller publie son ouvrage en allemand, résultat d'une minutieuse recherche historique, et amorce une campagne en vue d'une véritable réhabilitation. Après une intense campagne de presse, après le succès important des ventes de cet ouvrage, et après que de nombreuses voix se sont exprimées en faveur d'une telle réhabilitation, le gouvernement saint-gallois s'est saisi de la question. La position est apparue toutefois difficile à arrêter et la décision est ajournée au moins trois fois.

Enfin, le 30 novembre 1993, le Chef du Département cantonal de justice et police est venu lire une déclaration de l'ensemble du gouvernement au Parlement cantonal. Le Conseil d'Etat y a admis que Grüninger s'était laissé guider par des valeurs éthiques se trouvant aujourd'hui à la base du droit international suisse, que l'abondance des témoignages figurant dans l'ouvrage de Keller permettait une connaissance approfondie du contexte de l'époque. Etant démontré que Grüninger avait consciemment enfreint des directives dans le but de protéger des réfugiés menacés dans leur chair et dans leur existence, au risque de s'attirer des désavantages personnels importants, et considérant les critères actuels, le gouvernement a déclaré que le commandant de police remplissait les conditions strictes lui permettant d'invoquer la détresse morale. La voie était ainsi ouverte pour que le gouvernement cantonal exprime, à titre posthume, sa reconnaissance et son respect pour l'attitude d'alors de son commandant de police, lui offrant une pleine réhabilitation politique.

Poursuivant un engagement sans relâche en faveur de l'ex-commandant de la police, le parlementaire national Paul Rechsteiner a interpellé en décembre 1993 le Conseil fédéral, demandant une réhabilitation politique par les autorités fédérales aussi. Cet appel a été entendu, puisque le 13 juin 1994, le gouvernement suisse y donnait une suite favorable.

6.3 UNE PLEINE RÉHABILITATION JURIDIQUE

Restait à revenir sur la condamnation pénale de Paul Grüninger. En raison du principe de la séparation des pouvoirs, il était impossible au gouvernement cantonal de modifier un jugement émanant du pouvoir judiciaire. Le Conseil fédéral était confronté au même obstacle, avec en plus celui de la répartition des compétences entre cantons et Confédération. Après examen juridique et avis de droit rendu par le Professeur Mark Pieth, de l'Université de Bâle, il est apparu qu'il fallait procéder par la voie de la demande de révision. Sans entrer dans tous les détails, nous allons présenter ici les éléments principaux du raisonnement juridique qui retiennent l'attention dans le cadre de la présente réflexion sur le devoir de fidélité.

Il nous faut tout d'abord revenir sur le jugement initial du 23 décembre 1940. Le tribunal a retenu à l'encontre du commandant de la police une violation de ses devoirs de fonction, pour avoir très activement aidé des dizaines, voire des centaines, de réfugiés juifs à entrer ou rester en Suisse, ceci par le biais de falsification de documents officiels ou de faux renseignements donnés à ses supérieurs ou d'autres autorités. Le jugement souligne bien qu'une simple attitude passive - ne pas respecter les directives fédérales concernant le verrouillage des frontières, laisser entrer des réfugiés en détournant le regard - n'aurait pas constitué un délit et n'aurait donc pas donné lieu à une condamnation. C'est donc bien le comportement actif de Grüninger qui a été sanctionné, le fait qu'il ait délibérément falsifié des documents, cherchant ainsi à tromper les autorités. Tout en admettant l'existence des dangers guettant les réfugiés juifs, les juges n'ont considéré cet aspect que comme une circonstance atténuante, de même que l'absence de bénéfices personnels tirés par le fonctionnaire de sa désobéissance. Il est à noter que dans l'un des cas retenus, Grüninger a donné de fausses informations à un juge d'instruction, ce qui a permis à un Juif qui avait pu s'échapper d'un transport pour Dachau de ne pas être remis aux autorités allemandes : ce danger est minimisé par rapport à l'acte de désobéissance. Par contre, est retenue comme circonstance aggravante le fait que Grüninger était un fonctionnaire de rang élevé, directement subordonné au chef du département, et donc dans un poste d'absolue confiance. Autre facteur aggravant : la reconnaissance très insuffisante par l'accusé du caractère répréhensible de son comportement. Résumant son appréciation, le jugement indique ceci : « Le motif profond de ses agissements, ce qui l'a poussé à laisser entrer des fugitifs, qui est objectivement contraire à la loi mais subjectivement compréhensible sur le plan humain et excusable, doit également être pris en considération. (...) Il n'a pas su rester dans les limites acceptables pour en venir pas à pas à commettre un véritable délit. ».

Dans son avis de droit, le Professeur Pieth part du constat que le tribunal n'avait pas conscience, en 1940, de toute l'ampleur du danger qui guettait les réfugiés juifs, au contraire de Paul Grüninger. Un certain nombre de faits aujourd'hui incontestables permettaient ainsi d'analyser différemment le dilemme dans lequel se trouvait le commandant de la police et de lui reconnaître un état de nécessité qui est classiquement une excuse absolutoire en droit pénal. L'imminence du danger de très graves atteintes à la liberté, à l'intégrité corporelle ou à la vie des réfugiés devait être admise en 1938 déjà. Toutefois, ces faits n'ont manifestement pas été pris en compte par les juges en 1940, de sorte que l'on disposait ici d'éléments nouveaux permettant d'ouvrir la voie de la révision pénale.

Par ailleurs, les actions de Grüninger étaient en adéquation avec le but de protection recherché : ce dernier n'avait en effet à sa disposition aucun autre comportement aussi efficace qui aurait pu rester dans les limites de la légalité. Ce point est important dans le raisonnement sur l'état de nécessité, puisque l'individu doit toujours chercher à résoudre une situation litigieuse en passant par les voies juridiques normales, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'analyser la désobéissance d'un fonctionnaire. Or, dans le cas précis, les directives fédérales envisageaient certes des exceptions pour autoriser l'entrée et le séjour des réfugiés juifs, mais il était explicitement précisé que ces exceptions ne pouvaient concerner qu'un nombre très limité de cas. Grüninger n'avait donc aucun outil à sa disposition pour sauver les centaines de personnes qui s'adressaient à lui.

Arrêtons-nous un instant sur la question de ces directives fédérales. Sur le plan international, le système d'oppression national-socialiste soulevait des questions fondamentales de droit international public. Celui-ci n'offrait alors qu'une protection insuffisante face au non-droit extrême de l'Etat nazi en de nombreux domaines. Malgré l'absence de protection internationale des droits humains, instituée après 1945, il existait cependant déjà à l'époque des instruments juridiques de limitation du pouvoir étatique, en particulier au bénéfice des étrangers. En particulier, des normes destinées à protéger les réfugiés étaient

déjà élaborées sous l'égide de la Société des Nations et avec le concours actif de la Suisse, comme l'interdiction de refouler les réfugiés dans un Etat où ils sont persécutés. Si ce principe du non-refoulement ne s'est imposé qu'après la Seconde Guerre Mondiale, il figurait déjà en 1936 dans un accord bilatéral entre la Suisse et l'Allemagne. La Suisse a ainsi enfreint cet accord en renvoyant en Allemagne ou en livrant aux autorités allemandes des réfugiés menacés. On peut citer ce passage éclairant du Rapport final de la Commission Indépendante d'Experts, plus connu sous le nom de Rapport Bergier : « La politique suisse envers les réfugiés paraît hautement contestable par rapport à la notion d'ordre public prévue en droit international privé. Le Tribunal fédéral souligna sans équivoque dans de nombreux arrêts après 1935 que la législation raciale nazie était contraire aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse et donc à l'ordre public suisse. Les autorités suisses ignorèrent cette jurisprudence et prirent des mesures qui découlaient en droite ligne des lois raciales allemandes ; citons à titre d'exemple, en particulier, l'introduction du visa obligatoire pour les 'non-aryens' allemands en octobre 1938, par laquelle la Suisse 'adopta la catégorisation allemande pour fondement de sa pratique restrictive en matière d'admission', et le retrait du permis d'établissement pour les Juifs allemands déchus de leur nationalité en novembre 1941. Cette adaptation de la pratique administrative à la législation antisémite nazie était contraire à l'esprit de l'ordre public suisse en tant qu'expression d'une conception libérale de l'Etat. »

Dans son avis de droit, Pieth parvient aux mêmes conclusions en analysant les directives fédérales de 1938 : elles violaient le principe du non-refoulement ancré dans l'Arrangement provisoire entre la Suisse et l'Allemagne de 1936 ; pire, elles étaient en elles-mêmes racistes puisqu'elles reprenaient à leur propre compte la distinction entre Juif et Aryen. Notre auteur considère donc que la désobéissance de Grüninger à ces directives ne peut pas être considérée comme illégale, aussi longtemps que le principe de proportionnalité est respecté. S'agissant du fonctionnaire Grüninger, celui-ci se trouvait bien en présence d'une collision entre deux devoirs : respecter les directives et enfreindre l'ordre juridique suisse ; protéger les réfugiés et enfreindre les directives. Ce que celles-ci avaient de profondément choquant était le fait qu'elles poussaient les agents publics à ne pas considérer les conséquences de leurs actes, alors que des biens juridiques aussi essentiels que la vie ou l'intégrité corporelle étaient en jeu. Au vu des menaces guettant les réfugiés juifs, pouvait-on vraiment exiger des policiers qu'ils regardassent simplement les autorités nazies faire ? Ne doit-on pas au contraire admettre qu'il y avait même un véritable devoir d'assistance à des personnes en danger de mort, dont la violation constituerait aussi un délit pénal ? On assiste donc à la collision entre le devoir d'obéissance à l'Etat et le devoir de sauver des vies humaines.

Enfin, Pieth souligne que la pesée des intérêts milite manifestement en faveur de l'état de nécessité : les dangers extrêmement sérieux menaçant les réfugiés juifs étaient supérieurs aux intérêts de l'Etat d'appliquer sa politique. Dans le cas du réfugié juif ayant échappé à un transport vers Dachau et recherché par les autorités allemandes, Pieth considère qu'au vu des traitements qui attendaient les personnes internées dans ce camp de concentration, Grüninger n'était pas tenu d'indiquer au juge d'instruction le lieu de séjour exact de l'intéressé, pour éviter qu'il ne soit livré aux autorités allemandes. Il s'agit d'un cas d'application du devoir de résistance à l'encontre de directives manifestement contraires au droit.

C'est sur la base de cet avis de droit, ainsi que du résultat des recherches historiques de Stefan Keller, que le Tribunal de district de Saint-Gall a examiné la demande de révision que lui a présentée Paul Rechsteiner, agissant alors comme avocat. Le 27 novembre 1995, statuant tout d'abord sur la recevabilité de cette demande - le rescindant -, les juges se sont d'ailleurs expressément référés à ces deux éléments en indiquant qu'ils faisaient partie intégrante de leur jugement. Ils ont ainsi suivi tant les nouveaux éléments apportés par les recherches de Keller que l'analyse juridique de Pieth. Sauf sur un point important. En effet, la question de l'illégalité des directives fédérales a été laissée ouverte. C'est que la révision n'est ouverte qu'en présence de faits nouveaux et/ou éléments de preuve nouveaux : il n'est par contre pas possible par ce biais d'obtenir une nouvelle appréciation juridique, la législation suisse n'admettant pas la *revisio in jure*. Cela étant, des éléments nouveaux étaient présentés en suffisance pour justifier la réouverture du dossier.

Puis, le 30 novembre 1995, le même tribunal a statué sur le fond de la demande, soit sur le rescisoire. Il a considéré comme faits notoires, importants, et nouveaux par rapport aux informations dont disposaient les juges en 1940 notamment : le processus de destruction des Juifs par l'Allemagne nazie ; les faibles chances d'échapper à cette destruction, en 1938 déjà, sauf en quittant le territoire contrôlé par les Nazis ; les dangers particuliers visant les Juifs désignés comme « ennemis publics » par l'Etat nazi, ce qui était le cas du réfugié échappé du transport vers Dachau. Les actes reprochés à Grüninger ont

bien permis aux Juifs qui en ont bénéficié d'être protégés dans des biens juridiques aussi fondamentaux que la vie ou l'intégrité corporelle. Le commandant de police ne pouvait pas agir d'une autre manière, vu les directives de l'époque qui rendait la voie légale impuissante à offrir une sécurité suffisante. Il est intéressant de noter qu'au moment de procéder à la pesée des intérêts en présence, les juges cantonaux soulignent fortement que l'intérêt de l'Etat à appliquer sa politique d'asile en temps de crise, comme son intérêt au bon fonctionnement de son administration et à l'obéissance de son commandant de police, ont une importance considérable. Tout bien considéré, le tribunal est arrivé tout de même à la conclusion que les comportements reprochés à Grüninger étaient dictés par l'état de nécessité dans lequel il se trouvait, ce dernier devant être acquitté de l'accusation de violation du devoir de fonction et de faux en écriture.

En définitive, les juges cantonaux ont retenu en 1995 que les dangers menaçant les réfugiés juifs étaient des éléments à la fois nouveaux et suffisamment importants pour permettre de rouvrir le dossier pénal, car pas suffisamment connus et pris en compte dans le jugement initial, le commandant de police devant être libéré de toute charge au vu de la protection que sa désobéissance a apportée aux réfugiés qui en ont bénéficié.

A noter que le Ministère public, représentant de l'Etat, ne s'est pas opposé formellement à la révision de la condamnation pénale ayant frappé Grüninger. Il a cependant exprimé sa crainte qu'une telle réhabilitation ne soit utilisée pour fonder un droit de résistance élargi aux ordres étatiques déplaisants. Tout en indiquant que ce danger ne pouvait pas être entièrement écarté, le tribunal n'a pas considéré qu'il justifiait de bloquer toute révision du dossier. Il s'est surtout efforcé de spécifier son raisonnement au cas de Grüninger présenté comme très particulier, partant difficilement généralisable.

Il n'en reste pas moins que cette importante affaire est une référence incontournable pour notre réflexion. C'est en effet, comme le relève Pieth, un cas d'école du devoir de désobéissance face à des ordres ou des directives enfreignant gravement les droits fondamentaux. A notre sens, il n'est pas seulement question ici d'humanité, mais de faire prévaloir ces droits fondamentaux destinés à protéger les individus contre le pouvoir étatique sur l'application aveugle d'ordres ou de règlements décidés par la hiérarchie de l'Etat. Si nous nous sommes arrêtés longuement sur le cas Grüninger, c'est que les enseignements que l'on peut en tirer ne semblent pas encore avoir été suffisamment diffusés. On en veut pour illustration la très courte analyse de Moor à ce sujet. On ne peut pas en rester aux considérants de l'arrêt de 1940, alors que la désobéissance d'un fonctionnaire chargé d'un poste important au sein de l'Etat a débouché sur une double réhabilitation politique et sur une pleine réhabilitation juridique.

7. LA RÉHABILITATION EN SUISSE DES PERSONNES AYANT DÉSOBÉI DURANT LA SECONDE GUERRE MONDIALE

Il nous est apparu important de signaler rapidement que la Suisse a récemment généralisé le raisonnement dont a bénéficié à titre posthume Grüninger, par le biais d'une loi de réhabilitation.

En effet, le Conseiller national Paul Rechsteiner a déposé le 23 décembre 1999 une initiative parlementaire intitulée : « Réhabilitation des personnes ayant sauvé des réfugiés ou lutté contre le nazisme ou le fascisme ». Cette initiative a débouché sur l'élaboration d'un projet de loi fédérale du 29 octobre 2002. Il s'agit d'instituer un double mécanisme visant d'une part à annuler les jugements pénaux de manière générale et abstraite et d'autre part à faire constater, sur demande ou d'office, par une « commission de réhabilitation » que, dans un cas concret, l'acte général d'annulation trouve application. Par contre, avec une prudence toute helvétique sur les questions financières, l'annulation des jugements pénaux prévue par ce projet n'ouvre aucun droit à des dommages-intérêts ou à une indemnité pour tort moral. Tout helvétique aussi ce système ne prévoyant aucune reconnaissance publique pour saluer le courage d'hommes et de femmes ayant désobéi aux injonctions étatiques de l'époque.

Après quelques débats, les Chambres fédérales ont alors adopté la loi fédérale du 20 juin 2003 « Sur l'annulation des jugements pénaux prononcés contre les personnes qui, à l'époque du nazisme, ont aidé des victimes de persécution à fuir », entrée en vigueur le 1er janvier 2004.

Cette loi a notamment permis la réhabilitation d'Aimée Stitelmann. Figure genevoise, dont la vie a été riche en engagements, elle avait été condamnée le 11 juillet 1945 à une peine de 15 jours d'arrêts de rigueur, réputés subis par les 18 jours de détention préventive effectués. Ses délits : aide à la fuite au sens

large et infraction aux arrêtés du Conseil fédéral du 13 décembre 1940, pour avoir introduit en Suisse une quinzaine d'enfants orphelins entre 1942 et 1945. Ayant présenté une demande fondée sur la nouvelle loi, la Commission de réhabilitation de l'Assemblée fédérale a constaté formellement le 2 mars 2004 que le jugement de 1945 avait été annulé, cette constatation devant être publiée de manière appropriée. Cette décision a eu un large écho en Suisse. Un hommage spécial lui a été rendu au niveau cantonal, à l'occasion duquel Aimée Stitelmann a précisé avoir demandé sa réhabilitation pour éviter que de mêmes attitudes étatiques se reproduisent.

Ainsi, à la suite du processus initié en faveur de Paul Grüniger, la Suisse a adopté une législation qui, au-delà de ses limites notamment temporelles, reconnaît aux individus un droit de résistance et de désobéissance.

8. PLAIDOYER POUR LA DÉSOBÉISSANCE À L'ÉTAT

On voit donc que, dans une certaine mesure, le droit positif reconnaît à l'agent public un devoir de réflexion sur les actes qu'il est amené à exécuter, puisqu'il engage, d'un côté, sa propre responsabilité - par exemple en enfreignant l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains, cruels ou dégradants - et que, de l'autre côté, il est censé être protégé contre les sanctions ou persécutions qui découleraient de sa désobéissance. On pourra objecter que celle-ci semble limitée à des actes graves tels que la torture. L'objection est réelle, mais il faut tout de même souligner que, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les termes « traitements inhumains ou dégradants » visent tant les brutalités policières lors d'une arrestation ou d'une garde-à-vue que les humiliations grossières devant autrui, les brimades vexatoires ou à caractère raciste, certaines discriminations, notamment celles fondées sur des motifs raciaux, ou encore les punitions corporelles à l'école et les traitements médicaux expérimentaux. Cette protection couvre aussi les situations que les étrangers doivent affronter en cas d'éloignement dans le pays de destination. Par contre, la juridiction européenne n'a pas voulu étendre le champ de protection des traitements dégradants à des situations d'extrême pauvreté.

Ces développements sont juridiques mais aussi politiques : on a assisté à une évolution croissante d'exigences en matière de protection des droits humains, qui a amené les instances judiciaires nationales et internationales à montrer une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On a vu aussi que, s'agissant de la Convention européenne des droits humains ou de la Convention des Nations Unies contre la torture, les Etats ont ouvert aux individus des voies de type juridictionnel pour faire contrôler leurs décisions, actes et jugements, et surtout leur compatibilité à ces normes internationales. A notre sens, ceci fonde de manière plus générale la légitimité de la désobéissance dans tous les moments où l'action de l'Etat se situe hors de l'acceptable et de l'accepté.

Toutefois, il faut bien admettre qu'il s'agit là de situations difficiles à définir de manière abstraite, dans la mesure où elles ne peuvent être appréhendées que dans leur dimension conjoncturelle ou historique. Il est difficile de parler d'un strict droit à la désobéissance à l'Etat, celle-ci se situant sur un seuil incertain, sur la ligne de partage entre légalité et légitimité.

S'il nous paraît particulièrement important de poser ce devoir de désobéissance à l'Etat malgré cette inévitable fragilité, c'est que l'Etat tend à excéder la loi dans sa pratique réelle et à outrepasser les frontières du droit national et international auquel il est soumis. L'administration, la police et l'armée sont souvent directement en cause. Les praticiens du droit administratif le constatent quotidiennement dans tous les domaines où l'on reconnaît aux autorités une liberté d'appréciation qui se traduit régulièrement en pouvoir discrétionnaire. Mais on l'observe aussi de manière très claire dans les agissements de la police : encore récemment, l'épisode de la balle marquante à la gare de Cornavin, à Genève, l'affaire du Pont sur l'Aubonne (canton de Vaud) ou des manifestations anti-G8 en juin 2003 ont montré à quel point les policiers pouvaient infliger de graves blessures lors de leurs interventions sans craindre d'encourir la moindre sanction pénale.

La mobilisation récente dans le canton de Vaud contre le renvoi de plusieurs centaines de déboutés du droit d'asile est venue apporter un exemple intéressant pour le débat que nous menons. Voici, d'un côté, un gouvernement cantonal qui doit organiser des expulsions de personnes vivant en Suisse depuis de nombreuses années, souvent bien intégrées, avec des enfants scolarisés, ou qui craignent des dangers sérieux en cas de rapatriement ; de l'autre côté, un mouvement social de protestation qui prend de

l'ampleur et qui obtient un soutien croissant dont la presse se fait l'écho. Le 20 août 2004, une « cellule de crise » tient séance au Château cantonal, dans la plus grande discrétion. Les responsables craignent les fortes mobilisations. Est alors décidé d'organiser un vol spécial pour 7 requérants d'asile adultes, mais dont ceux-ci ne sont pas informés. Ce dernier élément est particulièrement choquant : on programme des rafles, au mépris des normes juridiques qui veulent qu'une personne soit informée des mesures qui sont prises envers elle, ne serait-ce que pour agir sur le plan légal. Quant à l'absence de notification préalable d'un « plan de vol », elle est contraire à la pratique habituelle de l'administration. Le procédé a dérangé jusqu'à l'intérieur même de l'Etat et une « fuite » opportune l'a rendu public, permettant à la presse de rendre compte du procès-verbal strictement confidentiel de la séance. Le secret étant éventé, les personnes menacées ont pris refuge dans des églises et les vols prévus n'ont finalement pas eu lieu. On voit ici à la fois les décisions prises par les plus hautes instances de l'Etat, le caractère discutable de ces décisions, les ordres d'exécution qui se situent hors de l'admissible, et l'acte de désobéissance par le non-respect de la règle de confidentialité pour empêcher la concrétisation de ces ordres.

Cet exemple renvoie au contexte politique général, qui voit se multiplier les attaques contre les normes juridiques encore existantes et contre les acquis sociaux. Comme il en ressort de multiples interventions et contributions dans le cadre du colloque, on démantèle les droits et l'on offre à l'Etat un pouvoir de plus en plus grand au travers de lois dont le principal souci n'est plus de protéger les citoyens, mais de lutter contre de prétendus abus. Un des derniers exemples en date est la modification de la Loi sur l'asile introduite en décembre 2003, dans le cadre du programme d'allègement budgétaire 2003 de la Confédération suisse, et qui a mis à la rue des milliers de demandeurs d'asile frappés de décision de non-entrée en matière : au prétexte de dissuader les « faux réfugiés » et de faire des économies, l'Etat fédéral plonge ces personnes dans le dénuement le plus absolu. Or, comme l'ont exprimé un avis de droit et un arrêt du Tribunal fédéral, refuser toute aide à des personnes au prétexte qu'elles devraient quitter le territoire viole clairement la Constitution fédérale : son article 12 garantit en effet à toute personne séjournant en Suisse le droit de bénéficier de conditions minimales d'existence, indépendamment de tout titre de séjour.

On peut d'ailleurs noter que cette Loi sur l'asile a vu une succession inquiétante de révisions portant atteinte à la substance même du droit d'asile et du principe d'hospitalité, mais aussi à un certain nombre de règles de l'Etat de droit.

On observe aussi que cette évolution générale favorise des pratiques administratives de plus en plus autoritaires, au détriment des administrés ou des usagers les plus précarisés, avec le risque d'une extension à d'autres groupes de la population. Citons à titre d'exemple le cas de cette chômeuse qui a été suspendue dans son droit aux indemnités par son Office régional de placement, au motif qu'elle avait refusé de suivre un emploi temporaire subventionné auquel elle avait déjà été assignée ... à trois reprises successivement. L'obstination de l'autorité dans cette affaire montre un singulier mépris pour cette administrée.

Citons encore l'exemple de l'Office fédéral des réfugiés qui prétend statuer sur des dossiers présentés par les cantons en vue d'une admission provisoire à titre humanitaire, en se fondant sur une Circulaire fédérale du 21 décembre 2001, et qui affirme qu'il ne s'agirait que d'un « examen informel », débouchant sur un « avis » qui n'est pas notifié sous la forme d'une décision susceptible de recours et qui n'ouvre donc aucune voie de recours. C'est ainsi tout un pan de l'activité administrative qui est soustrait à tout contrôle, par un procédé qui apparaît contraire aux règles générales régissant le fonctionnement de l'Etat, comme en conclut un avis de droit récent.

Ces différents exemples montrent à la fois que les attaques aux acquis sociaux se traduisent par des normes juridiques en soi problématiques, mais aussi que l'Etat agit d'une manière qui contredit le principe de bonne foi, dont on a pourtant vu qu'il est un des grands devoirs que la Constitution lui impose. Dans le cas des réfugiés frappés de décisions de non-entrée en matière et à qui l'Etat refuse toute aide, c'est le principe de légalité et d'intérêt public qui est violé, puisque, comme on l'a vu, la Constitution fédérale garantit le droit absolu à l'aide d'urgence.

L'acte de désobéir à l'Etat, pour un agent public, revient à critiquer ce qu'il doit appliquer, à prendre de la distance par rapport à des décisions ou des ordres, à faire remonter des interrogations ou des protestations aux instances qui ont pris les décisions litigieuses. C'est aussi remettre en cause la prétendue

« neutralité » de l'Etat et de ses Services, qui apparaît bien fictive à la lumière du contexte et des exemples cités plus haut. Un tel acte de la part d'un fonctionnaire, dans la mesure où il se réfère au respect des normes juridiques ou aux droits fondamentaux, est à même de contrer le renforcement du pouvoir administratif qui est à l'œuvre dans les politiques actuelles. Cela peut même contribuer à remettre au centre de l'activité de l'Etat le respect de ses propres lois, ainsi qu'une attention à la dégradation des garanties constitutionnelles et des conventions internationales, avec les droits humains qu'elles consacrent.

Lorsque des normes juridiques sont vidées de leur contenu, que, par exemple, la politique d'asile est définie comme une « politique de renvoi », que la Loi sur l'assurance-chômage devient un instrument de répression des chômeurs plutôt que de protection de leurs droits, que le nombre de sans-droits placés hors de toute protection légale augmente de manière alarmante, désobéir n'est-ce pas redevenir un citoyen-acteur ? N'est-ce pas aussi redonner à l'administré, à l'usager, au bénéficiaire du service public la place et la responsabilité qui lui revient et qui est trop souvent niée ?

Il est intéressant alors de reprendre la définition qui est donnée de la désobéissance civique pour constater qu'il s'agit d'un acte qui a toujours une finalité innovatrice par rapport à la légalité en vigueur. On peut aussi se référer à l'idéal de l'être humain décrit par Albert Camus avec la figure du rebelle, soit le sujet en situation d'engagement permanent qui s'efforce de devenir plus humain. Cette figure est d'autant plus importante à revendiquer que, comme l'indique Stanley Milgram, les sociétés technologiques contemporaines, et particulièrement le système industriel capitaliste, favorisent la perte de l'autonomie et du sens critique chez l'individu, qui cesse de se voir comme responsable de ses actions et qui se considère comme un simple instrument à travers lequel d'autres réalisent leurs désirs ; l'enfant étant fortement socialisé selon le principe d'obéissance, à l'école, dans la famille, au service militaire et jusque dans l'entreprise, le comportement du sujet se voit alors aisément contraint par l'autorité.

9. LA DIMENSION COLLECTIVE DE LA DÉSObÉISSANCE À L'ETAT

A notre sens, la désobéissance à l'Etat telle que nous l'avons circonscrite permet non seulement à l'agent public de recouvrer son libre-arbitre, mais elle favorise aussi la dimension collective de l'action visant le respect des libertés et droits fondamentaux.

Comme le note Mekhantar à partir de la situation française, « le droit de résistance des agents publics à l'oppression ne se traduit pas uniquement sous la forme d'un droit individuel. Un des grands combats menés dans la fonction publique a précisément été de conquérir un droit de résistance collective à l'oppression dont les agents publics pouvaient être les victimes dans leur travail par la reconnaissance du droit syndical puis du droit de grève ».

Incontestablement, la grève est une des concrétisations classiques de l'acte de désobéir à son employeur. Il est intéressant de constater que le droit de grève a été durement acquis pour les employés de l'Etat, tant il est vrai qu'elle a été longtemps considérée comme une grave atteinte au devoir de fidélité, d'obéissance et de réserve.

Ainsi, dans plusieurs cantons, l'interdiction de la grève des fonctionnaires a prévalu jusqu'à tout récemment. Sur le plan fédéral, l'article 23 de l'ancienne Loi sur le statut des fonctionnaires consacrait une interdiction illimitée de la grève des fonctionnaires, dont la conformité à la nouvelle Constitution fédérale ou au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels était douteuse. Cette disposition vient seulement d'être abolie, avec l'entrée en vigueur récente de la Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 : celle-ci ne régleme nte pas directement le droit de grève, mais se borne à préciser que sa suppression ou sa limitation ne peut être prévue que pour certaines catégories d'employés, et si la sécurité de l'Etat, la sauvegarde d'intérêts importants commandés par les relations extérieures ou la garantie de l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux l'exigent. Dans le droit fil de cette évolution, le canton de Vaud a ancré le droit de grève à l'article 23 de sa nouvelle constitution ; l'article 52 de la Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud fixe les conditions auxquelles la grève est licite.

Comme l'illustrent les mouvements récents des fonctions publiques vaudoise et genevoise, mais aussi d'autres cantons, cette possibilité d'agir collectivement, de faire pression sur l'Etat-employeur par le biais de l'arrêt de travail ou de la grève, permet de remettre en cause la légitimité de certains choix politiques et les conséquences de certaines décisions sur le fonctionnement des services de l'Etat, ou, en

visant les Parlements, d'influer sur la formation de la volonté générale pour qu'elle se montre plus soucieuse du respect des libertés et des droits fondamentaux.

Mais, on l'oublie parfois en Suisse, désobéir ou résister collectivement à l'Etat implique en premier lieu l'organisation des agents publics. Mekhantar rappelle qu'en France, c'est par leur organisation que les fonctionnaires ont trouvé le moyen de lutter contre l'autoritarisme, contre les persécutions ou les brimades dont ils pouvaient être victimes dans leur travail : ainsi, dans le syndicalisme français, la Confédération générale du travail, fondée en 1885, a fait de la résistance à l'oppression un des buts principaux de son action.

Si la chose ne va pas de soi, en Suisse comme dans d'autres pays, c'est que l'exercice du droit syndical se heurte constamment à la logique hiérarchique, qui est constitutive de l'organisation bureaucratique qu'est l'appareil administratif. La communication syndicale est souvent ressentie comme subversive par la hiérarchie ; celle-ci réplique avec l'obligation de réserve, par laquelle le pouvoir hiérarchique cherche à faire taire tout ce qui pourrait remettre en cause son autorité. Mekhantar montre que, même en France où la légitimité de l'action syndicale est bien plus grande qu'en Suisse, on considère que le « bon syndicaliste » est un syndicaliste discipliné. C'est ainsi que l'on a pu sanctionner tant la distribution de tracts, l'affichage syndical, que le ton utilisé par les représentants syndicaux pour s'adresser à la hiérarchie. On observe là « un conflit entre un pouvoir administratif officiel, légitimé par le souci de protéger l'intérêt du service, et un contre-pouvoir syndical toléré qui fait souvent avancer les revendications, qu'il porte en se réclamant aussi de la défense de l'intérêt général et du service public ».

Par ailleurs, relève cet auteur, l'action syndicale, au-delà même de la fonction publique, n'est pas étrangère à la reconnaissance d'un droit de résistance contre des formes nouvellement reconnues d'oppression au travail, notamment le harcèlement sexuel ou moral. Par l'évolution sociale et juridique qu'elle a permise, la résistance syndicale a ainsi contribué à l'élaboration de moyens de protection des agents publics. Il semble évident qu'un fonctionnaire victime de harcèlement sexuel ou moral est fondé à désobéir à la hiérarchie qui l'opprime ou qui ne le protège pas.

10. FAUT-IL CIRCONSCRIRE LE DEVOIR DE DÉSOBÉISSANCE À L'ETAT ?

Faut-il toutefois poser des limites à la désobéissance à l'Etat ? La question mérite qu'on s'y arrête. Après tout, les médecins refusant de pratiquer des avortements violent aussi leur devoir de fidélité en invoquant des principes moraux déclarés supérieurs. Dans les entretiens à la base de la recherche, une personne préconisant un Etat plus autoritaire remet en cause le Grand Conseil genevois, qu'il faudrait, selon lui, renverser. A sa manière, le Conseiller fédéral Christoph Blocher, qui poursuit comme objectifs une sévère limitation des droits sociaux, civils et politiques, ainsi qu'une réduction des tâches de l'Etat, pour ne pas dire sa destruction, avec la disparition des droits précités au profit d'un total-libéralisme, ne désobéit-il pas lui aussi aux principes et valeurs qui fondent notre Etat de droit ?

D'un autre côté, il faut bien admettre, avec Laurent Perreau, que les multiples légitimations des actions revendicatives renvoient toujours à des possibilités économiques et politiques déterminées, comme aux contextes variés dans lesquels les injustices sont perçues et vécues. Cette pluralité est un des éléments qui expliquent la difficulté de fonder en droit la désobéissance civique, qui ne peut en définitive se justifier que par sa pertinence critique face à une situation historique déterminée.

Pour notre part, nous considérons que c'est à la conception commune de justice que doit se référer la désobéissance à l'Etat. C'est une infraction aux droits fondamentaux et aux libertés, tels que contenus dans les textes constitutionnels ou dans les conventions internationales, qui permet de la justifier. L'exemple de Paul Grüniger que nous avons décrit plus haut est tout à fait éclairant à ce sujet.

Autre exemple, les mesures prises à l'encontre des réfugiés frappés de décisions de non-entrée en matière, auxquelles nous avons fait référence, heurtent de plein fouet des garanties explicites de la Constitution fédérale, en particulier le droit absolu à recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. Désobéir à ces mesures se justifierait amplement par la simple invocation du droit constitutionnel commun régissant les personnes séjournant sur le territoire suisse.

C'est en cela que la désobéissance que nous prônons se différencie nettement de celle d'un Christoph

Blocher. Lorsque ce dernier est confronté à un jugement du Tribunal fédéral indiquant que sa politique est contraire à la Constitution, il hausse publiquement les épaules et se déclare prêt à modifier le texte constitutionnel. Il ne se sent donc absolument pas tenu par les droits fondamentaux et les garanties qu'ils offrent à l'individu : c'est à ces valeurs qu'il entend désobéir au profit d'une politique marquée par le cynisme et l'autoritarisme.

11. CONCLUONS À PARTIR DE QUELQUES PARADOXES

Arrivant au terme de notre cheminement, nous pouvons dégager les quatre paradoxes suivants :

Paradoxe 1 : Les employés publics sont chargés de traiter certaines catégories de citoyens qui sont extraits du régime commun, comme les étudiants, les malades, les réfugiés, ou encore les prisonniers. Mais ils sont eux-mêmes considérés comme exorbitants du droit commun, comme par une forme de symétrie qui fragilise aussi en retour leur statut et donc leur travail.

Paradoxe 2 : Le devoir de fidélité et d'obéissance à l'Etat implique que l'agent public ne doit pas s'opposer aux ordres qui lui sont donnés. De l'autre côté, on admet qu'une trop grande rigidité dans le respect de ce principe pourrait amener des conséquences dommageables du point de vue des droits fondamentaux.

Paradoxe 3 : L'Etat connaît depuis quelques années une réforme profonde justifiée par la nécessité d'abolir les vieilles structures autoritaires, hiérarchiques et pesantes. Cependant, ces réformes s'accompagnent d'une réaffirmation du devoir de fidélité et d'obéissance, d'un renforcement de la hiérarchie, ainsi que du pouvoir discrétionnaire donné à l'administration dans un contexte de démantèlement du droit en général et des droits sociaux en particulier.

Paradoxe 4 : Nos sociétés ont connu une évolution importante, affirmant la nécessité de désobéir à certains ordres, de même que la nécessité de protéger le citoyen face au pouvoir de l'Etat. De l'autre côté, cette évolution semble s'arrêter aux portes des services, le fonctionnaire devant toujours, selon la conception majoritaire, obéir avant tout aux ordres reçus.

Pour sortir de ces impasses, il serait indispensable, pour ne pas dire urgent, d'envisager une transformation radicale de l'architecture des rapports de travail dans la fonction publique en tenant compte de la question de la responsabilité qui est derrière celle de l'obéissance comme celle de la désobéissance à l'Etat quand survient une violation des lois et des droits fondamentaux. N'est-il pas pensable d'être fonctionnaire et citoyen ? Ainsi, il s'imposerait tout d'abord d'établir une séparation nette entre la fonction pour laquelle une personne est engagée, et l'opinion que celle-ci doit pouvoir continuer à former et exprimer librement, à l'instar de chaque citoyen. C'est la seule manière de réintégrer l'agent public dans le régime légal commun, de le libérer du statut juridique particulier dans lequel il est aujourd'hui enfermé.

Ensuite, il s'imposerait d'instaurer une véritable contractualisation des rapports, laquelle ne laisserait plus de place à des décisions imposées unilatéralement aux employés, comme cela était le cas du temps des statuts fédéral ou cantonaux, et comme cela continue à l'être actuellement malgré les nouvelles formes de « contrat administratif ».

Mais il faut maintenir les strictes limitations imposées à l'Etat en matière de résiliation des rapports de service, comme le justifie Liliane Subilia-Rouge : « D'un point de vue très pragmatique, nous pensons qu'un Etat procédant à des résiliations sans motifs nuirait à un service public efficace et à une utilisation économique des ressources financières, et donc en fin de compte à l'intérêt public. Sous un angle plus sociologique, un Etat se comportant de manière arbitraire à l'égard de ses agents perdrait sa crédibilité et une telle évolution ne pourrait être que néfaste pour la démocratie et les relations sociales de manière générale ».

La définition des lois, l'élaboration des normes juridiques, l'intégration des droits fondamentaux impliquent une vision à la fois préservatrice et constructiviste du droit auquel doit notamment être associé le fonctionnaire. Tout aussi importante apparaît donc la nécessité de créer des espaces internes et externes, destinés tant aux agents publics qu'aux usagers de l'administration, afin de favoriser la discussion, la réflexion et la formation sur la loi, sur les droits fondamentaux, sur le sens et la portée de

l'action de l'Etat, et ainsi contribuer à la formation d'un intérêt véritablement public, au lieu de laisser au gouvernement seul le soin de le définir comme c'est le cas actuellement. On a en effet vu que, selon ce qui a été mis en lumière par la recherche de M.-C. Caloz Tschopp, les agents publics ont une connaissance insuffisante des références pourtant incontournables de leur travail, à savoir des lois et des droits fondamentaux.

Dans ce même ordre d'idée, il s'agirait de revaloriser toutes les formes d'action collective, notamment en intégrant dans les instruments juridiques une plus large reconnaissance des droits collectifs à caractère syndical au sein de l'administration, afin de permettre la participation et l'expression d'un grand nombre de personnes directement concernées par le fonctionnement de l'Etat.

Ce qui nous amène, en bonne logique, à proposer purement et simplement d'abolir le droit de fidélité et d'obéissance à l'Etat, tel qu'il est conçu actuellement et dont on a vu qu'il s'est renforcé dans les récentes modifications législatives. Ceci devrait aller de pair avec tout un travail d'intégration des droits fondamentaux dans la société et dans la pratique quotidienne de l'Etat. Dans une autre perspective, on pourrait imaginer de redéfinir ce devoir de fidélité en ce sens qu'il ne s'agirait pas d'une obéissance à la souveraineté et à la violence d'Etat, mais d'une obéissance aux droits fondamentaux, en continuité de la réflexion juridique développée par le Tribunal de Nuremberg. L'agent public n'obéirait ainsi plus à l'Etat en tant que tel, mais à des valeurs, à une certaine notion de justice, tirées des droits fondamentaux qui ont toujours quelque chose de subversif pour le pouvoir. La reconnaissance d'un droit de résistance à l'oppression serait cohérente avec cette redéfinition, avec ses dimensions internes - protéger le fonctionnaire contre l'oppression de sa hiérarchie - et externes, à savoir : éviter que le fonctionnaire ne se transforme en oppresseur.

Faisant ici l'analogie avec les principes du droit privé, on ne devrait imposer au fonctionnaire que deux exigences au maximum : s'abstenir de causer un dommage économique à son employeur ; accomplir toutes les tâches prévues par le contrat. Il n'y aurait alors plus d'obligation de défendre un point de vue ou une orientation quant à la mise en œuvre des tâches de service public. Clé de voûte des rapports actuels entre l'Etat-employeur et ses fonctionnaires, le devoir de fidélité actuel n'est en définitive qu'une atteinte à leurs droits, à leur pleine capacité de pensée, d'expression et d'action citoyennes. Dans une période où la société est déchirée entre des intérêts très opposés et où l'Etat est moins neutre que jamais, où l'on assiste à la violation par l'Etat de son propre ordre juridique et des droits fondamentaux, l'agent public doit être libéré du carcan dans lequel il est enfermé afin de recouvrer son libre-arbitre et une pleine autonomie d'action. Pour paraphraser le syndicaliste Emile Pouget, les fonctionnaires doivent se réclamer des notions de liberté et d'autonomie au lieu de plier sous le principe d'autorité.

Université de Lausanne, IEPI, 2005.