

LA CONCEPTION DE LA FONCTION PUBLIQUE DANS L'ŒUVRE DE GASTON JEZE

Gaston Jèze consacra une partie importante de son œuvre (1) à l'étude des problèmes concernant la fonction publique et, plus spécialement, l'analyse des règles concernant la situation juridique des fonctionnaires. Il examina ces problèmes tant dans les diverses éditions de ses *Principes généraux du droit administratif* et les diverses éditions de son *Cours de droit public*, professé en licence à la Faculté de droit de Paris, que dans ses nombreuses notes de jurisprudence, parues dans la *Revue de Droit public*, qui couvraient presque un demi-siècle (2).

L'analyse de ce travail riche prouve non seulement son esprit positiviste mais également le fait qu'il avait la conception du droit d'un arrêtiiste et d'un expert. Ainsi dans ce travail il essaya de présenter une « théorie générale de la fonction publique », comme lui-même l'appelait. Mais avant d'examiner les caractères essentiels de cette théorie il est d'abord nécessaire de voir la méthode utilisée pour approcher les problèmes de la fonction publique (I). Ensuite, on va examiner l'influence que la notion de « service public » a exercé sur l'élaboration de sa théorie de la fonction publique (II). Enfin, on va voir la position qu'il a prise sur les problèmes de la grève et du droit syndical des fonctionnaires, deux questions qui secouaient jusqu'à la Deuxième Guerre Mondiale le monde juridique et l'opinion publique (III).

(1) Sur l'œuvre de Gaston Jèze, voir notamment l'article de Marcel WALINE, « L'œuvre de Gaston Jèze en Droit public », dans la *R.D.P.*, 1953, p. 879-890. Ad. en plus, l'article de Rafael BIELSA, « Le Professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son œuvre », (Extrait de « La Ley », Buenos-Aires, traduit par Luc MURACCIOLE), in *R.D.P.*, 1953, p. 891-903. Le catalogue analytique avec la bibliographie de toutes les œuvres de Gaston Jèze a fait Luc Muracciole, voir *R.D.P.*, 1953, p. 904-925.

(2) Ainsi voir sa note sous l'arrêt C.E. du 13 novembre 1913 « Petit », in *R.D.P.*, 1914, p. 153-158, dans laquelle il a exposé sa théorie générale de la fonction publique. D'ailleurs Gaston Jèze a exposé ses idées sur la fonction publique dans ses notes de jurisprudence qui couvraient toute la période dès le début du siècle (C.E., 12 février 1904, « Corréard » relative à la jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics, dans la *R.D.P.*, 1904, p. 780 et s. Ad. aussi les arrêts C.E., 18 mars 1904, « Savary », C.E., 20 mai 1904, « Berrest », et C.E., 17 juin 1904, « Bessonnet », *R.D.P.*, 1904, note de Gaston JÈZE, p. 517-539, relatives à l'évolution du droit sur l'accès à la fonction publique), jusqu'à 1949 (C.E., 18 mars 1949, « Chalvon-Demersay », *R.D.P.*, 1949, p. 217, note Gaston JÈZE, p. 217, concernant les pouvoirs de jury de concours).

I. — METHODE D'APPROCHE DES QUESTIONS CONCERNANT LA FONCTION PUBLIQUE

Esprit clairvoyant et sensible aux problèmes des agents publics, Gaston Jèze considérait comme nécessaire l'examen de chaque problème de la fonction publique, et du droit administratif, en général, d'un double point de vue, du point de vue politique et du point de vue de la technique juridique (3). Il considérait l'examen d'une question juridique séparément de son environnement politique, social, économique comme une « erreur grave » car il croyait que les points de technique juridique « s'éclairent à la lumière des idées politiques » (4). Ils « s'éclairent », certes, mais il précisait qu'il fallait se garder d'un attachement excessif à des discussions qui méconnaissaient l'aspect juridique des problèmes en cause. Cette idée Gaston Jèze l'a exprimé clairement à propos de la grève des fonctionnaires. Quand les discussions parlementaires dominaient tous les débats à l'époque de l'arrêt « *Winkell* » (5), Gaston Jèze disait catégoriquement qu'il fallait « à tout ce bavardage inutile et sentimental (...) substituer la méthode des juristes » (6).

Comme on l'a déjà noté, Gaston Jèze avait écrit un grand nombre de notes de jurisprudence sous des arrêts de Conseil d'Etat relatifs à la fonction publique. Dans ses notes d'un style assez souvent laconique, il approuvait celles des solutions adoptées qui avaient comme résultat l'amélioration de la situation des agents publics et la meilleure protection de leur indépendance du pouvoir politique (7). Néanmoins, il n'hésitait pas de critiquer les solutions qui lui paraissaient défectueuses (8) *de lege lata* sans pourtant négliger la solution souhaitable du problème en cause *de lege ferenda*.

D'ailleurs, Gaston Jèze ne méconnaissait pas les solutions des droits étrangers (par exemple du droit anglais ou américain) et y consacrait des passages intéressants dans la mesure où il le consi-

(3) Cf. G. JÈZE, *Cours de droit public* (en licence), professé à la Faculté de droit de Paris le deuxième semestre de l'année 1920-1921, Paris, M. Giard, 1921, p. 2 et s.

(4) V. *Ibid.*, p. 5.

(5) Cf. *Ibid.*, p. 504.

(6) Voir sa note de jurisprudence sous les arrêts du C.E. du 7 août 1909, « *Winkell* » et « *Rosier* » in *R.D.P.*, 1909, p. 494-505.

(7) Cf. par exemple ses notes sous les arrêts C.E., 29 novembre 1912, « *Bourbon* », in *R.D.P.*, 1913, p. 95-97 (relative à la communication préalable du dossier selon la disposition de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905) et aussi C.E., 19 novembre 1926, « *Monzat* », in *R.D.P.*, 1926, conclusions du Commissaire du Gouvernement Cahen-Salvador, 75-77 (qui prononçait la nullité des nominations par ordre).

(8) Voir sa note de jurisprudence sous les arrêts du C.E. du 7 août 1909, « *Winkell* » et « *Rosier* », *préc.*, p. 494-505.

dérait comme nécessaire pour la meilleure compréhension de la question chaque fois étudiée (9).

Pour voir quelle était l'originalité de sa théorie de la fonction publique il faut tenir compte de deux éléments concernant sa méthode d'approche des problèmes relatifs aux agents publics. D'abord du caractère central qu'avait la notion de « service public » dans toute l'œuvre de Jèze, étant donné sa contribution à l'élaboration de la théorie du service public dont il était l'un des plus illustres représentants. Car c'est à partir de l'analyse de cette notion qu'on peut examiner les conséquences qui en découlaient pour la fonction publique.

Toutefois, malgré le rôle majeur que la notion de service public a joué dans l'analyse de sa « théorie de la fonction publique », il faut ensuite tenir compte du rôle qu'il a joué dans l'élaboration de cette théorie, sa préoccupation de sauvegarder, voire de protéger les libertés des agents publics contre l'arbitraire de leurs supérieurs hiérarchiques et contre toute forme de favoritisme. En plus à plusieurs reprises il rappela dans ses notes qu'il fallait subordonner les intérêts particuliers des agents à l'intérêt général auquel répond le service public mais seulement dans la mesure « strictement nécessaire » à l'intérêt général.

Ainsi après ces explications il est possible d'examiner sa théorie de la fonction publique et voir quelle était son originalité, étant donné son attachement à l'examen minutieux du droit positif qui eut comme résultat de dégager son analyse de tout développement non-juridique s'il était inutile à la compréhension de la question chaque fois étudiée.

II. — LE ROLE DE LA NOTION DU « SERVICE PUBLIC » DANS LA THEORIE DE LA FONCTION PUBLIQUE DE GASTON JEZE

La notion de « service public » (10) traduisait la conception de l'Etat qu'avait Gaston Jèze. Il répugnait l'idée d'Etat puissance publique et encore plus l'idée de la personnalité morale de l'Etat (11).

(9) Voir ainsi l'analyse de la pratique américaine de *spoils system* dans « Les principes généraux du droit administratif » (La notion de service public — les individus au service public — Le statut des agents publics), Paris, M. Giard, 3^e éd., 1930 (848 p.), p. 403 et s.

(10) Pour une analyse de la notion de service public et sa liaison avec l'intérêt général, cf. Vassilios KONDYLIS, *Service public et intérêt général*, mémoire présenté en juin 1986 en D.E.A. de Droit public interne, dans le cadre de la Conférence de D.E.A. de M. Georges DUPUIS (dactylographié), 53 p.

(11) Cf. son ouvrage *Les principes généraux du Droit administratif*, Paris, Berger-Levrault, 1904 (167 p.), p. 9 et s.

Pour Jèze — comme d'ailleurs pour Duguit (12) — l'Etat moderne n'était qu' « un ensemble des services publics » (13). Ainsi la notion de service public devenait la notion centrale de toute son œuvre.

Selon la définition qu'il donnait au service public : « sont uniquement, exclusivement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer » (14). Par cette définition, demeurée désormais célèbre, il exprimait parfaitement sa conception positiviste du service public que Duguit avait tellement critiquée (15). D'ailleurs, cette notion présentait pour Jèze le mérite essentiel de doter le droit administratif d'un critère opérationnel puisqu'il était transposable dans ses diverses branches et, en particulier, le droit de la fonction publique. Ainsi la notion de service public constituait la « pierre angulaire » de toute son œuvre (16). Toutefois, Gaston Jèze n'adhéra pas aux postulats philosophiques de Duguit et se cantonna dans un point de vue strictement positiviste (17).

Jèze a attaché une importance déterminante aux traductions juridiques concrètes de la théorie du service public et il a poussé la systématisation juridique plus loin que Duguit. C'était là l'originalité de son œuvre. Il l'a fait également dans l'analyse de sa théorie de la fonction publique. C'est pourquoi la notion de service public tient une place centrale dans l'analyse de sa théorie de la fonction publique. Car à essayer de situer tant la recherche des caractères auxquels étaient reconnus les fonctionnaires et leur définition (A) que l'analyse du caractère de leur statut juridique (B), en se fondant sur sa théorie du service public et les conséquences qui en découlaient.

(12) Cf. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, *La théorie générale de l'Etat (suite et fin)*, Paris, E. Boccard, 1930 (856 p.), p. 7 et s., § 53.

(13) Ainsi voir *Les principes généraux du droit administratif (La notion de service public — Les individus au service public — Le statut des agents publics)*, Paris, M. Giard, 3^e éd., *préc.*, p. 401. Ad en plus ses *Cours de droit public (Entrée au service, suspension sortie du service)* (en Licence), professé à la Faculté de droit de Paris pendant le 1^{er} semestre de l'année 1927-1928, Paris, M. Giard (280 p.), p. 3.

(14) Cf. G. JÈZE, « Le service public », in *Revista de drept public* (p. 167 et s.), p. 174.

(15) Voir Léon DUGUIT, *op. cit.*, p. 74 et s.

(16) Cf. G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, M. Giard et E. Brière, 2^e éd., 1914 (543 p.), p. X.

(17) Cf. Jacques CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du Droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, P.U.F., 1979, vol. II (p. 457), p. 14 et s.

A. — Le service public et la détermination des caractères des fonctionnaires

Selon Gaston Jèze, sont des agents au service public proprement dit, autrement dit des fonctionnaires publics (18), « les individus investis d'un emploi permanent, normal, pour la satisfaction d'un service public » (19). De cette définition apparaît clairement que pour lui la notion d'agent public était indissociable de « l'unique mission » que l'agent assume et qui consiste à « faire fonctionner des services publics » (20). Par conséquent, les caractères par lesquels sont reconnus les fonctionnaires, traduisaient cette idée de la participation à un service public.

Un tel caractère constituait, en premier lieu, le fait que l'activité personnelle de l'agent est consacrée au fonctionnement d'un service public proprement dit (administratif). Ce caractère était le fondement de toute sa conception de la fonction publique et celui qui conduisit Jèze à prendre une position concrète dans le cadre de l'analyse des diverses questions concernant la situation juridique des fonctionnaires.

En deuxième lieu, il considérait aussi comme important le caractère normal, ordinaire et permanent de l'emploi. Ainsi il disait que « ordinairement l'agent affecté à un emploi permanent est lui-même permanent. Mais ce n'est pas indispensable » (21). C'est pourquoi, contrairement à ce que Duguit acceptait, Gaston Jèze considérait comme agents publics les jurés criminels ou d'expropriation.

Poussant les conséquences qui découlaient de ces deux caractères fondamentaux, Jèze a qualifié d'agents publics les stagiaires et les soldats (22). D'ailleurs, il n'a pas accepté comme caractères essentiels le mode de recrutement (nomination ou élection), le caractère volontaire (le plus souvent) ou forcé du service (tel est le cas pour le juge ou les soldats), et le caractère rémunéré ou gratuit du service (23).

Fidèle à son critère fondé sur la participation des agents publics à un service public proprement dit afin de qualifier quelqu'un d'agent public, il considérait comme peu important le genre des prestations fournies par les individus. Ainsi selon lui, sont des fonctionnaires non seulement ceux qui accomplissent des actes juridiques

(18) Les termes « agents », « fonctionnaires » et « employés » sont considérés comme synonymes par G. JÈZE, voir *Les principes généraux*, 2^e éd., 1914, p. 385.

(19) Cf. *Les principes généraux...*, op. cit., 2^e éd., 1914, p. 405.

(20) Cf. ses *Cours de droit public*, éd. 1921, *préc.*, p. 113.

(21) Cf. sa note de jurisprudence sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 novembre 1913, « Petit », in *R.D.P.*, 1914, *préc.*, 164.

(22) Cf. *Cours de droit public*, tome 2, Paris, M. Giard (284 p.), p. 238 et s.

(23) Voir *Ibid.*, p. 238.

mais également ceux qui ne font que des agissements matériels (24). Ainsi il était absolument hostile à la distinction que Laferrière (25) et Berthélemy (26) faisaient entre les agents publics selon la nature des actes accomplis par les individus de sorte que cette nature pût influencer sur le régime juridique auquel ceux-ci étaient soumis.

L'opposition de Jèze était fondée sur l'idée qu'il avait de l'Etat et du service public. Parce qu'accepter une telle distinction signifierait revenir aux idées de « souveraineté » et de « puissance publique » qu'il avait tellement critiquées. Il signifierait en même temps « méconnaître la notion de service public » (27), et, par conséquent, abandonner sa théorie de la fonction publique fondée sur la notion de service public. Ainsi il exprimait clairement cette idée de la façon suivante : « dire que la satisfaction des besoins d'intérêt général est érigée en service public, cela signifie que des théories spéciales sont élaborées pour que cette satisfaction ait lieu dans les meilleures conditions possibles : rapidité, sécurité, continuité, exactitude, etc. L'une de ces théories spéciales est que les individus chargés de satisfaire ces besoins d'intérêt général sont soumis à un régime juridique spécial qui peut être modifié à tout instant ». Et il continuait en posant la question suivante : « En quoi le fait qu'ils font ou ne font pas d'actes juridiques, qu'ils font des actes juridiques unilatéraux ou contractuels, peut-il s'opposer à ce que l'on organise le régime juridique des agents de telle façon que le service public fonctionne le mieux possible ? » (28).

B. — Le régime applicable aux agents publics

Le second trait essentiel de la conception de la fonction publique tel qu'il se dégage de l'œuvre de Gaston Jèze concerne le régime juridique applicable aux agents publics proprement dits (les fonctionnaires). Sur ce point il était d'accord avec l'opinion dominante des publicistes de son époque (comme, par exemple, Esmein, Hauriou, Duguit), et il acceptait que ce régime est légal, général et impersonnel. Par conséquent, les agents publics se trouvent dans une situation légale et réglementaire qui peut être modifiée à tout instant dans le but d'assurer ainsi mieux la satisfaction des besoins d'intérêt général qui constitue le but de leur action.

(24) Voir *Ibid.*

(25) Cf. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896 (en 2 vol.), Tome I (724 p.), p. 477 et s.

(26) Voir Henry BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 13^e éd., 1933 (1186 p.), p. 45 et s. et 55 et s.

(27) Voir *Les principes généraux...*, op. cit., 2^e éd., 1914, p. 402.

(28) Cf. *Ibid.*

Conformément à cette idée Jèze (29) a rejeté avec force toute idée de l'existence d'un contrat qui lie l'agent public à un service public et il critiquait les théories qui adoptaient l'idée de l'existence d'un tel lien contractuel, soutenues particulièrement par Dareste et Perriquet et partiellement par Laferrière (30).

Plus précisément, il considérait qu'un individu entre dans le service public par un acte-condition qui a pour effet juridique non pas de créer pour lui une situation juridique individuelle mais de l'«investir» d'une situation juridique légale et réglementaire (31). L'acte juridique par lequel un service public est organisé, par lesquels sont déterminés les pouvoirs et les devoirs des agents affectés à ce service, c'est une loi ou un règlement (32). D'ailleurs, c'est également par un acte-condition qu'un individu sort du service public car cet acte est « une manifestation de volonté » le plaçant dans une situation générale et impersonnelle (celle du retraité, du démissionnaire, etc.). Enfin, la sanction des pouvoirs et des devoirs des agents publics est la « sanction des situations juridiques générales et impersonnelles et non celles des situations juridiques individuelles ».

Ainsi Jèze a critiqué de façon vigoureuse (33) l'idée du lien contractuel développé par le Conseil d'Etat dans ses arrêts « *Winkell* » et « *Rosier* ». Plus exactement dans ces arrêts il fut admis que « en se mettant en grève les agents préposés au service public, (...) se placent eux-mêmes, par un acte collectif en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du *contrat de droit public* qui les lie à l'administration ». Avec cette idée contractuelle à laquelle fit appel le Commissaire du Gouvernement Tardieu dans ses conclusions (34), il fut transposée dans le cadre de la fonction publique la jurisprudence analogue de la Cour de cassation sur les effets de la grève au contrat de travail conclu selon le droit privé. Ainsi le but d'évincer les grévistes du service public conduisit le Conseil d'Etat à adopter un fondement juridique analogue à celui adopté par la Cour de cassation et tel était l'argument tiré du caractère contractuel qui unissait l'agent à son service public. Très discutable dans la doctrine, cette idée de la rupture d'un prétendu contrat de fonction publique fut finalement abandonnée en 1937 dans l'arrêt « *Demoiselle Minaire et autres* » (35).

(29) Cf. ses *Cours de droit public*, tome 2, *op. cit.*, éd. 1926, p. 247, aussi voir ses *Principes généraux de droit*, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, p. 246.

(30) Cf. E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 618.

(31) Cf. *Les principes généraux...*, *op. cit.*, 1930, p. 246.

(32) Cf. *Ibid.*

(33) Cf. sa note précitée sous ces arrêts, p. 500.

(34) Voir S. 1909, 3, 145 et s., conclusions Tardieu, note de Maurice Hauriou.

(35) C.E., 22 octobre 1937, « *Demoiselle Minaire et autres* », *R.D.P.*, 1938, p. 121 et s., note Gaston Jèze, *D.*, 1938, 3, p. 57, conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Langrange, p. 50-57, note Ch. Eisenmann, p. 49-55.

III. — LA POSITION DE GASTON JÈZE SUR LA GREVE ET LE DROIT SYNDICAL DES AGENTS PUBLICS

L'examen séparé de la position de Gaston Jèze sur les deux questions sensibles de la grève et du droit syndical des agents publics est nécessaire pour deux raisons. D'abord parce qu'il a réaffirmé sa préoccupation de protéger les agents publics contre l'arbitraire de leurs supérieurs hiérarchiques. Ensuite parce qu'il a également insisté sur la nécessité de la subordination des intérêts particuliers des agents à l'intérêt général auquel répond le service public et seulement dans la mesure où une telle subordination était « strictement » nécessaire à l'intérêt général. Après ces précisions il est possible d'expliquer sa position sur la grève des agents publics (A) et sur leur droit syndical (B).

A. — Gaston Jèze et le problème de la grève des fonctionnaires

Sensibilisé par les querelles théoriques (36) et par les problèmes pratiques que le déclenchement des mouvements grévistes des agents publics avait alors provoqué, la position de Gaston Jèze sur la mise en œuvre de l' « arme » de grève, était nette. Elle n'était pas différente de celle d'Hauriou, de Berthélemy, de Rolland. Pour Jèze la grève dans le service public était inadmissible. Elle n'était pas un droit pour l'agent public ; elle était un fait (37) ; elle constituait une faute disciplinaire grave légitimant l'exercice par les supérieurs hiérarchiques du pouvoir disciplinaire. Cette position qui ne diffère pas de celle de Duguit (38), s'explique par le fait que pour lui, adepte ardent de l'idée du service public, c'était le fonctionnement régulier, normal et surtout continu du service public qui était prioritaire. Par conséquent, la grève était un cas « anormal, révolutionnaire » (39) car elle constituait un agissement qui contrariait ou, encore plus, arrêtaient le fonctionnement régulier des services publics et ainsi il était inadmissible. Jèze expliquait de la façon suivante cette position stricte : « la grève des agents au service public constitue toujours, quelles que soient les circonstances, une faute grave. Grève et service public sont des notions antinomiques. La grève est le fait qui subordonne le fonctionnement d'un service public, c'est-à-dire la satisfaction d'un besoin général, aux intérêts particuliers des

(36) Cf. l'analyse de Jean ROCHE, *Le syndicalisme et la grève dans les services publics*, thèse soutenue à Paris le 17 mai 1947 (dactylographiée, 175 p.), p. 52 et s.

(37) Cf. sa note sous l'arrêt du C.E., « Winkell », *préc.*, p. 504.

(38) DUGUIT voyait dans la grève une faute disciplinaire, « la plus grave », un « crime », cf. *op. cit.*, p. 219 et 221.

(39) Voir ses *Principes généraux...*, 3^e éd., 1930, *op. cit.*, p. 249.

agents » (40). En 1937 dans sa note sous l'arrêt du 22 octobre 1937 du Conseil d'Etat « *Demoiselle Minaire* », Jèze a de nouveau répété qu'il considérait le « fait » de grève comme une faute disciplinaire grave, incompatible à l'idée de service public et incompatible à la qualité de fonctionnaire (41).

Même si Gaston Jèze était hostile à la grève des fonctionnaires (42), il n'en a pas moins critiqué les conséquences qui, selon le Conseil d'Etat, découlent du « fait » de grève. Plus précisément dans son arrêt « *Winkell* » il accepta qu'en se mettant en grève les agents publics « *se placent eux-mêmes par un acte collectif en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration* ». Jèze caractérisait comme « détestable » (43) cette idée que par la grève les agents publics se mettaient « en dehors des lois et règlements » régissant leur situation juridique, autrement dit, qu'ils perdaient leur qualité d'agent public. En plus il rejetait l'argument selon lequel dans le cas d'un tel « abandon collectif ou concerté du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats ». Il considérait cet argument comme « extrêmement fragile » et « totalement inacceptable » car il voyait dans celui-ci un « retour à la raison d'Etat dans tout son honneur » (44). Il fondait son opposition sur le fait que dans le droit positif de l'époque il n'y avait pas d' « *out-law* », il n'y avait pas des cas où les chefs de service eussent des pouvoirs arbitraires ce qui justement aurait été la preuve d'un tel retour à la raison d'Etat.

Ainsi son attachement strict au droit positif et son refus de « la raison d'Etat » conduisirent Jèze à critiquer la solution du Conseil d'Etat comme ayant été fondée sur un argument qui n'était pas juridique. Il le disait clairement : « La raison d'Etat — ce n'est pas autre chose que le prétendu argument tiré de la gravité des circonstances — n'est pas un argument de droit » (45). En 1938, dans sa note de jurisprudence sous l'arrêt « *Demoiselle Minaire* », Jèze renouvela expressément ses critiques relatives à la défectuosité des termes employés par le juge (46).

Cette préoccupation le conduisit à adopter une position favorable pour la protection des fonctionnaires et à accepter que les

(40) Voir sa note *préc.*, p. 123, dans laquelle JÈZE renvoie à ses remarques et critiques développées dans sa note sous l'arrêt « *Winkell* », *préc.*

(41) Cf. sa note *préc.*, p. 123, dans laquelle JÈZE renvoie à ses remarques faites dans sa note sous l'arrêt « *Winkell* ».

(42) Voir son *Cours de droit public*, tome 2, 1926, *préc.*, p. 246.

(43) Voir sa note sous l'arrêt « *Winkell* », p. 501.

(44) Cf. *Ibid.*

(45) *Ibid.*, p. 502.

(46) Il a ainsi renvoyé expressément à sa critique qu'il avait écrite dans sa note sous l'arrêt « *Winkell* ».

chefs de service devaient exercer leur pouvoir disciplinaire dans les conditions et avec les limitations prescrites par les lois et règlements. Selon lui, même en cas de grève les fonctionnaires ne sont pas « hors la loi », qui détermine les garanties dont jouissent les fonctionnaires. Pourtant il a précisé que pour chacune de ces garanties il y avait lieu d'examiner d'après les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le texte fut rédigé s'il avait ou non une portée générale, visait ou non le cas de grève. Ainsi il concluait qu'en cas de doute la garantie devait s'appliquer (47).

Quant au droit des fonctionnaires grévistes d'obtenir la communication de leur dossier conformément à l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905, le Conseil d'Etat admit (48) que, quelque fût la généralité des termes de cet article, le législateur ne pouvait pas comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il formula cette prescription. Jèze prit une position énigmatique sur ce problème précis. Néanmoins cette position s'explique par le fait qu'il considérait comme primordiale la nécessité de protéger la continuité du fonctionnement du service public. C'est pourquoi d'ailleurs il avait condamné de façon stricte la grève dans les services publics. Ainsi sur la question de la communication du dossier il a adopté une position neutre par rapport à l'argumentation du Conseil d'Etat. Il disait de façon caractéristique : « Cette argumentation est séduisante. Je ne l'approuve, ni la désapprouve » (49).

B. — Gaston Jèze et la question du droit syndical des fonctionnaires

L'examen du problème de la grève des fonctionnaires était lié à l'examen du problème de la reconnaissance aux fonctionnaires du droit de former des syndicats et d'y adhérer librement (50) comme ce dernier se posait après l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1901 qui consacra la liberté d'association. Plus précisément après l'adoption de cette loi la grande majorité des juristes reconnaissait que les fonctionnaires pourraient désormais constituer des associations librement. Néanmoins le problème restait ouvert quant à la constitution des syndicats des fonctionnaires et une partie de la doctrine l'avait condamné (51).

(47) Cf. sa note sous l'arrêt « Winkell », *préc.*, p. 505.

(48) Cf. ses arrêts « Winkell » et « Rosier », *préc.*

(49) Voir *Ibid.*, p. 504.

(50) Cf. Lazare PROKITCH, *Le droit syndical des fonctionnaires (Etude de droit comparé)*, thèse soutenue à Paris le 11 juillet 1939, éditée à Liège, imprimerie des Invalides (227 p.), p. 71.

(51) Ainsi voir par exemple L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 239 et s.

Le problème n'a pas tardé à se poser devant le juge administratif. Le principal argument invoqué alors par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 13 janvier 1922, « *Boisson et Syndicat national des agents des Contributions indirectes* », pour justifier cette condamnation, était fondé sur cette idée qu'un syndicat impliquait « nécessairement » le « droit de grève » — comme disait Duguît — et qu'il constituait un « concert en vue de grève » (52) ; ainsi, étant donné que la grève était interdite aux agents publics, le syndicat devrait être également interdit.

Jèze a critiqué la solution adoptée par le Conseil d'Etat, car selon lui « depuis la loi de 1901, les agents publics peuvent former des syndicats, en vertu de la loi de 1884 » (53). En plus il estimait que les divers arguments invoqués n'avaient pas la même valeur. Selon lui le syndicat était le nom donné aux associations d'ouvriers, c'est pourquoi « on aurait dû en 1901 abroger la loi de 1884 et n'avoir qu'une loi unique sur les associations » (54). Ensuite il se demandait : « si l'association de fonctionnaires, de l'avis du Conseil d'Etat et des gouvernants ne compromet pas la marche des services publics, pourquoi le syndicat serait-il un péril ? » (55). Ainsi il proposait qu'après la loi de 1901, tout syndicat fût considéré comme constituant une association licite, sous la condition de ne bénéficier que du régime juridique des associations de la loi de 1901.

D'ailleurs, à propos de cette controverse, Jèze invoquait les arguments contenus dans l'exposé des motifs d'un projet de loi du 25 mai 1909 sur le statut des fonctionnaires (déposé à la Chambre par le Gouvernement Clémenceau). Selon les auteurs de ce texte « la controverse qui s'est élevée à cet égard (association ou syndicat) nous paraît se réduire à une querelle de mots ; elle n'a pas d'intérêt pratique. Il est indifférent qu'on ait recours à telle ou telle loi ; ce qui importe, c'est, quelque soit le régime législatif applicable (la loi du 21 mars 1884 ou la loi du 1^{er} juillet 1901), de concilier le principe de liberté d'association dont se prévalent les fonctionnaires, d'abord avec le caractère et les exigences de leurs fonctions et surtout avec le principe d'autorité dont le gouvernement a le dépôt et qu'il ne peut pas laisser périlcliter entre ses mains, sans mettre en péril l'existence même de la nation » (56). Jèze approuvait

(52) Idée qui résulte de l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 janvier, « *Boisson et Syndicat national des agents des Contributions indirectes* », in *R.D.P.*, 1922, p. 65-68, conclusions du commissaire du Gouvernement Berget, p. 60-65, note de Gaston Jèze, p. 59-60. Ainsi on lit dans cette décision « (les fonctionnaires) ont renoncé à certaines facultés, telles que le droit de grève que suppose l'article 1^{er} de la loi de 1884 ». Conforme à cette jurisprudence était aussi l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 février 1925, « *Chambre syndicale des agents de l'octroi de Paris* », in *R.D.P.*, 1925, p. 82-83, note Jèze.

(53) Cf. sa note sous l'arrêt « *Boisson...* », *préc.*, p. 59.

(54) Ainsi voir L. DUGUÏT, *op. cit.*, 236.

(55) Voir ses *Cours de droit public*, tome 2, 1926, *préc.*, p. 257.

(56) Cité dans les diverses éditions de ses *Cours de droit public*, cf. par exemple l'édition de 1926, tome 2, *préc.*, p. 257.

cette argumentation quant à l'intérêt minime que présentait après la loi de 1901 la différence entre associations et syndicats. C'est pourquoi il considérait comme critiquables les jugements tant des Tribunaux judiciaires que du Conseil d'Etat prononçant la dissolution des syndicats des fonctionnaires.

Nonobstant sa position favorable aux syndicats des fonctionnaires, les tentatives de grèves générales à partir de 1920 l'ont conduit à examiner la question des syndicats des fonctionnaires d'un nouveau point de vue. Plus précisément il constata un changement d'esprit touchant la question dû à la volonté des divers gouvernements de s'opposer vigoureusement aux mouvements syndicalistes. A cette volonté des gouvernements répondirent les fonctionnaires avec la création des syndicats manifestant ainsi leur volonté de « prendre une attitude révolutionnaire et d'user, au besoin, de l'arme de grève » (57). Peut-on alors en déduire que Jèze était conduit à réexaminer sa position favorable relative au droit syndical des agents publics ? Toutefois le fait que dans les dernières éditions de ses œuvres il a répété, d'une part, son soutien à la protection effective des agents publics contre l'arbitraire de leurs chefs de service et sa position favorable à leur droit de former des syndicats et, d'autre part, son hostilité à la grève dans le service public, ne permet pas de dégager une telle intention (58).

Vassilios KONDYLLIS,

Docteur en droit.

(57) Cf. ainsi la troisième et dernière édition de ses « Principes généraux du droit administratif », faite en 1930, p. 259. D'ailleurs, même si après 1924 les Gouvernements reconnurent *de facto* la légitimité des syndicats des fonctionnaires, ceux-ci étaient condamnés par les Tribunaux tout au long de la Troisième République.

(58) V. *Ibid.*, p. 259-260 ; ad. en plus sa note sous l'arrêt « D¹^e Minaire », *préc.*