FONCTION PUBLIQUE

Catégories A+, A et B

Le Droit disciplinaire dans la fonction publique

Emmanuel Aubin • Nirmal Nivert

1re édition

Gualino un savoir-faire de Lextenso

Emmanuel Aubin

est Professeur de droit public à l'université de Tours. Il a été, de 2016 à 2020, Vice-Président Relation sociale, Affaires juridiques et Éthique de l'université de Poitiers. Il est également, depuis mai 2018, référent-déontologue dans la fonction publique territoriale. Il participe régulièrement en qualité d'expert aux actions de formation à la déontologie des cadres supérieurs de l'État (ENA), de l'Éducation nationale (à l'IHEEF : Institut des Hautes Études de l'Éducation et de la Formation de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur et de la recherche) et des collectivités territoriales (CNFPT et INET).

Nirmal Nivert

docteur en droit, est Directeur des affaires juridiques de l'université de la Réunion depuis juin 2020, après avoir exercé cette même fonction à l'université de Poitiers depuis 2014 ; il a également exercé la fonction d'ATER au sein de la faculté de droit de l'université de Poitiers et a été chargé de cours à l'université de Poitiers.

FONCTION PUBLIQUE

Catégories A+, A et B

Le Droit disciplinaire dans la fonction publique

Emmanuel Aubin • Nirmal Nivert

1re édition

Gualino un savoir-faire de Lextenso

FONCTION
PUBLIQUE

Une nouvelle collection dédiée à l'univers de la Fonction publique (État, Territoriale, Hospitalière).

Quatre thématiques de publication :

- par concours (pour préparer un concours dans son ensemble) ;
- par type d'épreuves (avec des éléments de méthode) ;
- par matière (les connaissances qu'il faut avoir sur la matière) ;
- par thématique d'évolution à prendre en compte pour la préparation des concours comme pour l'exercice de son activité.

Dans la même collection « Fonction publique »

- L'Agent territorial (*F. Colin* - 2021)
- Gestion des Ressources humaines dans la Fonction publique (*F. Colin - 5e éd., 2021*)
- Manuel de préparation aux concours d'accès aux IRA (*F. Baude, J. Saison-Demars, D. Bajeux, C. Mondou, L. Steuve et M. Viviano - 7e éd., 2021*)
- Les personnels de la Fonction publique (*E. Aubin - 2020*)
- Préparer et réussir les grands concours de la fonction publique (*E. Floret, R. Gonalons, J.-R. Pinguet - 2e éd., 2020*)
- Bien rédiger une note de synthèse (*S. Gontcharoff et A. Piot - 2e éd., 2020*)
- La déontologie dans la Fonction publique (*E. Aubin - 2019*)
- Les collectivités territoriales (*P. Leprêtre - 2e éd., 2018*)
- Utiliser les réseaux sociaux dans la Fonction publique (*N. Buffault - 2017*)
- Droit public (*F. Colin - 4e éd., 2017*)
- Les fondamentaux du Droit Public (*J.-C. Zarka - 2017*)
- Management des collectivités territoriales (*A. Ragaigne - 2016*)
- Droit de l'intercommunalité (*F. Benchendikh - 2016*)
- Droit et gestion des collectivités territoriales - Lexique développé de 434 mots et expressions (*G. Champagne - 2016*)
- Culture territoriale (*O. Rouquan - 2e éd., 2016*)
- Développement durable des territoires - Gouvernance et management publics (*O. Rouquan - 2016*)
- S'entraîner à la note de synthèse (*M. Deyra - 2013*)
- La note de synthèse (*M. Deyra et F. Ferrer - 3e éd., 2013*)

DANGER
LE PHOTOCOPILLAGE TUE LE LIVRE

© 2021, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
ISBN 978 - 2 - 297 - 07503 - 9

Suivez-nous sur www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr

Présentation

Les personnels des administrations des trois versants de la fonction publique, quel que soit le grade, l'emploi ou la fonction, sont soumis à des obligations statutaires et des devoirs déontologiques qui sont entrés dans le Statut général avec la loi n° 2016-488 du 20 avril 2016 sur la déontologie et les droits et devoirs des fonctionnaires ou qui sont au cœur des décisions juridictionnelles contrôlant la légalité des sanctions disciplinaires. Ces dernières engagent la responsabilité personnelle de l'agent public amené à répondre de ses actes commis pendant le service ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, voire dans le cadre de sa vie privée.

Les employeurs publics et, en leur sein, les directions des affaires juridiques et les responsables des ressources humaines sont parfois confrontés à la commission par les personnels en poste de manquements à des devoirs déontologiques ou l'adoption de comportements fautifs justifiant, en raison de leur gravité, le déclenchement de poursuites disciplinaires.

Actionner des poursuites disciplinaires présente des risques juridiques et induit des enjeux humains qu'il est important de mesurer étant précisé que si le prononcé d'une sanction disciplinaire constitue un acte managérial dont la nécessité est souvent sous-estimée, il reste la pire des solutions après toutes les autres lorsqu'un fonctionnaire ne s'est pas posé la bonne question avant qu'il ne soit trop tard. Le processus de répression disciplinaire permet, en effet, de rappeler, en cas de manquement avéré et suffisamment grave pour être qualifié de faute disciplinaire, la nécessité pour les personnels des administrations de respecter les principes et les valeurs au cœur de leur action publique quotidienne. Il remplit une fonction protectrice pour le service public, les collègues de l'agent fautif et les usagers de l'administration concernée et vise également à dissuader les personnels d'adopter un comportement pouvant avoir des conséquences négatives, voire définitives, pour le déroulement de leur carrière au sein de la fonction publique.

Le régime disciplinaire dans la fonction publique a fait l'objet d'une importante modification par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui a contribué à harmoniser notamment la procédure disciplinaire et les sanctions applicables dans les trois versants de la fonction publique.

Le présent ouvrage expose le droit applicable ainsi que les normes et décisions juridictionnelles les plus récentes permettant aux décideurs publics mais également aux étudiants et candidats aux concours administratifs d'avoir une connaissance à la fois théorique et opérationnelle de la procédure disciplinaire, quel que soit le versant de la fonction publique (État, collectivités territoriales et hôpitaux publics). Il adopte également une approche permettant d'avoir une bonne connaissance des notions au cœur du droit disciplinaire. Le présent ouvrage permet, enfin, aux responsables publics et aux autorités administratives compétentes d'identifier avec pertinence l'existence ou non d'un comportement fautif, son intensité, la nécessité ou non de déclencher des poursuites disciplinaires dans le cadre d'une démarche de compliance consistant à mesurer les risques juridiques inhérents à l'action et à l'inaction en cas de faute(s) commise(s) par un(e) fonctionnaire ou un(e) agent(e) en poste dans une administration.

Sommaire

Présentation 5
Liste des abréviations et acronymes 11
Introduction 5

Partie 1 • La faute disciplinaire

Chapitre 1 **Une faute non prévue par un texte** **19**

I. La nature de la faute disciplinaire 20
A. La distinction entre la faute pénale et la faute disciplinaire 20
1. L'autorité de la chose jugée au pénal et ses conséquences sur la faute disciplinaire 21
2. La relaxe au pénal et son absence d'incidence sur la répression disciplinaire 23
B. L'indétermination légale de la faute disciplinaire 24
1. Le comportement fautif adopté pendant le service 25
2. Le comportement fautif adopté par l'agent dans la vie privée 32

II. Un manquement à une obligation préexistante 37
A. Le constat du manquement 38
1. L'établissement de la matérialité des faits 38
2. Le recueil des témoignages 39
B. La nature nécessairement fautive du manquement 41

Chapitre 2 **Typologie des fautes disciplinaires** **45**

I. Une faute personnelle 45
A. La distinction entre la faute de service et la faute personnelle 46
B. La distinction entre la faute personnelle disciplinaire et la faute civile 48

II. La subjectivisation de la faute disciplinaire 52
A. L'obligation de loyauté : un impératif imposé par le juge administratif et quelques statuts particuliers 53

Sommaire

B. L'obligation d'irréprochabilité des enseignants : une nouvelle obligation imposée par le Conseil d'État en 2018 55
C. L'exemplarité et la dignité des fonctionnaires 56

III. Les fautes liées aux abus sémantiques 59
A. Les propos inadaptés dans le cadre du service 59
B. Les manquements vis-à-vis de la hiérarchie 60
C. Les fautes liées aux manquements à la e-déontologie 62

Partie 2 • La procédure disciplinaire

Chapitre 3 **Une procédure formaliste et protectrice** **67**

I. Le temps dans la procédure disciplinaire 68
A. Le temps du déclenchement des poursuites 68
1. L'enquête administrative 69
2. L'opportunité des poursuites 72
3. La prescriptibilité de l'action disciplinaire 75
B. Le temps de l'enquête disciplinaire 78
1. La communication du dossier disciplinaire 79
2. L'établissement d'une liaison faute-sanction (la qualification juridique des faits) 83

II. Le recueil de l'avis d'un conseil de discipline pour les fautes les plus graves 84
A. L'entretien préalable obligatoire dans le délai incompressible de quinze jours 85
1. Un délai de convocation de quinze jours minimum 85
2. L'entretien 87
B. Le conseil de discipline 87
1. Les commissions administratives paritaires siégeant en conseil de discipline 88
2. L'audience disciplinaire 90
3. L'avis du conseil de discipline 91
4. La juridictionnalisation de la répression disciplinaire : l'exemple du CNESER disciplinaire dans l'enseignement supérieur 92
5. La suppression par la loi TFP du 6 août 2019 des commissions de recours 94

III. Le respect des droits de la défense et de la procédure contradictoire 95
A. Le respect de la symétrie dans les droits de la défense 95

Sommaire

B. Le respect inconditionnel du principe du contradictoire 96
1) La contradiction comme fil rouge 96
2) L'impartialité comme corollaire 97

Chapitre 4 **La suspension préalable de l'agent auteur d'une faute disciplinaire grave 99**

I. La suspension, une mesure conservatoire protectrice pour le service public 100
A. Une mesure conservatoire 100
1. L'absence de caractère disciplinaire 100
2. Un caractère provisoire 101
B. Une mesure préservant les intérêts du service public 102

II. La double exigence de vraisemblance et de gravité des faits 103
A. La vraisemblance des faits 104
B. La gravité des faits 105

Partie 3 • La sanction disciplinaire

Chapitre 5 **Le choix de la sanction disciplinaire 109**

I. Le choix cornélien de la sanction 110
A. Du principe de légalité stricte des sanctions 110
1. L'échelle harmonisée des sanctions par la loi du 6 août 2019 110
2. Les sanctions disciplinaires dans la magistrature et l'armée 112
B. Du principe de proportionnalité des sanctions 114
1. La prise en compte du passé de l'agent fautif 114
2. Le contexte de commission de la faute 116
3. La présence d'une « victime » 116
4. Les fautes graves en dehors du service 117
5. L'exemplarité attendue 118

II. Les paramètres du prononcé de la sanction 120
A. Le formalisme juridique de la sanction prononcée 120
1. La mise aux voix devant le conseil de discipline 120
2. La motivation de la sanction 121
B. La délimitation substantielle de la mesure prononcée 122
1. Les sanctions disciplinaires déguisées 123
2. L'insuffisance professionnelle et la sanction disciplinaire 125

Sommaire

Chapitre 6 **La légalité de la sanction disciplinaire** **129**

I. Le contrôle de la nécessité de la sanction 130
A. Des faits de nature à justifier une sanction 130
B. La sanction, une ingérence nécessaire dans une société démocratique 131

III. La contestation contentieuse de la sanction 132
A. L'intérêt à agir 132
B. Le contentieux de la suspension en référé des sanctions 133
C. Le contrôle de la gravité de la sanction 134
1. La jurisprudence ***Lebon*** de 1978 à 2013 : le contrôle sur la disproportion manifeste de la sanction 135
2. La jurisprudence ***Dahan*** : la censure des sanctions disproportionnées ... 137
3. Le nouveau degré de contrôle en cassation depuis la jurisprudence ***Bonnemaison*** (2014) - ***La Poste*** (2015) 140

III. Les sanctions disciplinaires face aux exigences du droit européen des droits de l'homme 144

Bibliographie 147

Liste des abréviations et acronymes

AJCT	Actualité juridique collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJFP	Actualité juridique fonctions publiques
ARS	Agence régionale de santé
C. éduc.	Code de l'éducation
CAA	Cour administrative d'appel
CAP	Commission administrative paritaire
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CCAS	Centre communal d'action sociale
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJA	Code de justice administrative
CHU	Centre hospitalier universitaire
CNESER	Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv.EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CSI	Code de la sécurité intérieure
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
D.	Décret
EPLE	Établissement public local d'enseignement
ESR	Enseignement supérieur et recherche
FPE	Fonction publique de l'État
FPH	Fonction publique hospitalière
FPT	Fonction publique territoriale
HATVP	Haute Autorité pour la transparence de la vie publique
IEP	Institut d'études politiques
PUPH	Professeurs d'universités-praticiens hospitaliers
SDIS	Service départemental d'incendie et de secours
TA	Tribunal administratif

Introduction

Le droit disciplinaire a été le premier domaine dans la fonction publique ayant amené le Conseil d'État à reconnaître aux fonctionnaires le droit de contester des mesures les concernant. En 1822, le Conseil d'État jugeait que les mesures disciplinaires étaient des « actes purement administratifs qui ne peuvent être attaqués que par la voie contentieuse »[1] ; treize ans plus tard, il accepte de connaître des recours formés par les fonctionnaires contre les mesures disciplinaires qui portent atteinte à la carrière des agents[2]. Mesure qui, par nature, porte atteinte au droit à un déroulement normal de carrière, voire qui peut mettre fin à la carrière du fonctionnaire, la sanction disciplinaire est, avec les mesures de police, l'acte administratif ayant les conséquences administratives les plus graves pour son destinataire.

La seule analyse de ses conséquences permet de comprendre la nécessité absolue de sécuriser avec beaucoup de rigueur une procédure disciplinaire qui prend du temps, exige une loyauté de la part de l'administration dans le recueil de la preuve des faits reprochés à l'agent public poursuivi, implique pleinement l'autorité de poursuite et les agents mobilisés pour rédiger l'acte de poursuite qui ne doit pas reposer sur du sable. L'administration est également mobilisée pour défendre la légalité de la procédure ainsi que celle de la sanction prononcée. La professeure de droit public Pascale Idoux a rappelé la singularité de la procédure disciplinaire en écrivant que la « discipline est un instrument de normalisation des comportements et l'existence d'un pouvoir de coercition »[3] se traduisant, *in fine*, par le prononcé d'une sanction non pénale[4].

La déontologie[5] et le droit disciplinaire font souvent l'objet d'une confusion alors que leur finalité respective est située aux antipodes. La première a une dimension préventive et pédagogique visant à permettre aux agents publics de « se poser la bonne question avant qu'il ne soit trop tard »[6], c'est-à-dire avant de commettre l'irréparable que constitue la faute disciplinaire. S'il en constitue l'une des conséquences car tout manquement à la déontologie ne

1 CE, 13 mars 1822, De Cousso : Rec. CE, p. 255. Le colonel a été condamné à une amende pour avoir contesté l'acte qui refusait sa réintégration !

2 CE, 23 oct. 1835, Bugnet : Rec. CE, p. 587.

3 Idoux P., « La procédure disciplinaire », *in* AFDA, *Les procédures administratives*, 2015, Dalloz, p. 175.

4 Degoffe M., *Droit de la sanction non pénale*, 2000, Économica, p. 44.

5 Aubin E., *La déontologie dans la fonction publique*, 2e éd., 2019, Gualino-Lextenso, coll. « Fonction publique ».

6 Vigouroux Ch., *Déontologies des fonctions publiques*, 2013, Dalloz, p. 13.

constitue pas « en soi un manquement disciplinaire »[7], le droit disciplinaire doit donc être distingué du droit des déontologies[8]. Ce dernier revêt une dimension préventive alors que le droit disciplinaire vise à réprimer l'adoption par un(e) agent(e) d'un comportement ayant des répercussions sur l'image de l'administration et du service public et des conséquences trop graves pour rester sans réponse institutionnelle. Le premier intervient avant le manquement, qu'il a pour finalité d'éviter, alors que le second intervient après que l'agent(e) a commis la faute à l'origine du déclenchement des poursuites disciplinaires.

Le droit disciplinaire, qui illustre avec acuité le principe hiérarchique, amène l'employeur public à déclencher une action juridique dont la nécessité – appréciée à l'aune de la gravité des faits – doit intégrer, depuis peu, un nouveau facteur (la prescription triennale des faits fautifs portés à la connaissance de l'autorité hiérarchique). La loi du 20 avril 2016 a, en effet, mis fin à l'imprescriptibilité des fautes des agents publics. Entre les contraintes du sablier et les exigences du marteau de la justice administrative – car la moindre sanction est généralement contestée par l'agent fautif –, l'autorité administrative compétente pour mettre en œuvre l'action disciplinaire doit mesurer le risque de déclencher une procédure disciplinaire en exerçant avec diligence son pouvoir de réprimer l'agent auteur d'une faute qui ne peut rester sans réponse lorsque les faits sont suffisamment graves et avérés. En sens inverse, comme le relève Charles Fortier, « l'autorité administrative n'a jamais l'obligation de s'engager dans ce processus punitif y compris lorsque la faute ne fait pas de doute : un intérêt du service contraire, qu'elle apprécie seule, peut l'en dissuader »[9].

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a procédé à une importante réforme qui consacre le « parachèvement de la régulation disciplinaire »[10] en harmonisant enfin l'échelle des sanctions entre les trois fonctions publiques et en réaffirmant la composition paritaire des conseils de discipline des organes compétents ; elle supprime les conseils de discipline de recours invitant ainsi les agents sanctionnés à saisir le TA compétent afin qu'il puisse apprécier la légalité de la procédure et de la proportionnalité de la sanction infligée.

Le droit disciplinaire est une « responsabilité qui sanctionne »[11] et repose sur un triptyque.

7 CE, 25 mars 2020, n° 421149, Synd. justice administrative : AJFP 2020, p. 163, note Aubin E.
8 Moret-Bailly J. et Truchet D., *Droit des déontologies*, 2016, PUF.
9 Fortier Ch., *Droit de la fonction publique*, 2020, Dalloz, coll. « Mémentos », p. 194.
10 Firoud M., « Transformation de la fonction publique : du nouveau sous le soleil : », in *Loi de transformation de la fonction publique*, 2020, Dalloz, coll. « Grand Angle », p. 11.
11 Chambon F. et Gaspon O., *La déontologie administrative*, 2e éd., 2015, LGDJ-Lextenso, coll. « Système », p. 78.

Dans une première partie, le présent ouvrage analyse la faute disciplinaire qui est le point de départ de toute procédure répressive dans la fonction publique avec :

- d'une part, le délicat travail d'identification et de qualification juridique par l'autorité compétente du comportement fautif adopté par un agent car la faute disciplinaire n'est prévue par aucun texte ;
- d'autre part, la tentative d'établir une typologie des fautes disciplinaires qui peuvent être commises dans le cadre des fonctions ou en dehors de celles-ci étant précisé que l'autorité de poursuite doit apprécier le comportement global de l'agent.

Dans une deuxième partie, la procédure disciplinaire et ses exigences seront étudiées à l'aune de la nécessaire sécurité juridique et de la garantie des droits de l'agent public poursuivi :

- la procédure est à la fois formaliste et protectrice tout en étant complexe. Le facteur temps (prescription de trois ans et respect des délais pour le déclenchement et la communication des documents mais également la convocation de l'agent) côtoie la nécessité de respecter scrupuleusement les différentes phases pour garantir les droits de la défense et de la procédure contradictoire ;
- en cas de faute grave, l'autorité administrative peut décider de suspendre l'agent public afin de préserver le service public mais également la crédibilité de l'autorité de poursuite ainsi que la réputation de l'administration concernée qui doit établir la vraisemblance et la gravité des faits reprochés à l'agent.

La troisième et dernière partie sera consacrée à la sanction disciplinaire qui est la conséquence de tout ce qui précède (la faute et la procédure mise en œuvre pour la sanctionner) :

- cette dernière phase du droit disciplinaire amène l'autorité (ou la juridiction) à choisir la sanction adéquate en respectant les paramètres du prononcé de la sanction qui s'inscrivent dans le cadre d'un formalisme rigoureux ;
- la procédure s'achève par le prononcé d'une sanction dont la gravité doit être proportionnée à celle des faits poursuivis sous peine d'être censurée en raison d'un degré de contrôle exigeant de la légalité des sanctions disciplinaires.

PARTIE 1

LA FAUTE DISCIPLINAIRE

Chapitre 1 Une faute non prévue par un texte..... 19

Chapitre 2 Typologie des fautes disciplinaires..... 45

Si l'administration peut commettre des fautes qui engagent, le cas échéant, sa responsabilité, les personnels (fonctionnaires titulaires et stagiaires ainsi que les agents publics contractuels) peuvent également adopter des comportements matérialisant un manquement à une obligation préexistante prévue par le Statut général, le statut particulier, une charte de déontologie ou considérée par le juge administratif comme étant une faute suffisamment grave pour justifier une procédure disciplinaire. La faute disciplinaire est aussi variée que les couleurs d'un kaléidoscope et il n'existe aucune obligation pour l'autorité administrative de déclencher des poursuites disciplinaires. L'administration doit qualifier les faits et comportements reprochés à un agent quels que soient son grade, son emploi et son statut en prenant garde d'éviter deux écueils afin de ne pas tomber de Charybde en Scylla :

- la surinterprétation de faits contestables mais ne revêtant pas le caractère d'une faute suffisamment grave pour mériter le qualificatif de faute disciplinaire ;
- la sous-estimation des conséquences de mots tenus (de façon dématérialisée ou non) ou de comportements adoptés par des personnels dans le cadre de leur fonction ou dans leur vie privée en raison du retentissement de ces mots et comportements sur l'image de l'administration et du service public.

Si la faute disciplinaire n'est prévue par aucun texte – contrairement à l'incrimination pénale qui ne peut exister en dehors d'une qualification juridique existante –, elle ne doit pas être créée de toutes pièces par l'autorité de poursuite car le juge n'hésitera pas à censurer le processus en raison d'une inexactitude matérielle des faits. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de dresser la typologie des fautes disciplinaires commises dans la fonction publique en opérant une distinction entre les fautes commises pendant le service et en dehors de celui-ci.

Chapitre 1

Une faute non prévue par un texte

Le droit de la fonction publique repose sur le principe de la subordination hiérarchique dont la perception est toutefois variable selon le corps ou le cadre d'emploi concerné. L'existence d'un pouvoir hiérarchique se matérialise notamment par le fait qu'une autorité administrative décide, en application du principe d'opportunité, de déclencher ou non des poursuites disciplinaires en cas de comportement problématique adopté par un agent dans le cadre ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, voire en dehors de celles-ci. La première difficulté du droit disciplinaire tient à la détection exigeante d'une vraie faute disciplinaire par l'autorité administrative.

Malgré l'existence parfois de confusions, la faute disciplinaire se distingue essentiellement de l'infraction pénale par son caractère extra-légal. Contrairement à l'infraction pénale qui doit toujours être prévue par un texte en raison des conséquences de sa commission pour l'auteur qui peut être privé de sa liberté pour protéger l'intérêt de la société, la faute disciplinaire n'est pas définie et n'a pas à l'être – contrairement aux affirmations souvent avancées dans les procédures par la défense de l'agent poursuivi – par un texte préexistant, raison pour laquelle le professeur Degoffe a inscrit le droit disciplinaire dans la catégorie d'un « droit de la sanction non pénale »[1].

Il serait plus exact de préciser que la faute disciplinaire n'a pas à être prévue ou définie par un texte pour être juridiquement matérialisée et justifier le déclenchement de poursuites engagées pour garantir l'intérêt du service. L'autorité administrative dispose donc d'une marge de manœuvre appréciable pour estimer que le comportement de son agent, apprécié globalement, est constitutif d'une faute justifiant le déclenchement d'un processus de répression disciplinaire. Pour autant, compte tenu des conséquences d'une sanction disciplinaire, l'arbitraire ne doit pas venir se nicher dans la qualification du comportement, des faits ou des mots du fonctionnaire ou de l'agent public.

1 Degoffe M., *Le droit de la sanction non pénale*, 2000, Economica.

I. La nature de la faute disciplinaire

La faute disciplinaire est rétive à tout essai de définition *a priori* ou de conceptualisation ; elle reflète par son existence l'ambiance sociale de l'époque. Si Duguit était vivant en 2020, il n'écrirait plus que « la grève des fonctionnaires est la plus grave des fautes disciplinaires. C'est même un crime »[2]. En affirmant cela, Duguit – que l'on a connu mieux inspiré – confondait la réponse disciplinaire avec la répression pénale alors que l'une n'est pas dépendante de l'autre, et réciproquement, ne serait-ce que parce que la faute disciplinaire n'est prévue dans aucun texte contrairement à l'infraction qui est déterminée par la loi. En qualifiant de crime le fait pour un agent public de faire grève, Duguit montrait surtout que le droit est toujours le reflet de l'époque dans laquelle il s'inscrit. Par exemple, le Conseil d'État a pu juger, en 1936, que n'était pas un manquement à l'honneur « le fait pour un administrateur des colonies d'avoir donné un coup de pied à un indigène qui manifestait une certaine indolence pour un travail commandé » (CE, 30 oct. 1936, Dauphin : Lebon, 935). Des comportements jadis considérés comme fautifs (à l'instar de la grève) sont devenus des droits protégés par la Constitution trente ans plus tard, même si l'on constate le retour d'une certaine exigence de « morale professionnelle » avec la consécration statutaire de la déontologie par la loi du 20 avril 2016 et la loi TFP du 6 août 2019.

A. La distinction entre la faute pénale et la faute disciplinaire

Les décideurs publics, comme les fonctionnaires, sont exposés au risque pénal, lequel a connu une telle expansion qu'une partie de la doctrine a pu évoquer, à juste titre, une certaine forme de « criminalisation » de la responsabilité administrative. Une intéressante décision rendue le 27 février 2020 par le Conseil d'État rappelle, de façon pédagogique, la nature différente de la faute pénale et de la faute disciplinaire[3]. Témoin d'une confusion souvent commise entre la répression pénale et la procédure disciplinaire liée à des manquements déontologiques, l'argument, consistant à affirmer qu'en dehors de la commission d'une infraction pénale dans le service[4] les propos de l'agente ne pouvaient pas se retourner contre elle, illustre avec acuité la méconnaissance de l'existence des obligations de faire et de ne pas faire s'imposant aux agents publics.

2 Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., 1923, éd. de Boccard, t. II, p. 221.
3 CE, 27 févr. 2020, n° 426569 : AJFP 2020, p. 163, note Aubin E.
4 T. confl., 14 janv. 1935, Thepaz : Lebon, 224 ; S. 1935.3.17, note Alibert.