

La reconnaissance du droit de grève dans les services publics

The Recognition of the Right to Strike in Public Services

Haïtham Sakr, Ph.D., Associate Professor, Associate Dean, School of Law and Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik, P.O. Box 446, Jounieh, Lebanon, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8790-5360>

Docteur en droit, Doyen associé et Professeur associé, Faculté de Droit et des Sciences politiques, Université Saint Esprit de Kaslik, P.O. Box 446, Jounieh, Lebanon, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8790-5360>

Abstract

For a long time, the strike did not seem compatible with the principles that govern the public service. Some of the reasons against the recognition of the right to strike in the public service are still invoked in France to justify regulating this right. However, some of these reasons are still valid to deny the official exercise of this right in Lebanon.

Dans notre précédent article « *Grève et Service Public*¹ », on a appelé grève toute cessation concertée du travail destinée à faire pression, en vue d'obtenir un avantage, sur celui dont cet avantage dépend².

La grève est une cessation concertée du travail, c'est un fait collectif et non individuel, la cessation individuelle du service est, pour un fonctionnaire, constitutive d'un abandon de poste. La grève comporte un élément intentionnel : faire pression sur quelqu'un. Dès lors, une cessation collective du travail qui n'a pas pour objectif de faire pression pour obtenir un avantage n'est pas une grève³.

Pendant longtemps, la grève n'a pas paru compatible avec les principes qui régissent la fonction publique. Certaines des raisons qui s'opposaient à la reconnaissance du droit de grève dans la fonction publique sont encore invoquées en France pour justifier une réglementation de ce droit. Cependant certaines de ces raisons sont toujours valables pour nier au fonctionnaire l'exercice de ce droit au Liban. C'est pourquoi il convient d'évoquer l'historique du droit de grève durant cet article avant de faire l'étude de la jurisprudence concernant son exercice dans un prochain article.

La loi du 25 mai 1864 reconnaissait implicitement le droit de grève en supprimant le délit de coalition ouvrière ou patronale. Toutefois, si la grève n'est plus désormais, en soi, pénalement répréhensible, elle ne constitue pas pour autant un droit expressément reconnu, aussi les grévistes peuvent-ils être révoqués, s'ils sont fonctionnaires, ou considérés comme démissionnaires, s'ils exercent leur activité dans des entreprises privées.

La loi du 21 mars 1884 relative aux syndicats professionnels ne modifie pas, en principe, cette situation. Au-delà de la réaction éphémère qu'illustre la charte du travail du 4 octobre 1941, laquelle prohibe toute coalition, il était devenu de plus en plus évident, dans la première moitié du XX^e siècle, que cette situation ne pouvait perdurer et que la reconnaissance du droit de grève était proche. Elle a été effectivement assurée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel la Constitution du 4 octobre 1958 fait elle-même expressément référence. Le droit de grève, accordé à chacun mais exercé collectivement, est constitutionnellement reconnu. Cependant, malgré l'intervention du constituant, la reconnaissance du droit de grève s'avère difficile (§1), en raison notamment de la stricte prohibition du droit de grève des fonctionnaires proclamée par la juridiction administrative au début du XX^e siècle. Et, même si la reconnaissance de ce droit – sans

¹ H. SAKR, « « Grève et service public », *Revue Juridique de l'USEK*, n° 23, 2023.

² Voir aussi H. SAKR & S. BRACONNIER (dir.), *Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences du Conseil d'Etat libanais et du Conseil d'État français*, Université de Poitiers, 2008, p. 312.

³ C.E., 18 janvier 1963, Perreur, *rec.* 34 ; *D.* 1963, p. 233, concl. Méric.

exclusion d'aucune sorte – par le Préambule de la Constitution de 1946 et l'élargissement considérable du rôle et des activités de l'État joint à l'observation que de nombreux services publics sont gérés par des personnes de droit privé ont conduit, en définitive, le Conseil d'État à modifier sa jurisprudence relative à la grève en 1950, la reconnaissance de ce droit est demeurée limitée dans les services publics (§2).

Paragraphe 1. Une reconnaissance difficile

Pendant très longtemps, quelle que soit la structure politique de l'État, la grève fut réprimée comme délit pénal par les pouvoirs publics en place qui ne pouvaient tolérer une atteinte aussi grave à l'exercice de leur autorité. Cette idée est toujours consacrée par le texte de la loi au Liban comme nous allons le voir dans notre prochain article. Mais en France, avec la révolution industrielle, la grève va connaître, en l'espace d'un siècle, un formidable essor. Elle va rapidement devenir une réalité permanente de la vie sociale, autour de laquelle vont se polariser et se cristalliser bien des problèmes du monde du travail.

La conquête, amorcée dans le secteur privé, ce n'est que progressivement et bien plus tard qu'elle s'est étendue au secteur public. Ce décalage tient à ce que l'État et les collectivités publiques ont opposé une résistance plus ferme à leurs agents, soutenus en cela par la doctrine. C'est ainsi qu'Hauriou et Duguit stigmatisaient respectivement « *l'introduction de la lutte des classes dans l'appareil d'État*⁴ » ou « *les menées révolutionnaires d'extrémistes criminels*⁵ ».

L'opposition des uns et des autres reposait sur deux données : l'une est relative à la notion du service public, et l'autre à celle de la fonction publique.

La première réside dans le fameux principe de la continuité du service public. Quant à la seconde, elle procède à la fois de la subordination et de l'obéissance hiérarchique ainsi que de la situation juridique des fonctionnaires.

L'addition de ces deux données, qui en partie se recourent et en partie se complètent, conduit, en théorie, à une condamnation radicale de la grève dans les services publics. C'est d'ailleurs ce raisonnement qu'a adopté la jurisprudence, aussi, pendant longtemps, a-t-elle catégoriquement refusé de reconnaître le droit de grève aux fonctionnaires. Toutefois, les transformations intervenues après 1945 ont rendu difficile le maintien d'une jurisprudence

⁴ M. HAURIOU, note sous C.E., 7 août 1909, Winkell, S. 1909. 3. 145.

⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, l'État, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 3^e éd., 1903, T. III, p. 245.

aussi rigoureuse.

A. Le refus jurisprudentiel

Deux arguments, fondamentaux et complémentaires, se présentaient contre la reconnaissance du droit de grève aux fonctionnaires.

D'abord, la grève est en totale contradiction avec la notion de la subordination et de l'obéissance hiérarchique ; déjà, simplement pour cette raison, elle serait condamnable comme contredisant les données qui définissent la situation juridique des fonctionnaires. Ensuite, les activités érigées par l'État en service public l'ont été parce que les pouvoirs publics ont estimé qu'elles étaient essentielles à la vie de la nation et que, de ce fait, leur fonctionnement devait, dans l'intérêt général, être assuré sans interruption.

Ces deux arguments sont complémentaires. En effet, le second a pour conséquence d'étendre l'illicéité de la grève à tous les agents collaborant aux services publics, et non aux seuls fonctionnaires ; mais il est complété par le premier, car, si l'idée de continuité du service public est vraie par principe, il n'en reste pas moins que certaines grèves de fonctionnaires n'affectent pas la vie de la nation de manière aussi grave que certaines grèves du secteur privé ; alors intervient l'idée des exigences de la hiérarchie ou, plus généralement, de l'autorité de l'État.

Mais, quelle que soit la force juridique qui s'attache à ces arguments conjugués, force est de constater, à la lecture tant de la jurisprudence *Winkell* qui énonce l'interdiction de la grève dans les services publics que la jurisprudence postérieure qui la maintiendra pendant quarante ans, la complexité des motivations réelles du refus d'accorder le droit de grève aux fonctionnaires.

1. La jurisprudence *Winkell*

À la suite des grèves de mars 1909 dans l'administration des postes, conflits dont le motif était certes économique, mais au cours desquels le mot de « *grève générale* » fut fréquemment prononcé, le Gouvernement décida de réprimer le second de ces mouvements avec vigueur ; six cents fonctionnaires furent révoqués. Les mesures prises à leur encontre étant intervenues sans que leur dossier leur eût été préalablement communiqué, un certain nombre de fonctionnaires révoqués, dont le Sieur Winkell, formèrent des recours devant le Conseil d'État en invoquant la violation de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, qui imposait une telle communication avant toute mesure disciplinaire. La Haute Assemblée,

repreuant à son compte les conclusions du commissaire du Gouvernement Tardieu⁶, rejeta ces recours et dégagea, à cette occasion, le principe qui allait guider son action pendant de nombreuses années, à savoir l'interdiction du droit de grève pour les fonctionnaires. Mais, poser le principe de l'interdiction de la grève n'était pas suffisant, encore fallait-il trouver un fondement juridique à la possibilité pour l'administration d'évincer les grévistes : pour cela, le juge fit appel à la notion de contrat de fonction publique.

a. Le principe posé par l'arrêt

Le Conseil d'État confirme l'illicéité de la grève des fonctionnaires en ces termes : « *si elle (la grève) est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution 'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite [...]*⁷ ». Dans ces quelques mots, tout est dit, car le juge ne dispose, en réalité, d'aucune base solide pour énoncer cette interdiction, aucun texte ne prévoyant que les fonctionnaires soient privés du droit de grève reconnu en 1864. Le seul argument invoqué par le juge pour justifier cette interdiction est inspiré par l'idée mise en évidence par le commissaire du Gouvernement Tardieu dans ses conclusions « *la grève est en contradiction avec la notion même de service public* ». En fait, c'est cette dernière phrase qui permet de comprendre le raisonnement suivi par le juge dans l'arrêt Winkell. En effet, à l'époque où la décision fut prise, le droit administratif était entièrement construit autour de la notion de service public. Menacer les services publics constituait, par conséquent, un sacrilège aux yeux du juge administratif. Aussi, afin de protéger ceux-ci contre la grève, va-t-il invoquer un principe juridique spécifique au droit administratif : le principe de continuité du service public, qui fera l'objet d'une analyse ultérieure.

Il n'en reste pas moins que le principe posé par la Haute Assemblée n'est pas neutre, car, en refusant de reconnaître le droit de grève aux fonctionnaires, elle a fait un choix entre deux normes : elle a fait prévaloir la nécessaire continuité du service public sur le droit de grève dont le principe avait été consacré par la loi de 1864. Certes, il est normal que, dans l'hypothèse d'un conflit entre deux normes de même valeur, le juge fasse un choix entre elles. Mais, dans l'exercice de ce choix, il conserve néanmoins un pouvoir discrétionnaire, aucune règle, sinon jurisprudentielle, ne lui dictant la conduite à suivre. Aussi, d'après Mme Loschak « *le choix qu'il effectue fait place à des considérations politiques qui l'emportent parfois sur les considérations juridiques*⁸ ». Dans l'affaire Winkell, la thèse développée par cet auteur est

⁶ Concl. préc.

⁷ C.E., 7 août 1909, Winkell, préc.

⁸ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 1972, p. 126.

parfaitement vérifiée, puisque derrière le principe de continuité du service invoqué par le juge, c'est, en réalité, toute une conception politique qui apparaît en filigrane dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Tardieu: « *il faut que l'arrêt que vous allez rendre apprenne aux requérants, et en même temps à tous les fonctionnaires, que, pour eux, la grève, même quand elle n'est pas réprimée pénalement, est un moyen révolutionnaire auquel il leur est interdit de recourir* ».

L'interdiction du droit de grève aux fonctionnaires a donc été essentiellement dictée par des considérations d'opportunité. Il restait toutefois à la Haute juridiction à justifier juridiquement la révocation des fonctionnaires grévistes : c'est ce qu'elle fit par le biais de la notion de contrat de fonction publique.

b. Le contrat de fonction publique

L'arrêt Winkell du 7 août 1909 apparaît original en ce qu'il consacre la conception contractuelle de la fonction publique. En effet, il affirme qu'il existe entre le fonctionnaire et l'administration un contrat de droit public, que le commissaire du Gouvernement Tardieu qualifie, dans ses conclusions, de contrat de fonction publique, et qu'il distingue d'un simple contrat de droit privé : les parties ne traitent pas sur un même plan, puisque c'est l'État seul qui fixe dans l'intérêt du service public les clauses du contrat, les droits et obligations du fonctionnaire ; il se réserve aussi la possibilité de les modifier en cours d'exécution.

C'est sur cette fiction juridique que le juge administratif s'est appuyé pour justifier les modalités de la révocation du Sieur Winkell. À cet égard, le pouvoir déposé par celui-ci ne contestait pas une révocation en elle-même inattaquable ; il se fondait sur l'inobservation d'une garantie fondamentale : le droit à la communication du dossier. Pour repousser ce moyen, le Conseil d'État a fait siens les éléments les plus rigoureux des conclusions de rejet formulées par le ministre, et qui reposaient sur l'analogie. Toutefois, le ministre a sauté une étape dans son raisonnement, n'utilisant pas expressément la notion de contrat pour caractériser le lien qui unit le fonctionnaire à l'État. Cette lacune a été comblée par le juge administratif, puisqu'il estime, dans l'affaire Winkell, que les fonctionnaires grévistes « *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*⁹ ». Sur la base de ce raisonnement, la révocation du gréviste, sanction d'une faute disciplinaire, pouvait être valablement prononcée sans l'observation des garanties légales reconnues au fonctionnaire par le contrat

⁹ C.E., 7 août 1909, Winkell, préc.

qui le liait à l'administration, parce que lui-même n'avait pas observé les obligations auxquelles il s'était engagé.

Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse très poussée : le contrat de fonction publique n'est rien d'autre qu'un habile stratagème pour punir un « *agissement regrettable* » des fonctionnaires des services publics, la grève¹⁰. Car c'est bien de sanction qu'il s'agit. Le gréviste déjà passible de la révocation conformément au décret du 18 mars 1909, se voit, en outre, privé de la communication de son dossier par une décision qui ne repose sur aucun texte, la Haute juridiction estimant que la généralité des termes de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ne comprenait pas le cas de la grève. Cette interprétation fut d'ailleurs très critiquée par certains auteurs¹¹.

En définitive, ne trouvant aucun fondement à l'interdiction de la grève des fonctionnaires dans les textes, le juge s'est finalement tourné par analogie vers les solutions appliquées dans le secteur privé. Le Conseil d'État, dans l'arrêt Winkell du 7 août 1909, est arrivé à des conclusions comparables à celles des juridictions civiles. Cependant, elles sont inspirées par une idée juridique différente et supposant une condamnation plus sévère de l'attitude des fonctionnaires grévistes. En effet, la grève est licite dans le secteur privé, alors qu'elle est déclarée illicite dans le secteur public, une illicéité qui a pour conséquence de placer le fonctionnaire gréviste hors de la protection des garanties légales de son « *contrat de fonction publique* », en raison du caractère primordial du fonctionnement régulier et continu des services publics qui est incompatible avec une grève des fonctionnaires¹². De plus, si, dans les deux cas, la sanction des grévistes repose sur la rupture du contrat qui les lie à leur employeur, dans le secteur public, on ne conserve que ce qu'on ne peut pas supprimer : la bilatéralité ; par-là, on renie l'idée qu'en s'incorporant au Prince, le fonctionnaire perd de son individualité¹³. Mais on en extrait le caractère essentiel : l'égalité des cocontractants. L'État demeure seul maître pour définir la situation de ses fonctionnaires. Autrement dit, les pouvoirs publics acceptent volontiers que la situation des fonctionnaires soit parallèle à celle des salariés du privé, mais pas identique. Dans cette optique, le contrat de fonction publique ne doit s'analyser comme un lien juridique entre le fonctionnaire et l'État, mais plutôt comme une arme contre les grévistes. Cette analyse du contrat de fonction publique met ainsi en évidence le souci du juge de répondre aux spécificités de la fonction publique et

¹⁰ R. GRÉGOIRE, *La fonction publique*, Armand Colin, Paris, 1954, p. 33.

¹¹ « *C'est une pure affirmation que de dire, en l'absence d'un texte, qu'en se mettant en grève, les fonctionnaires se mettent hors la loi* », écrit Gaston Jèze en ajoutant que « *cette affirmation n'est qu'une manifestation de la raison d'État* », note sous C.E., 7 août 1909, Winkell, *RDP* 1909, p. 494.

¹² Le principe du fonctionnement continu et régulier des services publics constitue une limite à l'influence du droit privé, car une entreprise privée n'est pas tenue par les mêmes impératifs de continuité.

¹³ C. J. BONIN, *Principes d'administration publique*, T. I, 3^e éd., Paris, 1812, p. 147.

d'affirmer l'indépendance du droit administratif par rapport au droit privé. Cette tendance sera d'ailleurs confirmée, dans le domaine de la grève, par la jurisprudence postérieure.

2. *La jurisprudence postérieure*

Bien que le droit de grève leur ait été refusé par le Conseil d'État, les fonctionnaires continuèrent à recourir fréquemment à cette pratique afin de faire aboutir leurs revendications professionnelles. L'analyse des décisions permet de dégager essentiellement deux grandes caractéristiques de la jurisprudence de cette époque. D'une part, elle est totalement inchangeable, le Conseil d'État suivant scrupuleusement le principe de fond posé par la jurisprudence Winkell, d'autre part, la notion de contrat de fonction publique, qui symbolisait le lien unissant le fonctionnaire à l'administration, va être abandonnée, principalement en raison des vives critiques que lui adressait la doctrine.

a. **Une jurisprudence inchangeable**

Pour plus de quarante ans, le Conseil d'État ne va changer sa position. C'est ainsi que la Haute juridiction confirma sa position initiale dans l'arrêt du 6 août 1910, Almaric et autres¹⁴, puis Tichit et autres¹⁵ le 1^{er} mars 1912 ainsi que NOS et autres¹⁶ le 24 juin 1921.

Mais, ce ne sont là que des applications conformes à la logique juridique des principes posés par la jurisprudence Winkell. Le Conseil d'État tira aussi de ces principes d'autres telles que la possibilité pour le ministre de la Guerre d'appeler sous les drapeaux le personnel en grève d'un service de chemins de fer¹⁷, en vertu des pouvoirs dont il dispose pour assurer la Défense Nationale. Toutefois, en l'espèce, le juge estima qu'« *au-dessus des intérêts individuels les plus respectables, au-dessus des intérêts collectifs les plus sérieux et les plus justifiés, il y a l'intérêt général, le droit supérieur pour une société, pour une nation, d'assurer son existence*¹⁸ ». En présence d'une grève affectant un service public considéré comme essentiel pour les besoins non seulement civils, mais militaires de la nation, le Gouvernement avait donc le droit d'intervenir pour assurer la continuité de ce service, et ceci par tous les moyens dont il disposait. La position adoptée par le juge dans cette affaire témoigne indiscutablement d'une interprétation extrêmement large des pouvoirs du ministre de la Guerre, qui s'appuie

¹⁴ C.E., 6 août 1910, Almaric et autres, *rec.* 720.

¹⁵ C.E., 1^{er} mars 1912, Tichit et autres, *rec.* 303 ; *S.* 1913. 3. 137, note Hauriou.

¹⁶ C.E., 24 juin 1921, Nos et autres, *rec.* 620.

¹⁷ C.E., 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, *rec.* 875 ; *RDP* 1913, p. 506, concl. Helbronner, note Jèze ; *S.* 1914. 3. 1, concl. Halbronner, note M. Hauriou.

¹⁸ Concl. du commissaire du Gouvernement Helbronner, préc.

sur une notion extensive du service militaire¹⁹. En fait, c'est la situation à laquelle le Gouvernement avait à faire face, et la nécessité d'enrayer un mouvement pouvant entraîner des conséquences graves, qui ont conduit le juge à adopter cette interprétation extensive, et à valider une mesure qui aurait constitué, en d'autres circonstances, un détournement de pouvoir.

Dans une situation analogue, le Conseil d'État a admis qu'en présence d'une menace de désorganisation des services publics, le Chef de l'État avait pu, en toute légalité, réquisitionner par décret les fonctionnaires de ces services²⁰. Or, la loi du 3 juillet 1887 sur les réquisitions militaires était inapplicable dans l'affaire en question, n'ayant qu'un objet limité, et ne prévoyant pas de procédure de réquisition par décret. Mais, le juge a estimé que la désorganisation des services publics « *était susceptible d'avoir sur le ravitaillement et la vie matérielle de l'armée les plus graves répercussions* » et qu'en conséquence l'ordre de réquisition entraînait parfaitement dans le champ d'application – considérablement élargi par le juge – des pouvoirs du chef de l'État. Ainsi, l'existence de circonstances exceptionnelles, reconnues par le juge, a conduit celui-ci à interpréter de façon extensive la disposition constitutionnelle suivant laquelle le chef de l'État disposait de la force armée.

À la lumière de ces deux arrêts, nous remarquons que les circonstances de fait ont exercé une certaine influence sur l'interprétation que le juge donne d'un texte dont les termes sont susceptibles de revêtir une signification plus ou moins large. Et, en l'espèce, il a utilisé cette faculté pour franchir une nouvelle étape dans son combat contre la grève, puisque, dans les deux affaires en question, il s'agissait de valider non pas des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des fonctionnaires grévistes, comme cela avait été le cas dans l'affaire Winkell, mais des actes ayant pour but avoué de briser des grèves.

Ainsi, loin d'atténuer la rigueur des principes de la jurisprudence Winkell, le juge, au contraire, accrut la sévérité de sa jurisprudence qui ne vint plier sous le poids d'aucune considération, alors que, dans le même temps, des changements considérables s'opéraient au sein de la fonction publique²¹. Mais le juge refusait de prendre en considération ces évolutions et, comme le fait remarquer M. Quermonne²², on peut se demander ce que serait devenu ultérieurement l'état de droit positif, si la consécration législative des principes de cette jurisprudence par l'article 17 de la loi du 14 septembre 1941, portant statut des fonctionnaires²³, édictée par le Gouvernement de Vichy, n'avait causé directement leur

¹⁹ Cette notion incluant pour le juge le service des transports par chemins de fer, même en temps de paix.

²⁰ C.E., 5 décembre 1941, Sellier, *rec.* 208 ; *S.* 1942. 3. 25, note Mestre.

²¹ Personnel plus important, mouvement syndical plus puissant etc....

²² J.-L. QUERMONNE, « Le droit public prétorien de la grève », *D.* 1959, p. 13.

²³ Pour le texte de cet article voir *Dr. adm.* 1941, p. 483.

perle. Cependant, si les principes de la jurisprudence Winkell sont restés les mêmes durant plus de quarante ans, un élément du raisonnement du Conseil d'État a été abandonné.

b. La renonciation au contrat public

La jurisprudence Winkell édiflée sur la notion du contrat public, a été vivement critiquée par les publicistes français. Dès 1909, Hauriou notait qu'« *il est fâcheux que le Conseil d'État, qui jusqu'ici, avait évité de s'engager dans l'impasse du contrat public, s'y soit cru obligé dans notre affaire; l'idée du contrat ne pouvait manifestement le conduire à rien [...]* ». Et, faisant preuve d'une grande clairvoyance, il ajoutait « *le Conseil d'État s'est si bien aperçu lui-même de l'inefficacité de cette idée qu'il lui en a mêlé une autre. On peut [...] dégager la proposition suivante, [...] ' la grève est un acte illicite, constituant dans le refus de service concerté des fonctionnaires, alors que la continuité du service est essentielle à la vie nationale ; cet acte, à la fois collectif et illicite, le place en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice de leurs droits'. C'est dans cette seconde direction qu'il convient de chercher, en laissant de côté la thèse du contrat²⁴ ».*

Quelques années plus tard, sur le fondement de sa théorie de l'institution, Hauriou condamnera fermement la notion de contrat de droit public, en expliquant qu'« *Il n'y a, dans l'opération de recrutement des fonctionnaires, du moins à l'ordinaire, ni les éléments de forme, ni les éléments de fond d'un contrat, et, d'autre part, il y a bien plus qu'un contrat, il y a liens moraux faits d'avantages et de devoirs qui incorporent le fonctionnaire à sa fonction et par là à l'institution administrative²⁵ ».* De son côté, Duguit condamna, lui aussi, vigoureusement le recours au contrat pour définir la situation des fonctionnaires, estimant que « *dans la nomination des fonctionnaires, il y a concert de volontés, mais il n'y a pas contrat, parce que l'acte de volonté de l'État qui nomme n'est point déterminé par l'acte de volonté du fonctionnaire qui accepte, mais seulement par la nécessité d'assurer le fonctionnement du service public. Dès lors, l'acceptation est simplement la condition à l'arrivée de laquelle est subordonné l'effet de l'acte de volonté de l'État qui a nommé ; mais, comme tout acte conditionnel, cet acte de volonté est juridiquement parfait en lui-même²⁶ ».* Ainsi, la doctrine s'accordait à considérer que le lien unissant le fonctionnaire à l'administration n'avait pas un caractère contractuel, sauf pour la catégorie exceptionnelle de ceux que l'on appelait précisément les agents contractuels, et que l'agent se trouvait, par conséquent, dans une situation statutaire et réglementaire vis-à-vis de l'administration.

²⁴ Maurice HAURIU, note sous C.E., 7 août 1909, Winkell, S. 1909. 3. 145.

²⁵ M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^{ème} éd., Paris, 1921, p. 574.

²⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, p. 470.

À la suite de ces nombreuses critiques, le contrat de fonction publique n'apparaîtra plus qu'exceptionnellement dans la jurisprudence du Conseil d'État. Pour preuve de ce changement, nous pouvons citer l'arrêt Tichit du 1^{er} mars 1912²⁷ dans lequel la Haute Assemblée arrive aux mêmes résultats que dans l'arrêt Winkell, et cela sans avoir fait la moindre référence à la notion de contrat de fonction publique, ce qui amena Hauriou, dans sa note sur cet arrêt, à se féliciter de ce qu'il considérait comme un retour à la sagesse. Pourtant, il s'avéra ultérieurement que cette remarque était quelque peu prématurée. S'il est vrai que l'évolution législative et jurisprudentielle confirmait cette théorie, le droit de la fonction publique étant fait, de plus en plus, d'un ensemble de garanties, de droits et d'obligations, qui étaient fréquemment inscrits dans les textes ou résultaient de la jurisprudence du Conseil d'État, nous retrouvons ponctuellement, dans la jurisprudence du Conseil d'État postérieure, la notion de contrat de droit public. Et ce n'est finalement que le 22 octobre 1937, dans l'arrêt *Demoiselle Minaire et autres*²⁸, que le Conseil abandonna définitivement, dans sa jurisprudence relative à la grève des fonctionnaires, l'idée de la rupture d'un contrat de droit public, pour se borner à indiquer qu' « *en se mettant en grève, les agents préposés au service public ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés afin de garantir l'exercice des droits qui leur appartiennent à l'égard de la puissance publique* ». Le maintien de cette sévère jurisprudence suscita aussitôt d'assez âpres critiques non seulement parce qu'elle constituait précisément une méconnaissance des principes fondamentaux du droit public, mais encore parce que, rationnellement, elle se heurtait à une pétition de principe. Si le fonctionnaire est désinvesti des droits qui lui appartenaient à l'égard de la puissance publique, non seulement il est en dehors des lois, règlements et principes concernant l'application des garanties de procédure, mais *a fortiori*, il est en dehors des lois, règlements et principes concernant les sanctions disciplinaires elles-mêmes. En effet, il ne peut être à la fois en dehors des garanties disciplinaires et au-dessus du statut disciplinaire²⁹.

En définitive, depuis 1864, le débat sur la grève dans les services publics a été transféré du domaine pénal au domaine disciplinaire. Ce changement ne traduit en aucune façon un progrès ; il s'agit uniquement d'un transfert de compétences, car au risque d'emprisonnement s'est substitué le risque de privation d'emploi. Cette sévérité tient au fait que créateur de ces activités de service public, sous la forme et dans la mesure qu'exige

²⁷ C.E., 1^{er} mars 1912, Tichit et autres, préc.

²⁸ C.E., 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire et autres*, *rec.* 843, concl. Lagrange ; *RD* 1938, p. 121, concl. Lagrange, note Gaston Jèze ; *D.* 1938, 3, 49, conclusion Lagrange, note Charles Eisenmann ; *S.* 1940. 3. 13, concl. Lagrange. Voir, dans le même sens : C.E., 10 décembre 1943, Firdion, *rec.* 285.

²⁹ Charles Eisenmann, note préc.

l'intérêt général, l'État « se déjugerait s'il laissait qui que ce soit en altérer, ou en suspendre le cours. Expression et instrument de l'intérêt général, le service public se manifeste alors comme une activité intangible et toute atteinte qui lui est portée prend le sens d'une atteinte directe à l'État lui-même et les proportions d'un scandale, auquel il n'est pas seulement nécessaire, il est urgent de mettre fin³⁰ ». Ainsi s'explique le fait qu'émanant d'un fonctionnaire, la grève constitue une faute disciplinaire d'une gravité telle, que celui-ci se trouve hors statut et perd toute garantie disciplinaire, y compris celle de la consultation de son dossier. Rien, d'ailleurs, ne semblait devoir entraîner une modification des principes posés par la jurisprudence Winkell et Minaire. Pourtant – et malgré les oppositions légales et jurisprudentielles fondées sur le refus des autorités politiques – il était possible, dès cette époque, de noter une amorce de modification, liée, en partie, aux bouleversements mondiaux³¹ qui ont affecté la première moitié du XX^e siècle, et qui se traduira par l'inscription du droit de grève dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

B. Une consécration jurisprudentielle par le Conseil d'État

Dès 1947, l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État relative à la grève des fonctionnaires était prévisible, car, s'il est vrai que dans son arrêt du 28 avril 1947, Jarrigion³², la Haute juridiction a déclaré légale des mesures répressives prises en 1938 par le Gouvernement à l'égard d'un fonctionnaire de la SNCF, il ne faut pas perdre de vue le fait que la décision a été déclarée légale uniquement « en l'état de droit alors en vigueur » ; c'est donc admettre qu'il a changé. Mais, ce n'est que dans l'arrêt du 7 juillet 1950, Dehaene³³, que ce changement s'est réellement matérialisé, le Conseil d'État ayant officiellement consacré, à l'occasion de cette affaire, l'existence d'un droit de grève dans les services publics ; par cette démarche, le juge faisait incontestablement prévaloir un certain pragmatisme.

I. La jurisprudence Dehaene

Avant d'aborder le contenu même de l'arrêt, il serait judicieux de procéder à l'analyse du contexte dans lequel il a été rendu, afin de bien comprendre les motivations du

³⁰ R. LATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, Paris, 1972, p. 606-607.

³¹ D'une part, la grande crise économique de 1929, qui met en évidence les limites du système capitaliste et, d'autre part, les deux guerres mondiales qui accélèrent considérablement les mutations tant idéologiques que sociales et économiques.

³² C.E., 28 avril 1947, Jarrigion, *rec.* 148.

³³ C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, *rec.* 426 ; *RDP* 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline ; *S.* 1950. 3. 109, note J.D.V ; *D.* 1950, p. 538, note Gervais ; *JCP* 1950, II, 5681, concl. Gazier ; *Rev. adm.* 1950, p. 366, concl. Gazier, note Liet-Veaux.

juge dans la décision Dehaene.

a. Le contexte

En tranchant la question du droit de grève, l'attention du Conseil d'État a été attirée par deux éléments. Il s'agit d'une part, de la détérioration du climat social dans les services publics et, d'autre part, de la transformation de la jurisprudence relative au droit de grève dans le secteur privé.

En effet, après la Libération, le Gouvernement avait été soutenu par l'ensemble des syndicats qui tentaient une expérience de participation. Dans cette optique, les syndicats freinèrent globalement tout mouvement revendicatif et engagèrent leurs adhérents à ne compromettre en aucune façon l'effort de production, indispensable après la guerre. Mais, des conflits se développèrent, même dans les services publics. Face à ces débordements sociaux, Maurice Thorez lui-même, en tant que vice-président du Conseil, reconnu, en séance du Conseil Supérieur de la fonction publique, la légitimité de l'interdiction du droit de grève aux fonctionnaires³⁴. En 1947, éclatèrent des grèves mi-professionnelles et mi-politiques, mais dont la caractère politique devait finalement apparaître comme prépondérant. Certes, à l'origine, les considérations sociales eurent une place importante, car pour financer la reconstitution on avait demandé à tous les salariés de faire des sacrifices, notamment aux fonctionnaires. Cependant, le Gouvernement, hostile aux revendications, ne fit qu'envenimer le conflit par la fermeté de son attitude. Dès lors, les considérations politiques l'emportent, et les grèves semblèrent avoir essentiellement pour but de démontrer que le Gouvernement était dans l'incapacité de diriger le pays. D'ailleurs, face à l'étendue des grèves, le Président Ramadier devait déclarer qu'il y a une limite qu'un Républicain ne peut dépasser, au-delà de laquelle la liberté est perdue³⁵.

Si les conseillers d'État avaient encore, à ce moment-là, des doutes sur la nécessité de modifier leur jurisprudence, ceux-ci furent dissipés, eu égard à l'ampleur de l'agitation sociale qui s'était développée au sein de la fonction publique, et qui prouvait ainsi la totale inefficacité des principes posés par la jurisprudence Winkell pour enrayer, sinon limiter, les grèves du secteur public. Cette inefficacité était due pour une large part à une pratique, courante lors des grèves des fonctionnaires³⁶, qui consistait, pour les grévistes, à accepter de cesser leur mouvement à condition que les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre de certains d'entre eux soient levées, retirant de ce fait toute crédibilité et toute

³⁴ J. ROCHE, *La grève et le syndicalisme dans la fonction publique*, Éducation et Gestion, 1972, n° 29, p. 71.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Cette pratique était aussi en usage dans le secteur privé.

efficacité à une jurisprudence qui maintiendrait l'interdiction de la grève.

Mais, le climat social régnant dans les services publics n'est pas le seul motif ayant incité le juge administratif à reconnaître le droit de grève dans le secteur public. L'évolution de la jurisprudence du juge judiciaire relative à ce droit a, elle aussi, largement contribué à la transformation du droit public de la grève.

Au total, l'inefficacité des principes de la jurisprudence Winkell pour enrayer le flot de grèves qui submergeait le secteur public ainsi que les liens plus ou moins étroits qui existaient traditionnellement entre les solutions adoptées par le juge administratif et son homologue judiciaire en matière de grève ont certainement incité le Conseil d'État à rejeter les thèses extrêmes et à chercher une solution plus menacée ou plus « *libérale*³⁷ » vis-à-vis du droit de grève. Mais, si ces éléments « *concrets* » sont fréquemment invoqués par la doctrine pour expliquer l'attitude du juge dans l'arrêt Dehaene, il en est un autre, très peu évoqué, dont l'influence est certes plus difficile à évaluer, mais certainement pas négligeable : il s'agit du respect, par le juge, d'une volonté nationale exprimée lors du vote de la Constitution. Effectivement, bien que la formule de l'alinéa 7 du Préambule soit vague, l'intention d'affirmer un principe de portée générale n'en était pas moins certain, aussi le juge n'a-t-il sans doute pas cru possible d'en excepter la masse des fonctionnaires, puisqu'à cette manifestation de volonté, il ne pouvait opposer que l'autorité de sa propre jurisprudence ; autrement dit, à la reconnaissance d'un droit, il ne pouvait opposer que des considérations très relatives sur les nécessités de la vie nationale.

De la conjonction de tous ces éléments est né un arrêt dont le contenu est, en théorie, très voisin de la thèse soutenue par les requérants : le droit de grève est reconnu, cette reconnaissance a un effet immédiat, les fonctionnaires ne sont pas exceptés.

b. Le contenu

Seront successivement abordés les faits et le principe posé par l'arrêt Dehaene.

1°. Les faits

Le 13 juillet 1948, un mouvement de grève, à l'origine duquel se trouvaient des revendications d'ordre professionnel, se déclencha parmi les fonctionnaires des préfectures. Le ministre de l'Intérieur fit savoir, le jour même, que les fonctionnaires d'un

³⁷ Cette qualification est sévèrement contestée par certains auteurs ; notamment Danièle LOSCHAK, « La dégradation du droit de grève dans le secteur public », *Dr. soc.* 1976, p. 56.

cadre égal ou supérieur à celui de chef de bureau, qui se mettraient en grève devraient être immédiatement suspendus. La majorité des fonctionnaires ainsi visés cessa néanmoins le travail et ne le reprit qu'une semaine plus tard, lorsque leur syndicat leur en eut donné l'ordre. Les préfets prononcèrent, le 13 juillet, la suspension des chefs de bureau en grève ; lors de la reprise du travail, la suspension fut remplacée par un blâme. Le Sieur Dehaene, chef de bureau à la préfecture d'Indre-et-Loire, ayant fait grève, fut suspendu puis blâmé. Il intenta un recours contre la mesure disciplinaire le frappant, en soutenant que l'exercice du droit de grève, constitutionnellement consacré par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ne saurait s'analyser en une faute justifiant une sanction disciplinaire. Le Conseil d'État reconnut, sur la base du texte constitutionnel précité, que l'exercice du droit de grève était licite dans la fonction publique. Nous nous demandons ici si ce prétexte sera admis par le juge administratif en déclarant le texte de la loi prohibant la grève contraire aux dispositions de la Constitution libanaise !

2°. Le principe posé par l'arrêt

L'arrêt Dehaene posait la question suivante : les fonctionnaires peuvent-ils se prévaloir directement des dispositions de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? La réponse fournie par les conseillers d'État est fondée sur une interprétation, à la fois complexe et nuancée, de la formule de l'alinéa 7, qui va ouvrir une nouvelle ère dans les relations entre l'État et les fonctionnaires, dans la mesure où les juges vont reconnaître aux fonctionnaires la possibilité de recourir licitement à la grève.

En effet, la jurisprudence Dehaene constitue une rupture complète avec l'état de droit antérieur selon lequel la grève des fonctionnaires était toujours un acte illicite, puisque sa première proposition, qui est la base même du droit actuel et qui marque en même temps sa nouveauté, est celle-ci : il existe aujourd'hui un droit de grève dans la fonction publique ou, si l'on préfère, il existe des cas de grève licite des fonctionnaires.

Il faut bien comprendre la portée de cette affirmation ; ce n'est pas, contrairement à ce que certains pensent quelquefois, l'affirmation du droit de grève des fonctionnaires, mais seulement d'un droit de grève de ces personnels³⁸. Cette approche, que d'aucuns pourraient qualifier de restrictive, provient de ce que le Préambule de 1946 n'affirme en rien le droit de grève des fonctionnaires. La seule chose que l'on puisse dire, c'est qu'en faisant allusion au droit de grève, sans faire de réserve particulière à l'égard des fonctionnaires, ce texte implique que ceux-ci n'en sont pas, par leur seule qualité de fonctionnaires,

³⁸ A. DE LAUBADERE, « la grève et le service public », Rapport sur le droit français, Travaux de l'association Henri CAPITANT pour la culture juridique française, 1955, p. 272.

nécessairement privés.

Ainsi, le Conseil d'État a consacré dans l'arrêt DEHAENE l'existence d'un droit de grève dans la fonction publique, cette décision n'est pas accidentelle, puisque le 14 février 1951 dans les arrêts Geoffroy³⁹ et Dame Hélaïne⁴⁰ et le 2 juillet 1952 dans l'arrêt Demoiselle Mallet⁴¹, la Haute juridiction confirma son revirement jurisprudentiel en des termes identiques à ceux de l'arrêt Dehaene. Ce revirement de jurisprudence peut apparaître un peu surprenant eu égard aux nombreuses controverses qui entouraient le droit de grève et les textes qui le proclamaient. En fait, il semble que le juge ait fait preuve, sur cette question, d'un grand pragmatisme.

2. *Une jurisprudence pratique*

En effet, alors que d'autres solutions s'offraient aux juges, ces derniers ne cédèrent pas à la tentation de la facilité et les écartèrent les unes après les autres, car, contrairement à celle adoptée dans l'arrêt Dehaene, elles apparaissaient nettement moins réalistes, et surtout, risquaient de raviver des tensions sociales tout juste apaisées.

Parmi ces solutions, la plus plausible résidait dans le maintien de la jurisprudence Winkell telle qu'elle avait été entre 1909 et 1950. Pour soutenir cette solution, le juge pouvait estimer que le droit de grève, tel qu'il avait été reconnu par le Préambule, n'était pas applicable, dans la mesure où le législateur n'avait pas adopté la réglementation d'ensemble du droit de grève. Il suffisait alors, pour soutenir cette thèse, d'avancer qu'aucun texte n'étant venu l'abroger, la jurisprudence Winkell constituait la « *législation* » de la grève dans la fonction publique⁴². Le commissaire du Gouvernement Gazier a d'ailleurs indiqué dans ses conclusions⁴³ que le maintien des anciennes solutions serait « *en droit et en raison inattaquable* ». Néanmoins, il a proposé au Conseil d'État de les écarter pour deux motifs qui lui « *semblaient impérieux* ».

Le premier découlait de constatations répétées de la doctrine⁴⁴ selon lesquels il est de plus en plus contraire aux faits d'opposer les salariés privés aux fonctionnaires, alors

³⁹ C.E., 14 février 1951, Geoffroy, *rec.* 91.

⁴⁰ C.E., 14 février 1951, Dame Hélaïne, *rec.* 93.

⁴¹ C.E., 2 juillet 1952, Demoiselle Mallet, *rec.* 120.

⁴² André GERVAIS, note sous C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *D.* 1950, p. 538.

⁴³ François GAZIER, concl. sur C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *JCP* 1950, II, 5681.

⁴⁴ J. RIVERO, « La réglementation du droit de grève », *Dr. soc.* 1948, p. 62 ; A. DE LAUBADERE, « La grève et les service public ».

que leurs statuts tendent à se rapprocher et que la continuité de certaines entreprises privées⁴⁵ se révèle plus importante pour la vie nationale que celle de certains services publics⁴⁶.

Plus fort, sans doute, était le second motif allégué par le commissaire du Gouvernement pour abandonner la condamnation absolue de toute grève dans les services publics : le souci de l'efficacité de l'interdiction des grèves les plus nuisibles, souci qui commande de rester dans les limites du possible et de ne pas heurter de front les mœurs qui consacrent de plus en plus la généralisation de la grève. Tel était le souci du commissaire du Gouvernement lorsqu'il écrivait :

« Le moraliste et le citoyen peuvent le déplorer, le juge est tenu de le constater. Or, s'en tenir à une condamnation sans distinction de toute grève dans les services publics, n'est-ce point proclamer une pure interdiction de principe, qui, de par son absolutisme, perd toute vertu contraignante ? Or, votre jurisprudence, lorsqu'elle n'est pas le reflet imposé du droit écrit, n'a pas pour habitude de poser des principes dont il s'est avéré qu'ils ne seront pas ou qu'ils seront mal respectés⁴⁷ ».

En d'autres termes, c'étaient essentiellement des raisons pratiques et un souci de réalisme, que mettait en avant M. Gazier, lorsqu'il préconisait l'abandon de la condamnation absolue de toute grève dans les services publics. Ainsi, M. Gazier s'est fait l'écho des préoccupations doctrinales de défense de l'État et de son autorité⁴⁸, en déclarant « *impensable* » qu'une carence du législateur puisse entraîner automatiquement la licéité absolue de la grève dans tout service public où la loi ne l'aurait pas interdite. Admettre une telle solution aboutirait, en définitive, à « *ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et, comme, on l'a dit, à consacrer officiellement la notion d'un État à éclipses⁴⁹* ». Sensible aux diverses mises en garde qui lui étaient adressées, le Conseil d'État rejeta catégoriquement cette solution. Il n'en reste pas moins qu'il opta pour la reconnaissance du droit de grève, mais après avoir fermement établi la nécessité de limitations à la grève dans les services publics, même sans texte.

Pragmatiques, les conseillers d'État le furent encore lorsqu'ils eurent à se prononcer sur le problème de la valeur juridique du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Contrairement à l'approche d'une partie de la doctrine, le problème doit être abordé de façon

⁴⁵ Par exemple, les boulangeries, les entreprises de distribution de lait.

⁴⁶ Par exemple, les musées, la conservation des hypothèques.

⁴⁷ François GAZIER, concl. préc.

⁴⁸ Cf. J. RIVERO, note sous C.E., 18 juillet 1947, Jarrigion, S. 1948. 3. 33 ; du même auteur, « La réglementation de la grève », *Dr. soc.* 1948, p. 58 ; R.-E. CHARLIER, « Le droit constitutionnel de grève », *JCP* 1948, I, 729 ; du même auteur, « Y-a-t-il un droit de grève dans les services publics ? » *JCP* 1948, I, 837 ; G. MORANGE, « Les grèves et l'État », *D.* 1947, chron., 117.

⁴⁹ François GAZIER, concl. préc.

moins théorique et recevoir une réponse moins absolue, puisqu'on ne peut méconnaître la portée politique de ce document et la force des aspirations qu'il traduit. Le texte même de la Constitution, le Préambule a été soumis au referendum et approuvé. De ce fait, il est l'expression directe de la souveraineté nationale, et l'on accepterait difficilement, dans la structure politique française, qu'un juge se déclarât non disposé à le prendre en considération.

Conscient de cet aspect du problème, les conseillers d'État hésitèrent cependant quelque peu à reconnaître une force juridique au Préambule. En effet, dans le même temps où le Conseil d'État était amené à prendre position sur la valeur juridique du Préambule, il disposait que l'absence de la réglementation législative du droit de grève prévue par l'alinéa 7 du Préambule « *ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre [...] ; qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au gouvernement (sic), responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations*⁵⁰ ». La Haute Assemblée se trouvait dès lors dans une situation extrêmement embarrassante, car proclamer, au titre de norme constitutionnelle, le droit de grève, l'obligeait par là même à reconnaître à la seule loi vertu limitative. À défaut de toute disposition législative restrictive, la grève des fonctionnaires ne pouvait alors connaître aucune borne. Aussi, pour permettre précisément le jeu des restrictions administratives, le Conseil d'État préféra-t-il ne pas se prononcer expressément sur la valeur constitutionnelle du Préambule⁵¹ et voir dans les dispositions édictées par celui-ci une source d'inspiration plutôt qu'une source de droit⁵², conformément à l'argumentation persuasive de son commissaire du Gouvernement. À ce titre, la reconnaissance du droit de grève, comme de tout autre droit contenu dans le Préambule, constituerait une source capable d'alimenter la construction des principes généraux du droit plutôt que de prétendre constituer une disposition impérative d'application immédiate⁵³. En outre, cette solution offrait plus de souplesse dans la mise en œuvre des principes contenus dans le Préambule que la ventilation proposée par la doctrine.

En définitive, quelle que soit la motivation adoptée par la jurisprudence, il

⁵⁰ C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, préc.

⁵¹ Il convient de signaler ici que, dans une autre matière que la grève, le Conseil d'État a reconnu valeur de règle constitutionnelle au Préambule. En effet, dans l'arrêt du 7 juin 1957, Condamine, *RD* 1958, p. 98, la Haute Assemblée a visé « *la Constitution de la République française* » et, dans ses considérants, elle rappelle que le Préambule de la Constitution se « *réfère* » à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dont le requérant invoquait la violation.

⁵² Alors même que l'extension que donnait le Conseil d'État au droit de grève, dont il faisait bénéficier les fonctionnaires, témoignait en faveur de la constitutionnalisation de ce droit.

⁵³ Sur ce point, voir Maxime MIGNON, *D.* 1951, chron., p. 127.

convient de reconnaître la généralisation du droit de grève comme élément constitutif de la légalité. Néanmoins, si cette reconnaissance implique pour le droit de grève l'autorité qui s'attache aux lois constitutionnelles ou aux principes généraux du droit, il faut bien admettre le caractère précaire de sa portée pratique. L'on sait que, de jurisprudence constante, les tribunaux administratifs ne s'autorisent pas à contrôler la constitutionnalité des lois⁵⁴. La généralité d'une telle attitude devait nécessairement frapper l'autorité du droit de grève, comme de tout autre droit contenu dans la Constitution. Dépourvu de toute sanction juridictionnelle, celui-ci ne pouvait prétendre à prévaloir en fait sur quelque disposition contraire, pourvu qu'elle s'exprime en la forme législative⁵⁵. En ce qui concerne ce dernier point, le changement constitutionnel intervenu en 1958 a radicalement modifié la situation, car, il est vrai que par sa référence au Préambule de 1946 la Constitution du 4 octobre 1958 reconduit l'état du droit positif antérieur, la mise en place d'un organe, le Conseil constitutionnel, dont l'une des missions est le contrôle de la constitutionnalité des lois, a également contribué à renforcer l'autorité du droit de grève.

Mais, si, d'une manière générale, les juges administratifs et constitutionnel ont définitivement consacré la reconnaissance du droit de grève par leurs interventions respectives, ils ont aussi grandement contribué, par les réserves qu'ils ont émises à l'encontre de l'étude de ce droit, à en limiter la reconnaissance.

Paragraphe 2. Une reconnaissance limitée

En proclamant la licéité de la grève, le juge semblait avoir adopté une attitude libérale. Attitude d'ailleurs que certains auteurs avaient vivement critiquée, estimant qu'il avait « *consacré imprudemment un droit dont la mise en œuvre effective aboutirait à la négation de l'État*⁵⁶ ». Le Conseil d'État, effectivement, avait pris soin de préciser, dans l'arrêt Dehaene, que cette reconnaissance « *ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme tout autre [...]* ». Ainsi, le soi-disant libéralisme de la juridiction administrative s'avérait n'être qu'une simple apparence, car, en dépit de l'affirmation du droit de grève par la jurisprudence, il faisait l'objet, dans la pratique, d'importantes restrictions, à

⁵⁴ C.E., 6 novembre 1936, Arrighi, *rec.* 966 ; S. 1937. 3. 33, concl. Latournerie, note Mestre ; D. 1938, 3, 1, concl. Latournerie, note Eisenmann ; confirmé par C.E., 4 février 1949, Chambre syndicale des agents généraux de la Martinique, *rec.* 49 ; S. 1950. 3. 14.

⁵⁵ Le Conseil d'État a d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler solennellement dans un arrêt du 10 novembre 1950, Fédération nationale de l'éclairage et des forces motrices, *rec.* 548 ; S. 1951. 3. 10, note P. de F.R ; JCP 1951, II, 6075, concl. Agid ; *Dr. soc.* 1951, p. 591, note Rivero, en rejetant un recours formé par le Fédération nationale des personnels des industries électriques et gazières contre un décret du 8 mars 1950 portant réquisition, pris en vertu de la loi du 11 juillet 1938, dont la validité avait été prorogée.

⁵⁶ J. RIVERO, « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'État », *Dr. soc.* 1951, p. 591.

tel point qu'on a pu dire que la nouvelle construction jurisprudentielle du Conseil d'État demeurait un «*système antigrève*⁵⁷ » ou encore qu'elle «*avait fait reculer l'exercice licite de la grève au point où elle devient pour ses auteurs dépourvue d'intérêt*⁵⁸ ». Il faut préciser que le juge administratif se réfère implicitement à une certaine conception de l'État, dans laquelle les intérêts particuliers doivent parfois céder devant les exigences de la vie en société. En l'occurrence, les intérêts du fonctionnaire ne sont, certes, pas systématiquement négligés, mais il apparaît clairement que les rapports entre l'État et ses fonctionnaires sont condamnés avant tout par la nécessité de sauvegarder l'autorité de l'État et sa continuité, qui, seules, peuvent permettre à celui-ci de remplir sa mission d'intérêt général. Le fait que les fonctionnaires participent à titre privilégié à cette mission d'intérêt général explique qu'ils soient soumis à un régime particulièrement sévère en matière de grève. Les moyens utilisés par le juge administratif pour parvenir à ce résultat, c'est-à-dire pour restreindre la portée du droit de grève sont extrêmement divers, mais nous ne nous intéressons qu'à ceux qui entrent dans le cadre réglementaire de ce droit.

Ainsi, la première question qui se pose est de savoir si le juge administratif ayant constaté la carence des textes, en la matière, lui appartenait-il de procéder à la détermination de cette réglementation ? Normalement, sa tâche principale consiste à interpréter la volonté du législateur.

Mais, en aucun cas, sa fonction ne se limite à cette unique tâche. Dans les situations extrêmes, le juge peut très bien aller jusqu'à suppléer au silence des textes. «*Son devoir est, en effet, quand ceux-ci sont muets, de donner une forme et une voix, ainsi qu'une force exécutoire à cette communauté de sentiments, sinon d'idées qu'à défaut d'un terme plus précis, on nomme la conscience collective* »⁵⁹. Fort de cette certitude, le juge a estimé qu'il devait être procédé à l'élaboration d'une réglementation du droit de grève dans les services publics, étant entendu que par réglementation, il n'entendait pas «*faciliter* » l'exercice du droit de grève mais plutôt réduire les possibilités de grève. C'est d'ailleurs dans cette optique que le Conseil d'État a déterminé les conditions dans lesquelles serait réglementé le droit de grève dans les services publics, à savoir, d'une part les fondements susceptibles de justifier l'élaboration d'une telle réglementation et, d'autre part, l'autorité compétente pour édicter cette réglementation.

⁵⁷ A. GERVAIS, note sous C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *D.* 1950, p. 538.

⁵⁸ J.-L. QUERMONNE, « Le droit prétorien de la grève », *D.* 1959, chron., 13.

⁵⁹ R.vLATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, Sirey, Paris, 1972, p. 17.

A. Le fondement de la réglementation

Même lorsque le droit de grève s'exerce dans le cadre délimité par le juge administratif, c'est-à-dire lorsque la grève est licite, le Conseil d'État estime que ce droit doit faire l'objet d'une réglementation, démarche qui est d'ailleurs parfaitement conforme au souhait émis par le Constituant de 1946. Mais, dans l'arrêt Dehaene, ayant constaté que le législateur, auquel le Constituant avait confié la tâche de réglementer le droit de grève était défaillant, le Conseil a estimé qu'il était de son devoir d'intervenir, car, fidèle à sa tradition de gardien de l'intérêt public, il ne pouvait laisser les responsables de la vie nationale désarmés en face des nombreuses grèves qui se développaient dans les services publics. Il lui restait toutefois à trouver les fondements susceptibles de justifier son intervention dans la réglementation du droit de grève. Le juge a choisi le premier de ces fondements dans les règles spécifiques auxquelles obéissent les services publics : il s'agit du principe de continuité.

Il s'agit d'un fondement classique, car, dès l'arrêt Winkell⁶⁰, il a été invoqué, non pas pour réglementer l'exercice du droit de grève, mais pour l'interdire. Assouplissant sa jurisprudence en 1950, le Conseil d'État se réfère cependant à nouveau au principe de continuité, mais cette fois, afin de justifier la nécessité d'une réglementation de la grève dans les services publics. Le choix de ce principe peut paraître paradoxal, néanmoins, il traduit bien l'état d'esprit qui anime, à cette époque, le juge administratif. Ainsi, les limitations d'origine non-législative apportées au droit de grève, droit constitutionnellement reconnu, ne seront licites que si elles ont pour but d'assurer la continuité des services publics, ce qui, tout naturellement, conduit à s'interroger sur la valeur juridique de ce principe, de même que sur la méthode employée pour résoudre la contradiction qui existe entre ce principe et la liberté du droit de grève, à savoir le choix du principe de la conciliation.

1. La valeur juridique du principe de continuité

La date charnière dans la résolution du délicat problème de la valeur juridique du principe de continuité est le 25 juillet 1979. Avant cette date régnait autour de la valeur juridique de ce principe une relative incertitude, qui ne pouvait que nuire à son autorité. Il était d'ailleurs permis, à première vue, de douter de son caractère contraignant, notamment au regard de la vie agitée de nombre de services publics. La décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979 relative à l'exercice du droit de grève à la radiodiffusion-

⁶⁰ C.E., 7 août 1909, Winkell, *rec.* 826.

télévision française⁶¹, bien qu'elle ait levé tous les doutes qui subsistaient encore quant à la valeur juridique du principe de continuité, ne semble toutefois pas avoir inversé cette tendance.

L'origine du principe de continuité laisse pressentir une souplesse d'utilisation peu en accord avec des tentatives de classification rigide. Rivero rattachait en 1937 ce principe « à la nature des choses⁶² ». M. Latournerie parle de principe « élaboré à partir de données brutes⁶³ ». Par conséquent, il ne faut pas s'étonner qu'une telle filiation rende difficile la classification juridique de la continuité au sein des normes traditionnelles. M. Gilli a d'ailleurs clairement exprimé la difficulté de l'entreprise : « Si l'on s'en tient simplement aux aspects administratifs de la continuité, on constate que l'on n'est pas toujours en présence de cette norme obligatoire dont le juge sanctionne la violation par l'administration qui correspond à l'image généralement reçue des principes généraux du droit, car si la continuité intervient parfois en tant que norme véritable, dans de nombreux cas, au contraire, elle n'apparaît que comme simple idée directrice d'une jurisprudence prétorienne⁶⁴ ». En effet, la nécessité impérieuse de la continuité du service public doit s'imposer, selon les circonstances, à toutes les normes juridiques susceptibles de la mettre en péril. Lui conférer une place fixe, c'est la priver d'une partie de son efficacité. D'ailleurs, pendant fort longtemps, le juge administratif s'est bien gardé de procéder à une telle opération. Ayant « investi », selon l'expression de M. Jeanneau⁶⁵, le principe de continuité, il s'en est servi pour mener bataille contre les périls encourus par ce dernier, quelle que soit la valeur juridique des textes qui les incarnaient. Ainsi, selon les circonstances, le juge opposa victorieusement le principe à la loi, ou, au contraire, élabora un compromis. Le contentieux de la grève dans les services publics est, à cet égard, très révélateur : la jurisprudence Winkell – Minaire⁶⁶ fit échec à l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, quelle que soit la généralité des termes de cet article, le législateur n'a pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé cette prescription⁶⁷ ». La Haute Assemblée maintint sa position jusqu'à l'avènement de la IV^e République⁶⁸. L'évolution sociale contribua ensuite à l'élaboration d'une jurisprudence de

⁶¹ C.C, décision n° 79-105 du 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision, *rec. const.*, p. 33 ; *JCP* 1981, II, 19547, note J.C Beguin ; *RDJ* 1980, p. 1705, note Favoreu ; *D.* 1980, p. 333.

⁶² Jean RIVERO, note sous C.E., 7 février 1936, *Jamart*, *S.* 1937. 3. 113.

⁶³ Roger LATOURNERIE, *Livre jubilaire du Conseil d'État*, p. 105.

⁶⁴ J.-P. GILLI, *La continuité des services publics*, PUF, Paris, 1973, p. 9.

⁶⁵ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954, p. 107.

⁶⁶ C.E., 7 août 1909, Winkell, *rec.* 826 et 22 octobre 1937, Demoiselle Minaire, *rec.* 843.

⁶⁷ C.E., 7 août 1909, Winkell, *préc.*

⁶⁸ C.E., 18 avril 1947, Jarrigion, *S.* 1948. 3. 33.

compromis, avec pour point de départ la décision Dehaene.

Le caractère prétorien du principe de continuité ne le dispose donc guère à la systématisation doctrinale. Pourtant, un effort louable fut entrepris par l'ensemble de la doctrine afin d'harmoniser les positions des divers auteurs et d'attribuer à la continuité une valeur juridique déterminée. Cet effort ne fut pas vain, puisqu'avant que n'intervienne la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979, la doctrine considérait généralement que le principe de continuité du service public était un principe général du droit. En conséquence, il avait une valeur infra-législative et supra-décrétale, selon la qualification de M. Chapus ; autrement dit, l'administration devait scrupuleusement le respecter. Mais cette solution, si elle était techniquement satisfaisante, était politiquement contestable, car elle cachait mal les difficultés soulevées par « *la souplesse du principe de continuité* » qui « traduit [...] *sa forte densité politique*⁶⁹ ».

Une solution techniquement satisfaisante, car, jusqu'en 1958, il n'existait pas, en droit public français, un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois. En d'autres termes, reconnaître au principe de continuité du service public une valeur constitutionnelle ne présentait aucun intérêt sur le plan de la technique juridique, aucune procédure ne permettant de contraindre le législateur à le respecter. Le respect de ce principe ne pouvait, par conséquent, être assuré qu'à l'échelle de l'administration, le juge administratif pouvant censurer par la voie de l'excès de pouvoir les actes administratifs, y compris les décrets y portant atteinte, étant entendu, que dans cette hypothèse, il importe peu que le principe de continuité ait une valeur constitutionnelle, car il suffit pour sanctionner ces actes de lui reconnaître la valeur d'un simple principe général du droit. Cette solution n'était pas seulement satisfaisante du point de vue procédurale ; elle l'était également par rapport au droit de grève, puisqu'à l'occasion de l'arrêt Dehaene, le Conseil d'État a vu dans les dispositions édictées par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, une source d'inspiration plutôt qu'une source de droit. À ce titre, la reconnaissance du droit de grève, comme de tout autre droit reconnu dans ce texte, constituerait une source capable d'alimenter la construction de principes généraux du droit plutôt que de prétendre construire une disposition impérative d'application immédiate. Ainsi, de nature normative, le droit de grève serait intégré parmi les principes généraux du droit et pourrait entrer en concurrence avec d'autres principes, sans qu'il soit indispensable pour ceux-ci de se trouver formellement reconnus par la Constitution. Tel est le cas pour le principe de continuité du service public.

Mais, si cette solution est techniquement satisfaisante, elle est politiquement

⁶⁹ J.-M. BOLLE, *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris, 1975, p. 301.

contestable. En effet, lorsqu'on relit attentivement les conclusions des commissaires du Gouvernement sur les décisions du Conseil d'État du 7 août 1909, Winkell⁷⁰ et du 7 juillet 1950, Dehaene⁷¹, et que l'on procède à l'analyse de ces deux arrêts, on est rapidement convaincu de la valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public.

D'une part, la lecture des conclusions du commissaire du Gouvernement Tardieu met en évidence que le principe de continuité des services publics possède une véritable valeur constitutionnelle. L'État est une collection de services publics. Toute atteinte à leur continuité constitue par là même une atteinte à l'un des caractères les plus importants de l'État, à savoir la continuité. Il ne peut pas y avoir continuité de l'État sans continuité d'un certain nombre de services publics. Dès lors, la continuité des services publics apparaît comme un principe à valeur constitutionnelle. On retrouve la même solution dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Gazier, mais dans un contexte différent, puisque l'arrêt Dehaene datant de 1950, la solution préconisée par le commissaire du Gouvernement a été influencée par les dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui ont été interprétées comme ayant reconnu le droit de grève aux fonctionnaires. M. Gazier, dans ses conclusions, fait référence à une idée qui montre clairement que, dans son esprit, le principe de continuité du service public a une valeur constitutionnelle. Il estime effectivement « *qu'admettre sans restriction la grève des fonctionnaires, ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et consacrer officiellement la notion d'un État à éclipses*⁷² ». L'idée d'État est donc consubstantielle à l'idée de continuité.

D'autre part, les arrêts aboutissent à reconnaître au principe de continuité du service public une valeur constitutionnelle. Ainsi, dans l'arrêt Winkell du 7 août 1909, le Conseil d'État part de l'idée que toute atteinte à la continuité des services publics du fait de la grève des fonctionnaires aboutit à placer ceux-ci en dehors des garanties prévues par la loi. Pour que le juge administratif n'hésite pas à écarter des règles de valeur législative au nom du principe de continuité, c'est qu'il estime que ce principe a une valeur supérieure à la loi, c'est-à-dire qu'il a une valeur constitutionnelle. Cette opinion est d'ailleurs partagée par Hauriou qui, dans sa note sous l'arrêt Winkell, défendait l'idée de l'inconstitutionnalité de la loi de 1905, consacrant le droit des fonctionnaires à communication du dossier : « *il s'agira plutôt d'une contradiction entre la loi et les conditions nécessaires d'existence de l'État, dont on peut dire qu'elles sont plus fondamentales encore que les règles positives de la constitution*

⁷⁰ S. 1909. 3. 125, concl. Tardieu, note Hauriou.

⁷¹ RDP 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline.

⁷² François GAZIER, commissaire du Gouvernement, concl. sur C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, JCP 1950, II, 5681.

*écrite*⁷³ ». Enfin, dans l'arrêt du 7 juillet 1950, Dehaene, le Conseil d'État affirme la nécessaire conciliation de la continuité du service public et du droit de grève. Or, une telle affirmation n'a de sens que si les deux principes en cause ont la même valeur juridique. Toutefois, à cette époque, subsistaient de sérieux doutes quant à la valeur constitutionnelle des dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. En revanche, à partir de 1958, il est manifeste que le contenu du Préambule de la Constitution de la V^e République a valeur constitutionnelle, ce qui, d'ailleurs, sera confirmé par le Conseil constitutionnel dans la décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association⁷⁴. La valeur constitutionnelle du droit de grève étant par conséquent indiscutable, il ne peut y avoir conciliation entre ce droit et le principe de continuité que si ce dernier possède une valeur constitutionnelle. Waline ira plus loin encore, affirmant la valeur supra-constitutionnelle du principe de continuité. Sa thèse s'appuie sur la nature de droit coutumier du principe : « *Tout se passe comme si pour le Conseil d'État, il existait au-dessus des lois écrites, même constitutionnelles, un principe supérieur de droit coutumier*⁷⁵ ».

La solution appliquée jusqu'en 1979 ne pouvait donc manifestement pas donner satisfaction aux juristes, et l'intervention du législateur en 1972 dans ce débat n'a pas contribué à clarifier la situation. Certes, en faisant passer la continuité du rang incertain de principe général du droit à celui d'obligation légale, l'autorité législative a permis un accroissement de l'autorité du principe de continuité, néanmoins il subsiste toujours un décalage important dans l'échelle des valeurs juridiques entre le droit de grève et la continuité du service public, décalage qui ne disparaîtra définitivement qu'avec la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979, puisque c'est à cette occasion que la Haute autorité affirmera clairement la valeur constitutionnelle du principe de continuité.

Au-delà de la nécessité fondamentale pour la vie des services publics, et plus largement de l'État, il était, du point de vue strictement juridique, indispensable que le principe de continuité des services publics se voit attribuer une valeur constitutionnelle, afin que la conciliation entre cette règle et le droit de grève soit possible, car deux notions ne sont conciliables que si elles ont une valeur juridique identique.

⁷³ Maurice HAURIUO, note sous C.E., 7 août 1909, Winkell, *S.* 1909. 3. 145 ; par la suite, développant le point de vue exprimé dans cette note dans l'édition de 1929 de son précis de Droit constitutionnel, Hauriou soutient que les principes juridiques supérieurs qui dirigent l'activité du juge se placent au-dessus des lois écrites, se rapprochant sur ce plan de la « *Common law* ».

⁷⁴ C.C, décision n° 71-44, du 16 juillet 1971, Liberté d'association, *rec. const.* p. 29 ; *AJDA* 1971, p. 537, note Rivero ; *JCP* 1971, II, 16823, note X. ; *RDP* 1971, p. 1171, obs. Jacques Robert.

⁷⁵ Marcel WALINE, note sous C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *RDP* 1950, p. 691.

2. *La conciliation du droit de grève et du principe de continuité*

Le propre de la grève étant d'interrompre l'activité qu'elle affecte, l'introduire dans les services publics revenait à les atteindre dans leur essence même, dans la condition primordiale de leur institution. Il est donc indiscutable que, saisie de la question, la juridiction administrative se trouvait devant une contradiction flagrante entre le droit de grève dans les services publics et la notion de leur continuité. Pour résoudre ce problème, le Conseil d'État a opté pour la technique de la conciliation que M. Hamon définit « *comme un accord réalisé entre les prétentions différentes sinon opposées pour lesquelles on aurait découvert un terrain d'entente, une possibilité de rencontre, de convergence sinon d'harmonie rétablie grâce à laquelle les deux volontés peuvent avoir satisfaction en même temps*⁷⁶ ». L'idée de conciliation, dont le principe a été posé pour la première fois par le juge administratif dans l'arrêt Dehaene du 7 juillet 1950, et confirmé par le juge constitutionnel dans la décision du 25 juillet 1979, n'est pas sans poser de nombreux problèmes, dans la mesure où les deux notions de continuité du service public et de droit de grève sont manifestement antinomiques. En d'autres termes, ce qui sera donné à la continuité sera nécessairement retiré au droit de grève, et inversement ; par conséquent, la prétendue conciliation ne peut être, en réalité, qu'un arbitrage dosant les sacrifices imposés à l'un et l'autre des intérêts en présence. Une fois ce constat fait, le problème qui se pose alors est de savoir si les sacrifices imposés par le juge à ces deux notions sont égaux ou si, au contraire, il a tendance à favoriser l'une des deux notions par rapport à l'autre. On peut considérer que, dans l'arrêt Dehaene, le Conseil d'État a concilié de façon assez équitable les deux notions, en reconnaissant le droit de grève aux fonctionnaires, il a imposé un sacrifice au principe de continuité ; en contrepartie, il a estimé que le droit de grève ferait l'objet d'une réglementation, ceci afin d'assurer un minimum de continuité dans les services publics. Dans la pratique, cette solution pouvait aboutir à l'interdiction du droit de grève à certaines catégories de fonctionnaires, mais, dans de telles hypothèses, le juge veillait à ce que ces fonctionnaires soient indispensables au fonctionnement du service, et restreignait ainsi au maximum les catégories de personnel visées par les interdictions. Toutefois, cette conciliation relativement équilibrée entre la continuité du service public et le droit de grève des fonctionnaires ne se retrouva pas systématiquement dans les décisions ultérieures du Conseil d'État. L'évolution jurisprudentielle révéla, dans certains cas, notamment lors de décisions relatives au service minimum à la radio et à la télévision, des solutions peu favorables au droit de grève.

Certes le Conseil constitutionnel a estimé, dans sa décision du 25 juillet 1979, que la conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public ne justifiait pas, dans les

⁷⁶ L. HAMON, « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage », *D.*1980, p. 333.

sociétés de programme, la remise en cause du premier, la continuité n'apparaissent pas, dans ce cas, comme une nécessité absolue, mais comme une exigence relative qui devrait se traduire dans la notion de service minimum. Autrement dit, il y a ici une conciliation équilibrée entre les deux notions. Il n'en reste pas moins que la Haute juridiction prévoit expressément que « *les limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* ». Le juge constitutionnel a bien évidemment entouré sa proposition d'un certain nombre de garde-fous. Il exige notamment qu'il existe des motifs sérieux, c'est-à-dire que l'interruption du fonctionnement du service public concerné soit de nature à compromettre les besoins essentiels du pays⁷⁷, pour que la conciliation incombant au législateur puisse aller jusqu'à la mise en cause du droit de grève. Néanmoins, la solution proposée par le Conseil tend indéniablement à limiter la portée du droit de grève, car les critères qu'il retient pour apprécier les besoins essentiels du pays semblent faire l'objet d'une interprétation très large. En effet, jusqu'en 1979, une continuité absolue ne pouvait être imposée dans un service que lorsqu'il s'agissait de préserver la sécurité publique ou l'action indispensable du Gouvernement ; or, le Conseil a accepté que le législateur impose dans les services publics de diffusion une continuité absolue, alors que, dans la grande majorité des cas, ces services ne mettaient nullement en cause la sécurité publique et n'entravaient aucunement l'action indispensable du Gouvernement. Le seul motif, qui, à la limite, pouvait être utilement invoqué, était la nécessité, pour les pouvoirs publics, d'avoir un contact avec la population pour lui faire, dans certaines circonstances spécifiques, des communications ; mais, même cet argument ne justifiait pas une continuité absolue des services de diffusion. D'aucun de rétorquer que « *juger des besoins essentiels du pays est une question bien plus politique que juridique ou, en termes du droit administratif, une question d'opportunité et non de légalité. Le Conseil Constitutionnel (sic) a préféré ne pas prendre partie. Exerçant une certaine autolimitation, il a laissé au législateur la liberté et la responsabilité - politique - d'en décider* »⁷⁸. Mais, l'auteur admet volontiers que les conséquences d'une telle attitude peuvent s'avérer graves pour le droit de grève, dans la mesure où ériger la continuité en norme juridique constitutionnelle tout en laissant au législateur le soin de dire quels sont les besoins essentiels du pays conduit, en l'espèce, à admettre des restrictions sensibles au droit de grève à la radiodiffusion-télévision et, à l'avenir dans d'autres services publics. C'est précisément sous cet angle que la décision du Conseil prête le flanc à la critique et justifie, après coup, la remise en cause du principe de la conciliation par le législateur et, par conséquent, le « grignotage » du droit de grève dans les services publics. D'ailleurs, d'après

⁷⁷ Cette condition, qui n'est pas sans rappeler le régime de la réquisition (Cf. C.E., 24 février 9161, Isnardon, *rec.*150.) est sous-jacente dans les lois qui, avant 1979, ont interdit le droit de grève dans certains services publics.

⁷⁸ C. LEYMARIE, « Le droit de grève à la Radiodiffusion- Télévision française », *Dr. soc.* 1980, p. 7.

M. Paillet, « *la position du Conseil reflète la disgrâce dans laquelle se trouve actuellement le droit de grève, au moins en ce qui concerne les services publics*⁷⁹ ». Cette disgrâce a été, dans une certaine mesure, confirmée par deux décisions du Conseil constitutionnel qui génèrent de nouveaux fondements permettant de réglementer l'exercice du droit de grève dans les services publics.

B. L'autorité compétente pour édicter la réglementation

Dès les premières années de la IV^e République, l'administration, consciente des difficultés rencontrées par l'autorité législative et confrontée à un quasi *vide juridique* dans le domaine de la grève, a, selon une pratique devenue courante, décidé d'interdire par avance la grève. Ainsi, un certain nombre de fonctionnaires dont les fonctions sont précisées et dont la présence est jugée indispensable pour conserver dans le service une certaine continuité sont privés du droit de grève par arrêté ou circulaires. Saisi à l'occasion des sanctions prononcées à l'encontre des fonctionnaires grévistes en application de ces dispositions réglementaires, le juge a admis la légalité d'une telle pratique dans l'arrêt Dehaene ; autrement dit, il a reconnu la compétence du Gouvernement pour réglementer le droit de grève des fonctionnaires. Mais, au-delà de ce principe, on sera amené à s'interroger sur le contenu même de la notion de Gouvernement, le Conseil d'État ayant, par une série d'arrêts nuancés, procédé à une extension de la solution posée dans l'arrêt Dehaene.

1. La compétence du Gouvernement

Elle est exposée par le Conseil d'État dans l'arrêt DEHAENE en ces termes : « *En l'absence de cette réglementation (légale), la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public, qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au Gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations*⁸⁰».

Pour fonder ce pouvoir autonome de l'exécutif, le juge l'a fait découler de la compétence naturelle du Gouvernement pour prendre les mesures nécessaires « *au bon fonctionnement des services publics* », parce qu'il en est « *responsable* ». Autrement dit, sa compétence résulte de ce qu'il doit discipliner la grève dans les services publics, afin qu'elle ne nuise pas à leur fonctionnement. Cette compétence n'est pas sans rappeler celle

⁷⁹ M. PAILLET, note sous C.C, 25 juillet 1979, *D.* 1980, p. 101.

⁸⁰ C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *rec.* 426.

du ministre dans son service, dont le principe a été posé dans l'arrêt du Conseil d'État du 7 février 1936, Jamart⁸¹ en ces termes : « *même au cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité* ». Mais cela n'a pas suffi pour conférer à la décision du Conseil une autorité incontestable, aussi a-t-il dû donner à ce pouvoir autonome de limitation de la grève un autre fondement : « *l'état de la législation* », c'est-à-dire souligner la carence du législateur en ce domaine. Toutefois, il s'agit là d'un pouvoir normatif exceptionnel et temporaire, simplement supplétif. Les conclusions du commissaire du Gouvernement Gazier⁸² étaient d'ailleurs très nettes sur ce point : « *Dans l'attente de la réglementation qu'il appartient au législateur d'édicter, l'autorité exécutive tire des nécessités du maintien de l'ordre public le pouvoir d'en limiter l'exercice sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir* ». Ce deuxième fondement était indispensable, dans la mesure où le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que le droit de grève sera réglementé par les lois, de telle sorte que l'exécutif serait normalement privé, en ce qui concerne la grève, de son pouvoir autonome de réglementation interne du fonctionnement des services publics. Il s'agit là d'une matière attribuée par la Constitution à la loi, et où l'exécutif ne pourrait donc, en principe, prendre qu'une réglementation complémentaire subordonnée. Seule la nécessité résultant des exigences du service public combinées avec la carence du législateur peut justifier son intervention spontanée.

À ces deux fondements invoqués par le Conseil d'État, afin de justifier la compétence du Gouvernement pour réglementer le droit de grève, doivent être rajoutées quelques considérations qui souligneront l'intérêt de cette solution.

Tout d'abord, il est nécessaire de préciser que la démarche adoptée par la Haute Assemblée n'est pas exceptionnelle, car le pouvoir dont est investi le Gouvernement n'est pas sans rappeler celui qu'elle a accordé au chef de l'État en matière de police générale⁸³. Sur ce point, l'arrêt Dehaene apparaît conforme à l'esprit de la jurisprudence administrative.

Ensuite, il faut garder à l'esprit que la compétence reconnue au législateur par le constituant est limitée, notamment depuis 1958. En effet, d'une part, il est tenu de respecter le domaine réservé au constituant. En ce sens, on ne peut plus parler de compétence exclusive, puisque seul le constituant peut abroger un principe créé par lui. Le législateur étant tenu de respecter cette supériorité, il est, par conséquent, simplement autorisé à limiter la portée du principe en question. D'autre part, et c'est là l'aspect le plus important de la démonstration eu égard à la nature du problème évoqué dans ce paragraphe, dans une

⁸¹ C.E., 7 février 1936, Jamart, *rec.* 172 ; S. 1937. 3. 113, notre Jean Rivero.

⁸² *Dr. Soc.* 1950, p. 317, concl. François Gazier.

⁸³ C.E., 8 août 1919, Labonne, *rec.* 737.

jurisprudence désormais bien établie⁸⁴, le Conseil constitutionnel s'est attaché à tracer la frontière entre les matières législatives et réglementaires. Il en résulte que, même lorsque la réglementation d'une matière incombe à la loi, sa mise en œuvre relève du règlement. D'aucuns n'ont toutefois pas manqué de souligner que la compétence législative dans le domaine de la grève relevait directement du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Or, il résulte de la formulation des dispositions de l'alinéa 7 de ce texte que la réglementation de l'exercice du droit de grève est totalement confiée au législateur. Cependant, dans sa décision du 25 juillet 1979⁸⁵, le Conseil constitutionnel a estimé que, conformément à la répartition des compétences opérées entre le domaine de la loi et celui du règlement par la Constitution, la loi peut parfaitement confier au Gouvernement le soin de déterminer les modalités d'application des conditions d'exercice du droit de grève qu'elle a fixées. Le Conseil ayant estimé que la compétence du législateur n'est absolument pas exclusive, on peut donc raisonnablement penser qu'un pouvoir réglementaire autonome, en l'absence de loi, peut très bien être accepté pour réglementer l'exercice de ce droit, à condition, bien évidemment, que cette intervention reste exceptionnelle⁸⁶.

Enfin, il ne faut point oublier que ce pouvoir autonome de limitation du droit de grève dans les services publics n'est reconnu au Gouvernement que sous le contrôle du juge administratif, ce qui constitue une garantie non négligeable contre l'arbitraire gouvernemental. Ce contrôle s'avère d'ailleurs indispensable, car, bien que la compétence reconnue au Gouvernement « *reste de seconde zone*⁸⁷, » les mesures réglementaires édictées en vue de réglementer le droit de grève visent à limiter, voire interdire, l'exercice d'une liberté publique. Par conséquent, le pouvoir exceptionnellement reconnu au Gouvernement « *doit s'exercer conformément à la théorie de l'abus de droit, répondre aux nécessités de l'ordre public, obéir donc aux considérations sociales que les lois en question auraient dû justement préciser*⁸⁸ ». Autrement dit, le Gouvernement est, en quelque sorte, placé sous la tutelle du Conseil d'État qui apprécie, selon ses propres critères, la validité des réglementations et interdictions gouvernementales, puisque le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre les arrêtés ou circulaires qui réduisent le champ du droit de grève, pour autant, en ce qui concerne ces dernières, qu'elles présentent un caractère réglementaire, parce que destinées à

⁸⁴ C.C, décision n° 59-1 du 27 novembre 1959, RATP, *rec. const.* p, 67. Dans le même sens, C.C, décision n° 60-6 du 15 janvier 1960, *D.* 1960, p. 518, note Léo Hamon.

⁸⁵ Préc.

⁸⁶ Cette thèse paraît d'autant plus acceptable qu'elle n'a pas été expressément condamnée par le Conseil dans sa décision du 25 juillet 1979. Effectivement, il s'est attaché au problème des modalités de la réglementation législative et non pas sa nécessité.

⁸⁷ J.-P. Bouère, *op. cit.*, p. 275.

⁸⁸ *Ibid.*

comblent « *un vide du droit*⁸⁹ », ce qui n'est pas le cas ni des circulaires – même ministérielles – simplement interprétatives, ni des circulaires d'ordre intérieur⁹⁰.

En définitive, force est de constater que l'idée d'une intervention exceptionnelle et provisoire du Gouvernement en vue de réglementer l'exercice du droit de grève paraît tout à fait opportune, sous réserve, bien sûr, qu'elle vise uniquement à remédier à la carence des textes législatifs et, par là même, à assurer la continuité des services publics. Il n'en reste pas moins qu'elle a suscité des réserves. Ainsi, Mme Loschak estime que cette solution traduit sans aucun doute « *le caractère restrictif de la jurisprudence relative au droit de grève* », car « *on aurait pu aussi bien soutenir que, les restrictions aux libertés publiques relevant exclusivement de la compétence législative, l'intervention de l'exécutif en la matière était illégale*⁹¹ ». Cependant, il faut bien reconnaître que les pouvoirs publics pouvaient difficilement laisser ce droit s'exercer sans aucune limitation dans les services publics. Il est d'ailleurs probable que les divers débordements nés d'une telle situation auraient inévitablement conduit, par réaction, à une réglementation beaucoup plus sévère que celle adoptée de manière préventive par le Gouvernement. En outre, le contrôle effectué par le Conseil d'État sur l'exercice de cette compétence, notamment en ce qui concerne la proportionnalité des mesures prises avec les exigences de la continuité du service, évite une réglementation abusive du droit de grève. Mais, si le juge a pris soin d'encadrer étroitement l'exercice de la nouvelle compétence qu'il a reconnue au Gouvernement, il semble, en revanche, qu'il ait admis la compétence d'autorités administratives de plus en plus nombreuses pour exercer ce pouvoir de réglementation, c'est-à-dire qu'il ait eu une vision extensive de la notion de Gouvernement dans sa jurisprudence relative au droit de grève.

2. *La notion du Gouvernement*

C'est au Gouvernement que le Conseil d'État a reconnu la compétence pour réglementer l'exercice du droit de grève dans les services publics. Mais, cette notion générique n'étant pas très précise, la Haute Assemblée a dû, par la suite, spécifier quelle était l'autorité administrative habilitée à prendre les mesures destinées à limiter l'exercice de ce droit. La formulation retenue dans l'arrêt Dehaene fondait, de toute évidence, la compétence du chef du Gouvernement. Cela signifiait-il que cette autorité administrative était la seule habilitée à cet effet ? Au regard des motivations de l'arrêt Dehaene, on aurait eu tort de le penser, car la jurisprudence Dehaene, étant liée à la responsabilité d'assurer « *le bon*

⁸⁹ Conclusions du commissaire du Gouvernement Bernard sur C.E., 6 octobre 1961.

⁹⁰ Voir sur ce point Gérard BELORGEY, note sous C.E., 23 octobre 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, *JCP* 1965, II, 14271.

⁹¹ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif*, p. 212.

fonctionnement des services publics », impliquait que le pouvoir de réglementer l'exercice du droit de grève appartenant à toutes les autorités administratives ayant la qualité de chef de service – sous forme d'arrêtés, de notes de service, de circulaires – et ce, à l'égard des fonctionnaires relevant de la sphère de compétence de ces responsables de services publics. Cette extension de la notion de Gouvernement trouve sa source dans la jurisprudence Jamart⁹², en vertu de laquelle chaque chef de service est doté d'un pouvoir réglementaire pour assurer « *le bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité*⁹³ ». En conséquence, dans les services de l'État, si le Premier ministre peut prescrire les mesures à prendre en cas de grève, ce pouvoir est également reconnu à chaque ministre qui, en tant que supérieur hiérarchique des services publics dépendant de son ministère, peut prendre les mesures particulières à son département⁹⁴. Il faut noter, à l'égard des ministres, que le pouvoir de décision est souvent exercé, en pratique, par des fonctionnaires bénéficiaires d'une délégation, ce qui a grandement contribué à étendre le nombre d'autorités administratives investies du pouvoir de réglementer le droit de grève. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il pu admettre la régularité d'arrêtés préfectoraux dans l'arrêt Dehaene⁹⁵ ou de circulaires émanant de chefs de service dans l'arrêt Bernardet⁹⁶.

La solution retenue par l'arrêt Dehaene aboutit donc, en quelque sorte, à une extension de la jurisprudence Jamart à tous les chefs de service afin de veiller, non seulement à l'organisation du service, mais aussi à son fonctionnement régulier. Or, cette extension a des conséquences importantes, dans la mesure où ce pouvoir réglementaire permet de porter atteinte à l'exercice d'une liberté publique. En effet, comme le note M. Terneyre, « *si la compétence du chef du gouvernement apparaît inévitable devant la carence du législateur, on peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'une telle extension de compétences pour mettre en œuvre une liberté publique aussi importante que le droit de grève*⁹⁷ ». Mais ce ne sont là que des critiques mineures, car on se rend compte, lorsqu'on analyse l'évolution du cadre juridique dans lequel s'exerce le droit de grève, que l'attitude du Conseil d'État est beaucoup plus critiquable en ce qu'il a refusé de faire évoluer sa position vis-à-vis du problème de l'autorité compétente pour réglementer l'exercice de ce droit. Certes, bien qu'elle puisse être discutée, voire contestée, sur certains points, sa jurisprudence initiale faisait preuve d'un indéniable bon sens.

⁹² C.E., 7 février 1936, Jamart, *rec.* 172 ; *S.* 1937. 3. 113, note J. Rivero.

⁹³ Il faut entendre « *administration* » dans le sens de service public.

⁹⁴ C.E., 14 mars 1956, Hublin, *rec.* 117 ; *AJDA* 1956, II, 222, chron. Fournier et Braibant. Également C.E., 28 novembre 1958, Lépouse, *rec.* 596 ; *RDP* 1959, p. 306, note Marcel Waline ; *D.* 1959, p. 262, note J.L. Quermonne.

⁹⁵ C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *préc.*

⁹⁶ C.E., 19 janvier 1962, Bernardet, *rec.* 49 ; *D.* 1962, p. 202, note Leclercq.

⁹⁷ Ph. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, Sirey, Paris, 1991, p. 40.

En définitive, il ressort de ces divers développements que le temps des grandes controverses doctrinales autour de la reconnaissance du droit de grève dans les services publics semble révolu. Certes, des problèmes ponctuels demeurent encore très discutés et soulèvent parfois de vives polémiques, mais, d'une manière générale, il est largement admis que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle que le législateur ne peut remettre en cause pour une catégorie quelconque de fonctionnaires, sauf exceptions très limitées. Mais, il ne faut pas perdre de vue qu'en matière de grève, conformément au droit des libertés publiques, la liberté est le principe. Par conséquent, si des limitations sont nécessaires, car une liberté n'est à soi seule souveraine, et s'il convient de ne pas oublier qu'il n'y a pas de liberté sans sanction, tous ces éléments ne doivent pas constituer un obstacle au recours à l'exercice de la grève qui devra demeurer le plus large possible.

Ainsi cet article s'avère un aperçu historique de la reconnaissance difficile du droit de grève par la jurisprudence qui sera suivi d'un autre article objet d'une publication dans le prochain numéro et qui sera consacré à la réglementation de la grève.

BIBLIOGRAPHIE

- BOLLE J.-M. ; *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris, 1975.
- BONIN C.J. ; *Principes d'administration publique*, T. I, 3^e éd., Paris.
- CHARLIER (R.-E.), « Le doit constitutionnel de grève », *JCP* 1948.
- CHARLIER (R.-E.), « Y-a-t-il un droit de grève dans les services publics ? » *JCP* 1948.
- COMBEAU (P.), « La privation du droit de grève », in Florence Crouzatier-Durand, Nicolas Kada (dir.), *Grève et droit public*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2017.
- DE LAUBADERE A., « la grève et le service public », Rapport sur le droit français, Travaux de l'association Henri CAPITANT pour la culture juridique française, 1955.
- DOMINO V.X. et BRETONNEAU A., « Pour que la lumière soit : de la possibilité pour EDF de limiter le droit de grève dans ses centrales nucléaires », *AJDA*, 2013.
- DUGUIT L. ; *Traité de droit constitutionnel, l'État, les gouvernants et les agents*, T. III, 3^e éd., Fontemoing, 1903.
- GILLI J.-P. ; *La continuité des services publics*, PUF, Paris, 1973.
- GREGOIRE R. ; *La fonction publique*, Armand Colin, Paris, 1954.
- GUGLIELMI J. et KOUBI G., *Droit du service public*, Montchrestien, 2000.
- HAMON L., « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage », *D.*1980.
- HAURIOU M. ; *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^{ème} éd., Paris, 1921.
- JEANNEAU B. ; *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954.
- LATOURNERIE R. ; *Le droit français de la grève*, Sirey, Paris, 1972.
- LEYMARIE C., « Le droit de grève à la Radiodiffusion- Télévision française », *Dr. soc.* 1980.
- LOSCHAK D. ; *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 1972.
- LOSCHAK D., « La dégradation du droit de grève dans le secteur public », *Dr. soc.* 1976.
- MORANGE G., « Les grèves et l'État », *D.* 1947.
- PINON S., « Le principe de continuité des services publics : du renforcement de la puissance étatique à la sauvegarde de l'expression démocratique », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2003/2, Vol. 51.
- QUERMONNE J.-L., « Le droit prétorien de la grève », *D.* 1959.
- RIVERO J., « La réglementation du droit de grève », *Dr. soc.* 1948.
- RIVERO J., « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'État », *Dr. soc.* 1951.
- ROCHE J. ; *La grève et le syndicalisme dans la fonction publique*, Éducation et Gestion, 1972, n° 29.
- SAKR H. et Braconnier S. (dir.) ; *Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences du Conseils d'Etat libanais et du Conseil d'Etat français*, Université de Poitiers, 2008.

TERNEYRE Ph. ; *La grève dans les services publics*, Sirey, Paris, 1991.