

FONCTION PUBLIQUE Pénitentiaire – Droit disciplinaire – Droit de grève – Exclusion temporaire
– Sanction ayant le caractère d’une punition – Absence de garanties procédurales - Droits de la
défense – Valeur constitutionnelle du principe du contradictoire (oui) – Inconstitutionnalité de
la loi (oui).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL Décision 2019-781 QPC - 10 mai 2019

M. Grégory M.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI le 20 février 2019 par le Conseil d’État (décision n° 425521 du même jour), dans les conditions prévues à l’article 61-1 de la Constitution, d’une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour M. Grégory M. par la SELAFA Cassel avocats, avocat au barreau de Paris. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2019-781 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l’article 3 de l’ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l’administration pénitentiaire, dans sa rédaction résultant de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l’administration territoriale de la République.

Au vu des textes suivants :

- la Constitution ;
- l’ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- l’ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l’administration pénitentiaire ;
- la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l’administration territoriale de la République ;
- le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Au vu des pièces suivantes :

- les observations présentées pour le requérant par la SELAFA Cassel avocats, enregistrées le 14 mars 2019 ;
- les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le même jour ;
- les observations en intervention présentées pour MM. Patrick G. et Yann L. par Me Camille Many-Sebile, avocat au barreau de Perpignan, enregistrées le même jour ;
- les observations en intervention présentées pour Mme Laurie C. par Me Cécile Janura, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 19 mars 2019 ;
- les secondes observations présentées pour le requérant par la SELAFA Cassel avocats, enregistrées le 26 mars 2019 ;
- les secondes observations en intervention présentées pour Mme Laurie C. par Me Janura, enregistrées le 29 mars 2019 ;
- les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Après avoir entendu Me Vincent Derer, avocat au barreau de Paris, pour le requérant, Me Many-Sebile pour MM. Patrick G. et Yann L., Me Janura pour Mme Laurie C. et M. Philippe Blanc, désigné par le Premier ministre, à l’audience publique du 16 avril 2019 ;

Au vu de la note en délibéré présenté par le Premier ministre, enregistré le 3 mai 2019 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. L'article 3 de l'ordonnance du 6 août 1958 mentionnée ci-dessus, dans sa rédaction résultant de la loi du 6 février 1992 mentionnée ci-dessus, prévoit :

« Toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée de la part des personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire est interdit. Ces faits, lorsqu'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, pourront être sanctionnés en dehors des garanties disciplinaires ».

2. Le requérant, rejoint par les parties intervenantes, soutient que ces dispositions méconnaîtraient les droits de la défense en ce qu'elles privent l'agent des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, poursuivi à titre disciplinaire pour avoir enfreint l'interdiction du droit de grève, du bénéfice des garanties disciplinaires. Ces dispositions porteraient également atteinte, selon eux, au principe de légalité des délits et des peines.

3. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur la seconde phrase de l'article 3 de l'ordonnance du 6 août 1958.

Sur le fond :

4. Selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Cette disposition implique notamment qu'aucune sanction ayant le caractère d'une punition ne puisse être infligée à une personne sans que celle-ci ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés.

5. En application de l'article 3 de l'ordonnance du 6 août 1958, peut être sanctionné disciplinairement l'agent des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire qui prend part à une cessation concertée du service ou à tout acte collectif d'indiscipline caractérisée, lorsque ces faits sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public. Toutefois, en prévoyant que cette sanction peut être prononcée « en dehors des garanties disciplinaires », le législateur a méconnu le principe du contradictoire.

6. Par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la seconde phrase de l'article 3 de l'ordonnance du 6 août 1958 doit être déclarée contraire à la Constitution.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité :

7. Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure

fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.

8. En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1^{er}. - La seconde phrase de l'article 3 de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, dans sa rédaction résultant de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, est contraire à la Constitution.

Article 2. - La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} prend effet dans les conditions fixées au paragraphe 8 de cette décision.

Article 3. - Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

(M. Fabius, prés. - M^e Derer, Many-Sebile, Janura, av.)

Note.

Lors d'un mouvement social en 2018, des surveillants pénitentiaires, privés du droit de grève, se sont mis massivement en arrêt maladie afin d'exprimer leur mécontentement et faire valoir leurs revendications professionnelles. Considérant qu'il s'agissait, en réalité, d'une cessation concertée et collective du travail, interdite par l'article 3 du statut spécial des personnels pénitentiaires (1), l'administration a infligé à 1983 surveillants des sanctions disciplinaires allant jusqu'à des mesures d'exclusion temporaire de plusieurs jours, voire de plusieurs mois. Une mesure d'exclusion temporaire entraîne une perte de rémunération (traitement et primes) mais aussi une

(1) Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire.

stagnation de carrière, ce type de sanction affectant le droit à l'avancement.

Ces sanctions disciplinaires ont été prononcées sans que ces agents aient comparu devant le conseil de discipline (2), et sans même qu'ils aient bénéficié de la moindre garantie disciplinaire, ainsi que le permet l'article 3 du statut spécial des personnels pénitentiaires (3) : Celui-ci dispose que « toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée de la part des personnels de l'administration pénitentiaire est interdit. Ces faits, lorsqu'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, pourront être sanctionnés en dehors des garanties disciplinaires ». Selon le Conseil d'État (4), sont ainsi exclus non seulement la comparution devant le conseil de discipline, mais aussi l'ensemble des garanties disciplinaires découlant du statut général de la fonction publique (5) ou celles « résultant des principes généraux du droit », tel que, notamment, le droit à la communication intégrale du dossier individuel, le droit à l'assistance d'un défenseur et le droit de présenter des observations orales.

Contestant la légalité de ces sanctions, plusieurs travailleurs ont décidé de saisir le juge administratif d'une question prioritaire de constitutionnalité visant les dispositions du statut spécial des personnels de l'administration pénitentiaire, qui permettent de sanctionner un agent sans qu'il bénéficie d'aucune garantie disciplinaire en cas de cessation collective du travail, faisant valoir qu'elles portent atteinte aux droits de la défense.

Le Conseil constitutionnel, auquel la question a été transmise, leur a clairement donné raison ! Par une décision en date du 10 mai 2019, il déclare inconstitutionnel l'alinéa 2 de l'article 3 de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, pour atteinte au principe du contradictoire découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Cette inconstitutionnalité est déclarée d'application

immédiate et s'applique donc à toutes les affaires non jugées définitivement.

Il va sans dire que cette décision est salubre. La privation du droit de grève est particulièrement attentatoire aux droits fondamentaux de ces personnels. Il n'était donc pas acceptable que la sanction de son exercice puisse, au surplus, emporter des conséquences désastreuses pour leur carrière, sans qu'ils aient la possibilité de se défendre !

Il s'agira d'abord de cerner le caractère inédit de cette décision, au regard de la jurisprudence constitutionnelle en matière de droits de la défense (I), pour examiner ensuite ses impacts probables sur le droit disciplinaire dans la fonction publique (II).

En préambule, il paraît important de faire un rapide détour par l'histoire pour comprendre le contexte tendu et l'état d'esprit dans lequel le statut spécial des personnels pénitentiaires a été adopté. En effet, la privation de tout droit de la défense en matière disciplinaire pour les personnels pénitentiaires en cas de grève n'est que le reflet d'une volonté politique de disposer d'une réponse rapide et sévère à toute contestation sociale mettant en jeu la sécurité et l'ordre public.

Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, l'administration pénitentiaire est totalement désorganisée et doit faire face à une surpopulation carcérale, une pénurie de personnels pénitentiaires, une insalubrité des établissements et une insécurité croissante. Ce contexte difficile est source de conflits et de tensions très vives au sein des prisons françaises (6). Malgré une tentative de refonte et d'humanisation des prisons par la volonté du premier directeur d'administration pénitentiaire, Paul Amor (7), cette réforme ne va concerner qu'une minorité de personnes détenues, une minorité de surveillants pénitentiaires et une petite dizaine de prisons, bien loin de la réalité scandaleuse de l'ensemble du monde carcéral. Enfin, la guerre d'Algérie va encore accroître la population carcérale avec l'incarcération des indépendantistes algériens, puis des partisans de l'Algérie française.

(2) Compétent en matière de sanctions disciplinaires des fonctionnaires, dans lequel les organisations syndicales représentatives sont représentées.

(3) Ordonnance n° 58-696, citée en 1.

(4) CE, 21 février 1996, *Sarrazin et autres*, n° 121.903.

(5) Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi *Le Pors*, notamment art. 19, loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, art. 66 et 67, décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État.

(6) Marcel Pochard, « Les gardiens de prison », *Pouvoirs*, vol. 135, n° 4, 2010, pp. 87-99.

(7) Paul Amor, magistrat, est nommé le 30 septembre 1944 premier directeur de l'administration pénitentiaire afin de réorganiser cette administration. Il est chargé tout autant de la gestion interne des prisonniers, afin de protéger certains de la vindicte populaire pendant l'épuration, que de celle des personnels pénitentiaires, car de nombreux cadres pénitentiaires se retrouvent, du jour au lendemain, incarcérés pour des faits de collaboration. Il devait faire face à ces priorités dans le contexte d'une absence d'encadrement et de formation, de salaires bas et d'un personnel souvent corrompible. Ce nouveau directeur de l'administration pénitentiaire va adosser ce retour à la discipline à un projet politique : celui de l'humanisation de la prison, passant par l'individualisation des peines et l'amendement des personnes détenues.

C'est dans ce contexte particulièrement tendu qu'éclate, en juillet 1957, une grève des surveillants (8). Depuis de nombreuses années, les syndicats de personnels pénitentiaires réclament une revalorisation et une reconnaissance de leur statut, à l'instar de celui des policiers, statut spécial obtenu en 1948. Les syndicats autonomes, majoritaires, se disaient prêts à abandonner leur droit de grève en contrepartie d'un tel statut spécial ; la CGT et FO y étaient opposées.

En juillet 1957, les syndicats des surveillants de prison lancent une grève pour 48 heures, qui va finalement durer onze jours. Cette grève va, en outre, entraîner une mutinerie des détenus, faute de maintien des services minimum assurés par les personnels de surveillance (parloirs, restauration...).

Pour les pouvoirs publics, en pleine guerre d'Algérie, il n'était pas question de perdre le contrôle d'une mission régalienne aussi sensible pour la sécurité du pays. Il s'agissait donc de réaffirmer rapidement l'autorité de l'État en la matière. C'est dans cet état d'esprit que le statut spécial a été pensé, conçu et adopté en 1958, dans la continuité de la loi relative aux pleins pouvoirs (9). L'absence de toute procédure garantissant les droits de la défense en cas de manquement à l'interdiction du droit de grève est un moyen, pour l'administration pénitentiaire, de sanctionner rapidement et sévèrement les faits de grève dans une vision autoritaire du maintien de l'ordre.

Pour la première fois le Conseil constitutionnel a dû examiner la constitutionnalité de ces dispositions, particulièrement exorbitantes du droit commun.

I. Une décision inédite pour les droits de la défense en matière disciplinaire

Les requérants soutenaient que les dispositions de l'article 3 méconnaissaient les droits de la défense, en ce qu'elles privaient l'agent pénitentiaire, poursuivi à titre disciplinaire pour avoir enfreint l'interdiction du droit de grève, du bénéfice des garanties disciplinaires. Le Conseil constitutionnel en a déduit que la QPC portait uniquement sur la seconde phrase de l'article 3 de l'ordonnance du 6 août 1958, et non sur la première, relative à l'interdiction du droit de grève.

Sa décision réaffirme les contours des droits de la défense en matière administrative (A). Surtout, elle affirme, pour la première fois, que la valeur constitutionnelle du principe du contradictoire s'étend à la procédure disciplinaire dans la fonction publique (B).

A. Les contours des droits de la défense en matière de sanctions administratives

En matière de répression au sens large, comprenant tant la répression pénale que les sanctions administratives, le principe des droits de la défense a une valeur particulière dans la jurisprudence constitutionnelle. D'abord érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la République (10), il est désormais considéré comme un principe constitutionnel découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (11) selon lequel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminés, n'a point de Constitution ». De plus, les droits de la défense ont pour corollaire le principe du contradictoire dans la procédure (12). Ces droits sont reconnus comme des droits constitutionnels processuels, qui découlent de la garantie des droits (13).

Concernant plus particulièrement le pouvoir de sanction de l'administration, le Conseil constitutionnel a jugé que l'exigence des droits de la défense est applicable à « toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle » (14). Ainsi les droits de la défense doivent s'appliquer à toute sanction, dès lors que celle-ci a le caractère d'une punition.

S'agissant plus précisément du principe du contradictoire, pour le Conseil, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen implique nécessairement « qu'aucune sanction ayant le caractère d'une punition ne puisse être infligée à une personne sans que celle-ci ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés. Le principe des droits de la défense s'impose aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction, sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence » (15).

(8) Carlier Christian, *Histoire du personnel des prisons françaises, du XVIII^{ème} siècle à nos jours*, Les Éditions de l'Atelier, 1997.

(9) Loi n° 58-520 du 3 juin 1958.

(10) DC n° 88-248 du 17 janvier 1989, *Loi relative à la liberté de communication relative aux pouvoirs de sanctions du Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

(11) DC n° 2006-535 du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*.

(12) DC n° 84-184 du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*.

(13) DC n° 2006-540 du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans l'information*.

(14) DC n° 90-285 du 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*.

(15) V. notamment QPC 201-69 du 26 novembre 2010, *M. Claude F.*, concernant les communications en matière sociale ; cons. 4 ; QPC 2014-423 du 24 octobre 2014, *M. Stéphane R et autres*, concernant les sanctions de la Cour de discipline budgétaire et financière et QPC 2016-619 du 16 mars 2017, *Société Segula Matra Automotive*, concernant la sanction du défaut de remboursement des fonds versés au profit d'actions de formation professionnelle continue.

Le Conseil affirme avec constance que, dès lors que l'administration a un pouvoir de sanction, le principe du contradictoire doit être respecté. Pour que cette exigence constitutionnelle soit satisfaite, il est nécessaire :

- Qu'avant le prononcé de la sanction
- La personne ait été **mise à même** de présenter
- Des **observations** écrites ou orales.

Cette exigence est satisfaite, par exemple :

- s'agissant de la pénalité prononcée par le directeur d'un organisme local d'assurance maladie à l'encontre de professionnels de santé, dès lors qu'elle « ne sera prononcée qu'après que l'intéressé aura été mis à même de présenter des observations écrites ou orales » (16) ;
- s'agissant de la suspension, par le président du Conseil général, à titre de sanction, du versement des allocations familiales et du complément familial, qui « n'interviendra qu'après que les parents ou le représentant légal du mineur auront été mis à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, à leur demande, des observations orales, en se faisant assister par un conseil ou représenter par un mandataire de leur choix » (17).

Il semble que le Conseil ne fasse pas véritablement de distinction entre observations écrites ou orales, pourvu que ces observations puissent être faites en amont de la sanction et que la faculté de les présenter soit effective.

La décision du 10 mai 2019 est dans la droite ligne de cette jurisprudence constitutionnelle : dès lors que l'agent public pénitentiaire pouvait être sanctionné sans avoir pu préalablement présenter d'observations, ni orales, ni écrites, la censure s'imposait !

Le Conseil constitutionnel rappelle avec force que l'article 16 de la DDHC « implique notamment qu'aucune sanction ayant le caractère d'une sanction ne puisse être infligée à une personne sans que celle-ci ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés ». L'originalité de cette décision tient au fait que, pour la première fois, le Conseil constitutionnel censure, sur ce fondement, une disposition relative à la procédure disciplinaire dans la fonction publique.

(16) DC n°2004-504 du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 27.

(17) DC n°2006-535 du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 38.

(18) CE, 21 février 1996, *Sarrazin et autres*, n°121.903.

(19) Art. 1^{er} du décret du 25 octobre 1984, préc.

B. L'affirmation de la valeur constitutionnelle du principe du contradictoire en matière disciplinaire

Dans l'espèce soumise au Conseil constitutionnel, il s'agissait de savoir si la procédure permettant de sanctionner un agent pénitentiaire en dehors de toutes garanties disciplinaires respecte ou non les droits de la défense.

Le Conseil examine, à l'aune de l'article 16 de la DDHC, si « la personne à qui est infligée une sanction ayant le caractère d'une punition [a] été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés. »

Or, en l'espèce, il n'en n'est rien, puisque la sanction a été prise en dehors de toute garantie disciplinaire, c'est-à-dire non seulement sans passage devant le conseil de discipline, mais aussi en dehors de toute autre garantie procédurale permettant de rendre effectif le principe du contradictoire.

Sur le plan de la procédure disciplinaire, le Conseil d'État a déjà jugé, concernant le statut spécial de l'administration pénitentiaire, que l'article 3 vise à écarter non seulement la consultation du conseil de discipline, mais aussi « les garanties prévues par d'autres prescriptions législatives, tel que l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, ou résultant des principes généraux du droit » (18). Ces garanties sont les suivantes : droit de se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix (19) ; droit de faire citer des témoins (20) ; droit de demander le report de l'examen de l'affaire à une date ultérieure (21) ; droit de présenter des observations orales (22) ; droit à la communication du dossier individuel de l'agent public, qui comprend « toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté » (23).

En l'absence de garanties procédurales assurant le respect des droits de la défense, le Conseil constitutionnel affirme clairement « que le législateur a méconnu le principe du contradictoire » et en tire la conséquence de l'inconstitutionnalité de la seconde phrase de l'article 3 de l'ordonnance du 6 août 1958.

C'est ainsi que, pour la première fois, le Conseil constitutionnel affirme que le principe des droits de la

(20) Art. 3 du même décret.

(21) Art. 4 du même décret.

(22) Art. 5 du même décret.

(23) Art. 65 de la loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1955 et précisé par l'art. 1^{er} du décret du 25 octobre 1984.

défense a valeur constitutionnelle en matière disciplinaire dans la fonction publique. Jusqu'alors, il l'avait seulement reconnu en matière de répression plus large (pénale ou administrative). Il est désormais clair que le respect du principe du contradictoire est applicable à toutes formes de répression, y compris disciplinaire dans la fonction publique.

Cette décision est d'autant plus intéressante, que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur la possibilité de limiter, dans une certaine mesure, les garanties relatives aux droits de la défense, au nom de la nécessaire conciliation avec d'autres exigences constitutionnelles.

Ainsi, aurait-il pu faire prévaloir d'autres exigences telles que la continuité du service public (24) ou la sauvegarde de l'ordre public (25), dans la mesure où la privation du droit de grève est essentiellement fondée sur des objectifs de sécurité publique et de maintien de l'ordre public. Pour être concilié avec ces exigences, le principe du contradictoire pouvait être limité, voire écarté, afin de faire cesser rapidement une grève illégale causant un risque de trouble à l'ordre public.

Fort heureusement, dans cette recherche d'équilibre, le Conseil constitutionnel fait prévaloir les droits de la défense. Sa décision est vraisemblablement motivée par la gravité de la sanction encourue. En effet, c'est bien lorsqu'il s'agit d'une « *sanction ayant le caractère d'une punition* » (26) que le Conseil constitutionnel impose le respect du principe du contradictoire. Or, qu'est-ce qu'une sanction ayant le caractère d'une punition ? Dans le *Vocabulaire juridique* (27), le terme punition renvoie à « *l'action de punir et d'infliger une peine* ». Plus précisément encore, « *la peine infligée est un terme générique désignant une sanction destinée non pas à indemniser la victime, mais à faire subir au coupable une souffrance dans sa personne ou ses biens* » (28). Dans cette définition, on peut souligner qu'une punition doit donc emporter des conséquences particulièrement défavorables (de la souffrance) sur la personne ou sur les biens de celle-ci. L'expression « *sanction ayant le caractère d'une punition* » est largement utilisée dans la jurisprudence constitutionnelle concernant le droit punitif et, notamment, le droit pénal, ainsi que la répression administrative. Dès lors qu'une sanction emporte des conséquences graves pour la personne, portant

atteinte à ses droits fondamentaux (liberté d'aller et venir, droit patrimonial...), cette sanction doit alors être entourée de certaines garanties procédurales assurant l'effectivité des droits de la défense, incluant le principe du contradictoire.

Or, il s'agit bien, dans notre espèce, de sanctions disciplinaires pouvant être particulièrement graves pour la carrière du fonctionnaire (exclusion temporaire de fonctions, abaissement d'échelon, frein dans l'avancement, révocation de la fonction publique) et qui peuvent avoir des conséquences directes sur la rémunération, mais aussi sur le déroulé de carrière de l'agent. Ces conséquences touchent ainsi, plus largement, au statut du fonctionnaire. Il apparaissait d'autant plus contestable que celles-ci puissent être infligées sans que le fonctionnaire puisse se défendre et faire valoir ses droits.

Enfin, il apparaît également important de souligner que cette décision ne remet pas en cause l'interdiction du droit de grève des personnels pénitentiaires. La QPC portait, en effet, sur l'absence de garanties procédurales lorsque l'administration sanctionne un agent pour fait de grève et non sur l'interdiction du droit de grève. Pour la CGT, il aurait été intéressant que les requérants aillent plus loin et demandent la censure de l'interdiction générale du droit de grève, particulièrement disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis et attentatoire aux libertés fondamentales. Le Conseil constitutionnel a, certes, déjà jugé que le droit de grève peut être interdit pour des agents « *dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* » (29), mais cette décision, fort contestable, mériterait d'être remise en débat. On pourrait, en effet, tout aussi bien considérer qu'une limitation ou un encadrement du droit de grève pourrait suffire pour remplir l'objectif de valeur constitutionnelle de continuité du service public. À tout le moins peut-on se réjouir que le Conseil constitutionnel ait enfin censuré la privation des droits de la défense dans le cas d'une sanction prise pour avoir exercé un droit fondamental de valeur constitutionnelle, le droit de grève.

Il convient désormais d'aller plus loin pour examiner quels seront les impacts de cette décision sur le droit disciplinaire de la fonction publique.

(24) Qui est un principe constitutionnel, voir DC n° 79-105 du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*.

(25) Qui est un objectif à valeur constitutionnelle, voir DC n° 82-141 du 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*.

(26) Selon les termes mêmes du Conseil constitutionnel.

(27) Gérard Cornu, 10^{ème} édité. mise à jour.

(28) *Vocabulaire juridique*, préc.

(29) Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*.

II. L'impact de la décision sur le droit disciplinaire de la fonction publique

Cette décision historique pourrait, en effet, avoir des répercussions sur l'ensemble du droit disciplinaire de la fonction publique, notamment à la suite de la création de nouvelles sanctions disciplinaires prévues par la récente loi de transformation publique (B). Mais il convient d'abord d'examiner comment le ministère de la Justice a tiré les conséquences de cette décision concernant ses personnels pénitentiaires (A).

A. L'adaptation de la décision du Conseil par le Ministère de la Justice et non la transposition

À la suite de cette décision d'inconstitutionnalité, le ministère de la Justice a été contraint de faire adopter de nouvelles dispositions législatives et règlementaires assurant le respect des droits de la défense. En effet, l'inconstitutionnalité ayant été déclarée d'application immédiate à toutes les affaires en cours, toutes les sanctions disciplinaires prises en vertu de l'article 3 étaient susceptibles d'être annulées par le juge administratif. D'ailleurs, de très nombreux surveillants ont contesté leurs sanctions devant le juge administratif. C'est ainsi que le Tribunal administratif de Lille a annulé six sanctions par une décision du 18 septembre 2019, en se fondant sur la décision du Conseil constitutionnel.

C'est pourquoi le gouvernement a fait adopter un amendement à la loi de transformation publique (30), complétant l'article 3 du statut spécial des personnels pénitentiaires par deux alinéas. Ainsi, en cas de cessation collective et concertée du service, « ces faits peuvent être sanctionnés sans consultation préalable de l'organisme siégeant en conseil de discipline prévu au troisième alinéa de l'article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Les personnes mises en cause sont mises à même de présenter leurs observations sur les faits qui leur sont reprochés. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».

Un décret du 30 décembre 2019 est venu préciser cette procédure disciplinaire (31). Désormais, le fonctionnaire est informé de l'engagement d'une procédure de sanction par une lettre recommandée

avec avis de réception exposant les faits reprochés et les pièces sur lesquelles se fonde l'administration. Il dispose alors d'un délai de dix jours pour présenter ses observations écrites. Si une révocation est envisagée, un entretien préalable est obligatoire. Il peut se faire assister d'un ou plusieurs défenseurs de son choix.

Ces modifications paraissent suffire à répondre aux exigences constitutionnelles, puisque le fonctionnaire est « mis à même de présenter des observations » en amont de la sanction. Mais ces mesures permettent-elles pour autant au travailleur de se défendre utilement ? Il est permis d'en douter dans la mesure où nous savons que, pour le Conseil d'État, l'article 3 du statut spécial vise à écarter non seulement la consultation du conseil de discipline, mais aussi « les garanties prévues par d'autres prescriptions législatives tel que l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ou résultant des principes généraux du droit » (32). Or, si cette nouvelle organisation de la procédure disciplinaire en cas de cessation concertée du service prévoit effectivement la connaissance préalable des griefs et des pièces fondant les poursuites, ainsi que le délai de 10 jours pour faire des observations écrites, il n'en demeure pas moins que la personne poursuivie n'aura pas la possibilité, hormis en cas de révocation, de faire des observations orales lors d'un entretien préalable, de faire citer des témoins, de demander un report de l'examen de l'affaire et, enfin, de consulter l'ensemble de son dossier individuel. Pourtant, ces droits sont essentiels pour préparer sa défense, surtout lorsque la sanction envisagée peut être une mesure d'exclusion temporaire de fonctions d'une durée longue.

C'est un droit à un « mini-procès », avec toutes les garanties que cela implique, qui devrait être assuré en cas de sanction ayant le caractère d'une punition. Le droit de faire des observations orales ou le droit à un entretien préalable pourraient facilement être rapprochés du droit pour « toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement » prévu à l'article 6 de la Convention européenne de droits de l'Homme. Si cet article concerne, bien entendu, uniquement les droits de la défense devant les tribunaux, l'analogie avec le droit disciplinaire peut être aisément faite dans la mesure où il s'agit de prononcer une « sanction ayant le caractère d'une punition ». Or, le fait d'être « entendu » lors d'un entretien préalable à

(30) Art. 54 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

(31) Ce décret modifie le décret n° 66-874 du 21 novembre 1966 relatif au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, notamment son art. 86 : « Le fonctionnaire est informé de l'engagement d'une procédure de sanction à son encontre, dans le cadre du présent article, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre précise les faits qui lui sont reprochés. Y sont annexés les

pièces sur lesquelles l'administration se fonde. Le fonctionnaire dispose, pour présenter ses observations écrites, d'un délai de dix jours francs à compter de la réception de la lettre mentionnée ci-dessus. Lorsque la sanction envisagée est une révocation, la décision est en outre précédée d'un entretien de l'autorité investie du pouvoir de nomination avec le fonctionnaire intéressé. Celui-ci peut, dans tous les cas, se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix ».

(32) CE, 21 février 1996, *Sarrazin et autres*, n° 121.903 préc.

sanction, de pouvoir se défendre oralement, avec un défenseur, qui devient témoin des échanges, permet de rendre plus effectif le principe du contradictoire et permet à la personne de se défendre de manière utile et efficace.

Le ministère de la Justice, qui veut, on l'aura compris, garder précieusement son « *arme de dissuasion qu'il utilise dans les rapports de force difficiles* » (33) au détriment des droits fondamentaux des personnels, a donc fait une transposition *a minima* de la décision du Conseil constitutionnel.

B. L'impact de la décision sur le droit disciplinaire dans la fonction publique

Il s'agit, désormais, d'examiner quelles pourraient être les conséquences de cette décision sur le reste du droit disciplinaire dans la fonction publique. Il semble, à cet égard, que deux dispositifs encourent un grief d'inconstitutionnalité : le régime de la sanction d'exclusion temporaire de trois jours, d'une part, et la radiation des cadres découlant d'un abandon de poste, d'autre part. Dans les deux cas, les garanties disciplinaires sont bien en deçà des exigences constitutionnelles.

Il existe, en droit de la fonction publique, 4 groupes de sanctions (34), classées en fonction de leur gravité. Ce classement emporte des conséquences sur la procédure disciplinaire : plus la sanction est lourde, plus la procédure doit respecter les droits de la défense. Ainsi, selon l'article 19 du statut général de la fonction publique (35), lorsqu'une sanction du 1^{er} groupe est envisagée par l'administration, la consultation du conseil de discipline n'est pas obligatoire. Le fonctionnaire ne peut donc pas présenter ses observations orales. Il ne lui reste alors que les deux autres droits prévus à cet article : le droit à la communication de l'intégralité de son dossier individuel et le droit à l'assistance du défenseur de son choix. *Exit* le droit de faire des observations écrites ou orales, *exit* le droit à un entretien préalable.

La sanction d'exclusion temporaire de 3 jours n'existait initialement que dans la fonction publique territoriale (36). Elle a été étendue à l'ensemble de la fonction publique par l'article 31 de la loi de transformation de la fonction publique et intégrée dans les sanctions du 1^{er} groupe. Le fonctionnaire sanctionné d'une exclusion de 3 jours ne comparait donc pas devant le conseil de discipline. Il est permis de se demander dans quelle mesure ces dispositions sont conformes aux exigences constitutionnelles posées par la décision commentée.

Pour qu'une procédure disciplinaire soit soumise à l'exigence constitutionnelle du respect du principe du contradictoire, il faut qu'elle soit susceptible de déboucher sur une « *sanction ayant le caractère d'une punition* ». Il faut donc se demander si une exclusion temporaire de 3 jours constitue « *une punition* » ? Or, l'exclusion temporaire de fonctions est une période pendant laquelle le fonctionnaire est exclu du service et ne perçoit plus aucune rémunération. Il n'acquiert aucun droit à retraite pendant cette période. Il s'agit donc d'une sanction emportant des conséquences patrimoniales très importantes.

Un détour par une comparaison avec la procédure disciplinaire dans le secteur privé peut être éclairante. Le Code du travail prévoit, en effet, une procédure disciplinaire précise pour toute sanction, « *sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié* » (37). La distinction s'opère en fonction de la gravité de la sanction envisagée. Si l'employeur envisage une sanction légère (avertissement ou blâme), il n'est pas nécessaire de convoquer le salarié à un entretien préalable : il peut être informé de la sanction par simple courrier. Au contraire, si la sanction envisagée a des conséquences directes sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa rémunération ou sa carrière, (licenciement, mutation, rétro-

(33) Selon les termes du journaliste de « Justice du Monde », Jean-Baptiste Jacquin, dans *Le Monde*, 10 mai 2019, Prisons : le Conseil constitutionnel censure l'article de loi qui a permis de sanctionner 2 000 surveillants en 2018.

(34) Les sanctions disciplinaires dans la fonction publique sont classées en 4 groupes : 1^{er} groupe : avertissement et blâme ; 2^{ème} groupe : abaissement d'échelon, exclusion temporaire de moins de 15 jours ; 3^{ème} groupe : baisse de grade, exclusion temporaire de moins de 2 ans et 4^{ème} groupe : révocation, mise à la retraite d'office.

(35) Du statut général de la fonction publique, loi dite loi *Le Pors* préc., qui dispose : « *Aucune sanction disciplinaire autre que celles classées dans le premier groupe par les dispositions statutaires relatives aux fonctions publiques de l'État, territoriale et hospitalière, ne peut être prononcée sans consultation préalable d'un organisme siégeant en conseil de discipline dans lequel le personnel est représenté* ».

(36) Art. 89 et 90 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

(37) Art. L. 1332-2, C. trav. : « *Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié. La sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé* ».

gradation, mise à pied temporaire, blâme avec inscription au dossier du salarié...), alors l'employeur doit respecter une procédure disciplinaire assurant un meilleur respect du principe du contradictoire (entretien préalable, assistance du salarié, indication des motifs de la sanction, recueil des explications du salarié, délai minimum entre l'entretien et la sanction).

Si l'on transpose ce raisonnement en droit de la fonction publique, une exclusion temporaire de trois jours (l'équivalent de la mise à pied en droit privé), qui a un effet direct sur la rémunération et la carrière, devrait ouvrir droit, pour le fonctionnaire, au respect du principe du contradictoire. La communication de son dossier et le droit d'être défendu ne sont donc pas suffisants : il devrait au moins être mis à même de présenter des observations sur les faits qui lui sont reprochés. Ainsi, la constitutionnalité de ces dispositions apparaît-elle plus que discutable et mériterait d'être contestée (38).

Enfin, comme l'a souligné Éveillard Gweltaz (39), la question de la constitutionnalité de la procédure susceptible de conduire à la radiation des cadres à la suite d'un abandon de poste semble se poser. Il y a abandon de poste lorsqu'un agent public (fonctionnaire ou contractuel) s'absente de manière injustifiée et prolongée. Dans le cas d'abandon de poste, le fonctionnaire est alors radié des cadres ou des effectifs. La radiation des cadres est la décision administrative qui constate que le fonctionnaire a cessé d'appartenir au corps dans lequel il était titulaire. La radiation peut être prononcée dès lors que l'agent a été préalablement mis en demeure de reprendre son service dans un délai approprié fixé par l'administration. Si l'agent ne se présente pas à son poste de travail dans le délai fixé et ne fournit pas de justificatif de son absence, l'administration peut alors prononcer la radiation des cadres ou des effectifs sans aucune garantie disciplinaire.

Le Conseil d'État a jugé que la radiation des cadres ne constitue pas une sanction, mais le simple constat que l'agent a entendu se placer lui-même en dehors de la fonction publique (40), ce qui emporte la suppression des garanties disciplinaires. Cette jurisprudence autorise donc l'administration à prononcer, en dehors de la procédure disciplinaire, l'exclusion du service par voie de radiation des cadres.

Au regard de cette décision du Conseil constitutionnel, il est pourtant permis de se demander si une telle radiation ne constitue pas, en réalité, une sanction dont la gravité imposerait le respect du principe du contradictoire. Il s'agirait alors de considérer que la radiation ne résulte pas du simple constat d'un abandon de poste, mais résulte bel et bien de la décision de prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition. La radiation entraînant directement la perte de qualité de fonctionnaire, il apparaît difficilement contestable que celle-ci emporte des conséquences graves et définitives sur la carrière du fonctionnaire. Le parallèle avec le droit privé pourrait, une fois de plus, être éclairant : en cas d'abandon de poste, le salarié s'expose à une procédure disciplinaire pouvant entraîner un licenciement. Il est interdit à l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail du salarié sur le simple constat de son abandon de poste. Cette approche est parfaitement cohérente : l'employeur doit déclencher une procédure disciplinaire pour que le salarié puisse éventuellement s'exprimer, lors d'un entretien préalable, sur les raisons de cet abandon de poste, qui peuvent, par exemple, être directement imputables à l'employeur (manquement grave à une obligation de sécurité, par exemple).

Comme le suggère Éveillard Gweltaz, la juridiction administrative pourrait, à tout le moins, vérifier si l'administration ne commet pas un détournement de pouvoirs pour prononcer une sanction déguisée lorsqu'elle prononce une radiation de cadres à la suite d'un abandon de poste. Par exemple, l'abandon de poste est aujourd'hui caractérisé alors même que le fonctionnaire a seulement refusé d'occuper l'emploi auquel il a été affecté, tout en déclarant ne pas vouloir quitter la fonction publique (41) ! Reconnaître qu'il s'agit ici d'une sanction déguisée obligerait l'administration à respecter les droits de la défense.

Il est donc permis d'espérer que cette décision inédite sur le respect des droits de la défense en matière disciplinaire n'a pas fini de faire parler d'elle...

Sarah Silva-Descas,

Conseillère confédérale CGT, Pôle DLAJ

(38) Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi par des parlementaires sur ce point lors de l'examen de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

(39) « L'exigence constitutionnelle de respect des droits de la défense en matière de sanctions », *Droit administratif*, août-septembre 2019, n°s 8-9, pp. 61-64.

(40) CE, 21 avril 1950, *Gicquel*, Lebon p. 225.

(41) CE, 13 décembre 2002, n° 223.151, *Min. Équipement c/ Linden*.