

L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience

Stéphane Bouisson, Docteur en droit, membre du CDPC Jean-Claude Escarras, CNRS- GDR de droit comparé 1199, CNRS-UMR 6055.

L'essentiel

Le devoir d'allégeance de l'agent public n'est pas limité seulement par l'interdiction d'exécuter un ordre « manifestement illégal de nature à compromettre un intérêt public ». Ainsi les personnels médicaux et paramédicaux des hôpitaux peuvent-ils s'abstenir d'accomplir des actes prévus par la loi au nom de leurs convictions religieuses ou morales. Mais la clause de conscience ne peut pas être généralisée sans remettre en cause le principe d'intérêt général qui est le fondement de l'action administrative et le principe de neutralité qui est la règle du service public.

La tentation d'Antigone, c'est-à-dire la possibilité de faire jouer une clause de conscience, permettrait à un agent de désobéir à un ordre non pas illégal mais contraire à sa conscience, son éthique. Dans cette hypothèse, commet-il une faute disciplinaire ou bien pallie-t-il une lacune existante ou supposée de la loi ? Ce débat semble a priori théorique, voire même irréaliste dans la mesure où le devoir d'obéissance ne peut être atténué qu'en présence d'un ordre manifestement illégal. Toutefois, cette question de la supériorité de la conscience sur la règle de droit peut être décelée dans la possibilité offerte aux médecins de refuser certains actes si ceux-ci sont contraires à leur conscience : ils font alors jouer leur clause de conscience. Ainsi, les agents publics hospitaliers ont la faculté d'invoquer cette clause de conscience afin de s'opposer à un ordre reçu légalement. En s'appuyant sur cette reconnaissance de la clause de conscience pour les agents publics hospitaliers, peut-on alors considérer que cette possibilité puisse être étendue à l'ensemble des agents publics ?

La reconnaissance d'une clause de conscience dans la fonction publique hospitalière

La possibilité offerte à un agent public d'opposer sa conscience à un ordre qu'il a légalement reçu de son supérieur est exclusivement reconnue en matière médicale. Cette spécificité de la fonction publique hospitalière est intimement liée à la finalité des fonctions exercées. En effet, l'article 2 du Code de déontologie médicale dispose que « le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité »(1). En raison de cette obligation issue du Code de déontologie médicale, le médecin doit exécuter l'ordre reçu dans le respect de la vie et de la dignité du patient. En conséquence, il peut être envisagé des hypothèses dans lesquelles certains actes médicaux, bien qu'autorisés par la loi, puissent entrer en opposition avec la conscience même du médecin. Ainsi, un médecin peut refuser d'accomplir un acte médical, parce que cet acte est contraire à ses convictions ; en définitive, c'est « l'écho de la parole d'Antigone »(2). Par le jeu de cette clause de conscience, le médecin légitime alors son refus de se soumettre à l'ordre reçu et donc à la loi. D'ailleurs, le Code de déontologie médicale dispose que « un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles » (code de déontologie médicale, art. 47). Il y a donc une reconnaissance légale de la faculté pour le médecin de refuser des soins, non seulement pour des raisons professionnelles mais également et surtout, pour notre propos, pour des raisons personnelles.

Au-delà de ce cadre général, la clause de conscience du médecin a été spécifiquement reconnue en matière d'interruption volontaire de grossesse. En effet, l'article 18 du Code de déontologie médicale dispose que le médecin « est toujours libre de s'y refuser ». Cette reconnaissance du refus de la part du médecin est parfaitement justifiée. En effet, l'interruption volontaire de grossesse ne constitue pas en tant que telle un acte thérapeutique. Ensuite, elle apparaît pour certains médecins comme contraire à leur mission ; c'est dire comme contraire au respect de la vie humaine (code de déontologie médicale, art. 2). De plus, cette faculté reconnue aux médecins vaut également pour l'ensemble des personnels susceptibles de participer à une interruption volontaire de grossesse. Ainsi, l'article L. 2212-8, alinéas 1 et 2, du Code de la santé publique dispose qu'« aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse ». Nous le constatons, la clause de conscience en matière médicale est susceptible d'affecter de nombreux agents publics, même ceux qui agissent directement sous la direction d'un supérieur. Par exemple, une infirmière peut s'opposer à un médecin qui lui donne pour instruction de préparer une patiente afin de pratiquer une interruption de grossesse alors même que l'ordre reçu par cette infirmière est tout à fait légal. En conséquence, aucun des personnels de santé n'est tenu de participer à un tel acte qui viendrait heurter sa conscience. Il s'agit alors d'une faculté discrétionnaire. Cette dernière peut être invoquée à tout moment. Enfin, la pratique ou la participation à une interruption de grossesse ne vaut pas

renonciation au jeu de la clause de conscience ; celle-ci peut être utilisée au cas par cas en fonction de chaque situation.

En outre, l'invocation de la clause de conscience est opposable à tous, c'est-à-dire non seulement au patient mais également au supérieur hiérarchique. Selon le Conseil d'Etat, « les obligations [...] imposées par le règlement intérieur d'un établissement ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte à la liberté de conscience des membres de cet établissement » (CE 20 juillet 1990, D. 1992, somm. p. 153, obs. D. Chelle et X. Pretot). Dès lors, il apparaît que lorsque cette clause de conscience est mise en jeu pour s'opposer à un ordre reçu, l'agent public ne peut être sanctionné ni sur un plan disciplinaire ni sur un plan civil ou pénal. La reconnaissance de cette désobéissance à la loi en raison de la conscience de l'agent public s'inscrit alors sans aucun doute dans la continuité de la volonté d'Antigone.

Toutefois, la reconnaissance d'une telle clause de conscience aurait pu entraîner un risque quant à la pratique de telles interventions. En effet, le médecin-chef de service pourrait très bien, au nom de sa clause de conscience, interdire toute interruption volontaire de grossesse dans son établissement. Ce chef de service pourrait même s'opposer à la création d'un service chargé de pratiquer de telles interventions. Toutefois, un médecin n'est pas fondé à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du conseil d'administration qui affecte plusieurs salles d'un établissement à la pratique des interruptions volontaires de grossesse (CE 8 janvier 1982, Lambert, Lebon p. 17 ; RD sanit. soc. 1982, p. 450, concl. Genevois). De la même façon, l'article L. 2212-8 du code de la santé publique disposait que « lorsque le chef de service concerné refuse d'en assumer la responsabilité, le conseil d'administration doit créer une unité dotée des moyens permettant la pratique des interruptions volontaires de grossesse ». Sur ce point, la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse est venue abroger cette disposition qui déresponsabilisait le chef de service s'opposant à une telle intervention. En conséquence, un chef de service ne peut plus refuser, en invoquant sa clause de conscience, l'organisation dans son service de telles pratiques. Lors de la saisine du Conseil constitutionnel, il était relevé que le législateur avait porté atteinte au principe de la liberté de conscience en privant le médecin-chef de service de son droit de refuser de pratiquer des interruptions volontaires de grossesse. En effet, la difficulté résultait dans le fait que même en refusant de tels actes, le médecin-chef de service était responsable hiérarchiquement et professionnellement de ces interventions. Selon le Conseil constitutionnel, la désignation de médecins qui pratiqueront des interruptions volontaires de grossesse ainsi que l'organisation de ces interventions dans le service du médecin-chef de service ne porte pas atteinte à la liberté de conscience de ce dernier (déc. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, n° 11, p. 7). De plus, en

rappelant que cette liberté⁽³⁾ est une notion purement personnelle, le Conseil constitutionnel confirme que le refus de faire pratiquer des interruptions de grossesse dans son service de la part du chef de service méconnaît non seulement la liberté de conscience des autres médecins mais également l'égalité des usagers devant la loi et devant le service public hospitalier.

Cette même loi du 4 juillet 2001 a autorisé la stérilisation à des fins contraceptives et a en même temps reconnu au médecin la faculté de faire jouer la clause de conscience. Ainsi, « un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive, mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation » (code de la santé publique, art. L. 2123-1, dernier alinéa). La reconnaissance de cette clause de conscience est en définitive une transposition de celle existant en matière d'interruption de grossesse. En effet, cet acte est dépourvu de finalité thérapeutique comme l'est l'interruption volontaire de grossesse. Finalement, il s'agissait plus de rassurer les médecins opposés à la licéité d'une telle stérilisation que d'assurer une extension de la clause de conscience. Celle-ci jouait déjà pour un acte qui possède la même nature, c'est-à-dire mettre un terme à une grossesse qu'elle soit déjà engagée ou à venir. Nous le constatons la clause de conscience peut être légitimement opposable à un ordre reçu lorsque l'acte à effectuer est certes médical mais ne possède pas de visée thérapeutique. Ainsi, il ressort du champ d'application de la clause de conscience qu'elle s'applique également en matière de bioéthique. Dans ce sens, le Comité consultatif national d'éthique souhaite que les praticiens et les chercheurs puissent se prévaloir de cette clause pour rester libre quant à la mise en oeuvre de certaines techniques (CCNE 22 mai 1984, avis n° 1) ou bien de recherches sur les embryons in vitro (CCNE 15 décembre 1986, avis n° 8). La possibilité de faire jouer une clause de conscience est donc reconnue aux agents publics hospitaliers. Mais, cette faculté recèle un paradoxe. En effet, la clause de conscience permet de désobéir à un ordre reçu légalement en invoquant des principes supérieurs à la loi. Or, la clause de conscience est admise légalement. C'est la loi sur l'interruption volontaire de grossesse ou bien encore le code de déontologie médicale (de valeur réglementaire) qui la prévoit. En définitive, l'agent ne désobéit pas à la loi puisque cette possibilité existe mais seulement à l'ordre reçu. L'agent se retrouve ainsi entre un « simple » conflit de normes et non entre le choix d'appliquer la loi ou de suivre sa conscience.

En revanche, cette clause de conscience de l'agent hospitalier peut-elle être invoquée lorsqu'il s'apprête à effectuer un acte interdit par la loi ? La question se pose alors de savoir si, au nom de la conscience, un membre de la fonction publique hospitalière peut procéder ou participer à un acte d'euthanasie. Dans cette hypothèse, la clause de conscience retrouve sa définition première, c'est-à-dire qu'elle apparaît comme une « source de norme susceptible de s'opposer aux normes édictées par le système juridique » (G. Cornu, préface de la thèse de D.

Laszlo-Fenouillet, La conscience, préc. p. 18). En effet, l'article 38 du code de déontologie médicale dispose que « le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ». Par cette stricte interdiction, l'agent hospitalier ne peut pratiquer ou participer à un acte d'euthanasie ; il est même susceptible d'être accusé de meurtre (code pénal, art. 221-1, 221-3, 295 et 296). Toutefois, il peut être des hypothèses où le médecin, confronté à la souffrance du patient ainsi qu'aux demandes de ce dernier d'y mettre un terme, pourrait envisager un acte d'euthanasie ; acte qu'il sait pourtant illégal. Face à ce « cas de conscience », il s'agit de concilier des intérêts contradictoires, c'est-à-dire qu'il faut entendre la volonté du patient et dans un même temps « assumer et assurer pour le corps social la défense et la promotion des valeurs qui sont les siennes » (CCNE 18 mars 2000, avis n° 1). En acceptant d'entrer dans ces intérêts contradictoires, le Comité national d'éthique propose de mettre en évidence les notions de compassion et de solidarité humaine. Pour lui, il convient de voir en « l'être humain celui qui surpasse la règle et pour lequel la simple sollicitude apparaît parfois comme le dernier moyen de faire face à l'inéluctable » (CCNE *ibid.*). C'est donc presque sans ambiguïté que le Comité d'éthique suggère la possibilité pour chaque médecin de recourir en conscience à une telle pratique. Il s'agit donc bien pour l'agent hospitalier de faire valoir des principes supérieurs à l'obligation de soins qui viendraient alors « surpasser la règle ». Cette possibilité qui n'est encore qu'une éventualité rejoint déjà celle émise il y a plus de vingt-cinq ans par la conférence internationale de l'ordre des médecins à propos des limites de l'acharnement thérapeutique. En effet, cette conférence a estimé, en mars 1976, « qu'à partir du moment où l'état du malade est véritablement désespéré, il est licite de s'abstenir de traitements inutiles comme de gestes de réanimation superflus ; il est tout aussi licite de mettre fin à des traitements qui ne feraient que prolonger l'agonie ou entretenir un coma dépassé ; seule la conscience du médecin et son appréciation du pronostic lui dictent sa conduite ». Ainsi dans les hypothèses où la loi ne réglemente pas la conduite à tenir de la part des agents publics hospitaliers, il semble légitime que la clause de conscience puisse s'interposer afin de concilier à la fois la mission première de ces agents mais également la prise en compte des désirs du malade. Il y a donc bien une possibilité de recourir à cette clause de conscience. Dans ce cas, la légalité (c'est-à-dire l'obéissance à l'ordre ou à la loi) peut être écartée au profit de la licéité de l'acte qui est pris (arrêt des traitements, refus de l'acharnement thérapeutique).

Nous le constatons, la possibilité pour un agent public d'invoquer des principes supérieurs à la loi par le biais de la clause de conscience est reconnue ou envisagée en matière médicale. Certes, il faut admettre que cette faculté existe en raison de la spécificité même de l'activité en cause. Toutefois, puisque cette

clause s'appuie sur l'idée de « compassion et de solidarité humaine » (CCNE ibid.) et donc en définitive sur celle de dignité humaine face à la souffrance d'un individu, il ne paraît pas illusoire de considérer qu'elle puisse être étendue à l'ensemble des activités de l'administration.

Vers une reconnaissance généralisée de la clause de conscience ?

« Face à l'événement, c'est à soi-même que recourt l'homme de caractère [...] Et loin de s'abriter sous la hiérarchie, de se cacher dans les textes, de se couvrir de comptes rendus, le voilà qui se campe et fait front »(4). Cette réflexion semble parfaitement éclairer la problématique sous-tendue par la faculté de recourir à la clause de conscience pour s'opposer à un ordre reçu légalement. En effet, l'agent public face à une situation pourrait être à même de se libérer de la contrainte de l'obéissance en agissant, en conscience, c'est-à-dire en fonction de ce qu'il pense être juste ou licite. Dans cette hypothèse, quels peuvent être les principes qu'un agent public utiliserait pour s'opposer à un ordre ? Il ne fait pas de doute qu'en pareille situation l'agent public fasse principalement référence à des préceptes religieux(5). Ainsi, admettre une généralisation de la clause de conscience reviendrait à considérer que la religion du fonctionnaire puisse être mise en balance avec l'ordre qu'il est tenu d'appliquer. Il s'agit donc, afin d'envisager si une telle extension de la clause de conscience est possible, d'examiner la problématique de la religion du fonctionnaire au regard des obligations qui lui sont imposées en raison de l'allégeance qu'il doit à l'Etat.

Nous le savons, l'agent public bénéficie certes de la liberté d'expression mais est soumis à un devoir de réserve. Il ne saurait alors en aller différemment en ce qui concerne l'expression des opinions religieuses d'autant plus que la République est laïque et que le service public est régi par le principe de neutralité. Il s'agit donc d'assurer la conciliation entre la liberté de religion et le fonctionnement neutre des services publics. Dans cette situation, il ne peut être interdit à un agent d'exprimer sa croyance, de fréquenter des lieux de cultes, ni de participer à la vie d'associations confessionnelles(6). Toutefois, la conscience religieuse de l'agent public est souvent minimisée au regard du pouvoir hiérarchique comme en témoigne notamment la problématique des autorisations d'absence pour motif religieux ou encore la manifestation des opinions religieuses dans le service.

En effet, le fonctionnaire peut être autorisé à s'absenter afin de participer à des célébrations religieuses. Toutefois, ici une difficulté apparaît : la détermination des jours chômés et des fêtes est essentiellement calculée en fonction des fêtes religieuses catholiques. Il est alors légitime que les agents d'autres confessions puissent se trouver dans une situation inégale en raison uniquement de leur appartenance religieuse. C'est pourquoi, une circulaire de 1967(7) mentionne le fait que les chefs de service peuvent « accorder aux agents qui désirent

participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession, les autorisations d'absence nécessaires dans la mesure, toutefois, où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement du service ». Bien que ce texte tente de rétablir une certaine égalité entre les agents de confessions différentes, il faut admettre que si un chef de service refuse cette absence, l'agent ne pourra qu'exécuter l'ordre reçu(8). Dans cette idée, l'agent public ne semble pas pouvoir désobéir aux ordres en invoquant des principes supérieurs dans la mesure où, comme le souligne Geneviève Koubi, « cette expression d'absence compatible avec le fonctionnement normal du service [...] la rapproche sensiblement de la notion fondamentale de l'intérêt du service. Ce concept [...] est autant la marque du prolongement de l'obligation d'obéissance hiérarchique que l'extension du principe de subordination du fonctionnaire au service » (Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires, Rev. adm. 1987, p. 138). Cette situation de subordination du fonctionnaire au service se retrouve en terme similaire lorsqu'il s'agit pour l'agent de manifester sa croyance dans l'exercice de ses fonctions.

Nous le savons, le principe de neutralité de services publics suppose et impose qu'aucune distinction ne puisse être faite entre les usagers en raison, pour notre propos, de leur appartenance religieuse (CE 2 novembre 1992, Khérouaa, Lebon p. 389 ; AJDA 1992, p. 833). De la même façon, le principe de neutralité religieuse s'impose aux agents publics. Par conséquent, il est interdit pour un agent public d'exprimer des opinions religieuses pendant l'exercice des fonctions. Cette prohibition vise notamment le port de signes distinctifs, ostentatoires ou non et accompagnés ou non d'acte de prosélytisme (CE, avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, JO 23 juin 2000, p. 9471 ; AJDA 2000, p. 673 ; RFDA 2001, p. 146). Une fois encore, il n'est pas permis à un agent public de s'opposer à un ordre reçu ou bien à ses obligations de service en invoquant des principes qui pour lui sont supérieurs à cet ordre. Dans l'hypothèse où il ferait jouer sa clause de conscience, il pourrait encourir des sanctions disciplinaires pour manquement à son devoir de réserve religieuse (CAA Lyon 6 mai 1997, Mme M., AJFP 1998-1, p. 40).

De manière plus générale, le principe de neutralité religieuse interdit l'adoption d'un règlement intérieur par un hôpital se référant « à la morale ou à l'éthique catholique pour interdire au personnel l'accomplissement de certains actes dans les soins prodigués aux usagers de l'hôpital » (TA Lyon 1er décembre 1988, Association de l'hôpital Saint-Luc, cité par D. Jean-Pierre, L'éthique du fonctionnaire civil, préc. p. 61). Nous constatons, à propos de cette position du juge administratif, que la mention de la religion dans un règlement intérieur est incompatible avec le principe de neutralité. Sans doute, le juge a également stigmatisé la généralisation du refus d'accomplir certains actes médicaux puisque, nous le savons, l'agent hospitalier peut toujours refuser d'accomplir

certaines actes pour des raisons personnelles(9). Le principe de neutralité interdit donc le refus d'exécuter un ordre en le fondant sur un argument religieux tout comme il interdit une attitude générale faisant référence à une religion. Dans cette situation, la généralisation de la clause de conscience, au nom de principes religieux, est impossible puisqu'elle serait inconciliable avec l'un des fondements mêmes du service public, c'est-à-dire le principe de la neutralité. En revanche, s'il est fait abstraction de la dimension religieuse de la clause de conscience, existe-il là encore une prohibition stricte et définitive ou bien un agent peut-il l'invoquer pour refuser de se conformer à un ordre reçu ? A notre avis, il faut ici tenter de voir dans quelles mesures, il serait possible d'opérer une translation de la reconnaissance de la clause de conscience en matière médicale à la fonction publique générale. En effet, la possibilité pour un agent hospitalier de refuser de pratiquer ou de participer à un acte médical n'est pas fondée sur des considérations religieuses mais sur des raisons professionnelles ou personnelles. Certes, il ne faut pas nier que les actes susceptibles d'être refusés pour des raisons personnelles (l'avortement, la stérilisation contraceptive et, à plus ou moins longue échéance, l'euthanasie) paraissent reposer sur des considérations religieuses. Toutefois, rien ne laisse à penser que la religion de l'agent soit toujours la raison personnelle qui justifie la mise en jeu de la clause de conscience. Il convient alors d'envisager si l'agent public peut refuser d'obéir à un ordre en fonction de raisons personnelles, indépendantes de toute considération religieuse.

Les différents textes organisant les droit et obligations du fonctionnaire ne font nullement mention de la possibilité pour ce dernier de refuser un ordre lorsqu'il est légal. Toutefois, il peut arriver qu'un agent public se trouve confronté à l'extrême détresse d'un usager ou bien qu'il doive appliquer un ordre qui, pour lui, porterait atteinte à un des aspects de la dignité humaine. En définitive, il convient de voir si l'agent public possède, dans ces hypothèses, une certaine latitude d'action dans l'application des instructions ou bien s'il doit agir de manière impersonnelle. En fin de compte, la clause de conscience permettrait, ici, de faire une application modulée de la réglementation et de tenir compte de la réalité même de chaque situation au détriment de l'obligation d'obéissance. L'agent public se trouve alors dans une situation inconfortable. En effet, « s'il est simple d'obéir dans les choses simples et de répondre spontanément aux ordres qui n'appellent pas d'interprétation, il n'en va pas toujours de même ailleurs, là où les modalités de l'action administrative requièrent une certaine marge d'initiative personnelle et même d'arbitraire dans l'application des instructions et directives de portée plus générale ou plus complexe » (R. Catherine et G. Thuillier, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, p. 587). Ainsi considérée, la désobéissance, au nom de principes personnels, conduirait l'agent à agir de manière discrétionnaire au risque d'opérer une certaine discrimination entre les usagers. Ceci serait d'autant plus

néfaste qu'elle se fonderait uniquement sur la propre perception de l'agent sans tenir compte d'une certaine réalité objective. Il y a là un risque sérieux de remise en cause de la satisfaction de l'intérêt général et du principe d'égalité dans et devant le service public. Le traitement des dossiers serait sinon paralysé tout au moins mis en échec par le comportement personnel de l'agent alors même qu'il pense agir afin de satisfaire au mieux son interlocuteur. Dans cette situation, « la capacité de refus de certains fonctionnaires, leur contestation de la hiérarchie les amènent ainsi à se placer en dehors de la loyauté nécessaire à leur charge, pratiquant une politique plus ou moins personnelle avec des moyens d'action propres, des masses de manoeuvres, une clientèle, un clan, voire une doctrine publique difficilement compatible avec la réserve attendue de leur fonction » (Ibid p. 590).

La désobéissance de l'agent en raison d'une clause de conscience apparaît alors dangereuse. Elle tend à conduire l'agent vers une application personnelle de la réglementation en vigueur. Dans cette hypothèse, la sécurité juridique et la lisibilité de la règle n'existent plus pour l'usager puisque la décision administrative reposerait sur la conviction et la conscience de l'agent et non uniquement sur la règle de droit. Dans cette situation, la satisfaction de l'intérêt général est perdue de vue. Dès lors, il apparaît que la clause de conscience du fonctionnaire représente un certain danger quant au fonctionnement du service public. Ainsi afin d'éviter l'arbitraire éventuel de la décision prise par l'agent au nom de la conscience, il convient d'y substituer un mode de fonctionnement qui non seulement répondrait à l'intérêt général mais également à la spécificité de la situation de l'usager. C'est pourquoi, il devient nécessaire d'opposer à la clause de conscience le principe de neutralité. La reconnaissance de ce principe paraît permettre justement de tenir compte de l'ensemble des situations. En effet, « lorsque la prise en considération des particularités et disparités est nécessaire, la constante du principe de neutralité autorise le dépassement de la fonction du principe d'égalité, pour aborder, au-delà des composantes administratives du traitement des situations différentes, les concepts de discrimination positive »(10). En définitive, l'agent public ne peut se voir accorder la faculté de faire jouer une clause de conscience pour s'opposer à un ordre reçu : celle-ci conduirait sans doute à une vision personnelle de la satisfaction de l'intérêt général et à une application personnelle de la réglementation administrative. Toutefois, il est possible de voir également dans le principe de loyauté du fonctionnaire à l'égard des citoyens un moyen de concilier la satisfaction de l'intérêt général et la prise en considération de l'intérêt de l'usager(11). Il est alors permis de considérer que le principe de neutralité des services publics assure non seulement un traitement égal des administrés mais également confère à l'agent une certaine marge de manoeuvre objective qui peut valablement se substituer à la faculté de faire jouer la clause de conscience.

L'oscillation de l'agent public entre son allégeance affirmée à l'égard de l'Etat et la tentation supposée de désobéir aux ordres et aux lois comme le fit Antigone ne peut finalement se résumer en un simple conflit de devoir, ni même en un conflit de normes. En effet, nous avons montré qu'à un strict devoir d'obéissance peut être opposée une obligation de désobéissance. De la même façon, la reconnaissance d'une clause de conscience pour les agents hospitaliers ne peut être transposée à l'ensemble de la fonction publique dans la mesure où les fonctions exercées ne poursuivent pas les mêmes fins. Il ne faut pas non plus considérer que le libre arbitre de l'agent public se dissout dans le respect du pouvoir hiérarchique. Ce dernier ne peut s'exercer de manière arbitraire sauf à perdre de vue l'objectif et la raison d'être de l'action administrative, c'est-à-dire la satisfaction de l'intérêt général. Il s'agit donc de déterminer un subtil équilibre entre ces deux extrêmes. En fin de compte, il faut considérer que l'agent public satisfera sa conscience et respectera son obligation d'obéissance dès lors qu'il se conduira de manière neutre et impartiale mais également lorsque l'ordre qu'il devra exécuter sera non seulement légal mais également raisonnable, c'est-à-dire conforme à la raison. Il s'agit donc de trouver un équilibre entre le respect de l'ordre reçu et la prise d'initiative de l'agent. En conséquence, l'enjeu de la problématique repose sur la qualité de l'agent public dans la mesure où « le fonctionnaire sûr, c'est celui qui sait entendre ordres et instructions et les exécuter intelligemment, qui, à coup sûr, saura se tenir dans la ligne définie par ses supérieurs, qui saura déterminer jusqu'à quel point on peut aller en terrain découvert dans l'initiative, l'attaque ou la défense, sans provoquer de rupture ou de scandale » (R. Catherine et G. Thuillier, préc. p. 585).

suite...

La précédente étude de Stéphane Buisson (v. AJFP 2003-1, p. 44) a rappelé que le principe de soumission hiérarchique et d'allégeance à l'Etat trouve sa limite juridique dans le conflit entre l'ordre donné et la loi : l'agent public ne doit pas mettre en oeuvre une décision dont l'illégalité compromet gravement un intérêt public. La question soulevée maintenant est de savoir si la possibilité de désobéir, sinon le devoir de le faire, peut se fonder sur des considérations extra-juridiques liées à la conscience de l'agent ; d'apprécier en d'autres termes si le fonctionnaire peut dans certains cas s'affranchir du respect de la loi elle-même.

contrat

La fonction publique hospitalière, par le canal du code de déontologie médicale, fait une large place à la « clause de conscience », notamment en matière d'interruption volontaire de grossesse et de contraception. Mais le praticien hospitalier qui n'applique pas la loi ne la viole pas pour autant puisque c'est elle

qui lui permet de faire prévaloir ses convictions dans des conditions qui s'imposent à sa hiérarchie.

question

La clause de conscience peut-elle être invoquée pour effectuer un acte interdit par la loi ? En infraction cette fois avec le code de déontologie médicale qui interdit de « provoquer délibérément la mort » est-il envisageable d'admettre dans certains cas des actes d'euthanasie ? Le comité national d'éthique a ouvert la porte, dans le cadre de ses travaux sur l'obligation de soins et les limites de l'acharnement thérapeutique, à une telle conception transcendante de la conscience humaine.

références

v. Alberto Puppo, La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ? (AJFP 2002-4, p. 36) de même que les commentaires d'Olivier Guillaumont sur CAA Nantes 28 décembre 2001, département du Cher (L'appréciation de la gravité des pratiques sectaires d'une assistante maternelle, AJFP 2002-4, p. 45).

V. Didier Jean-Pierre, Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi (AJFP 2001-3, p. 31) et Les religions du fonctionnaire et la République (AJFP 2001-4, p. 41).

limites

Une extension de la reconnaissance de la clause de conscience, a fortiori sa généralisation, porterait atteinte au principe de neutralité du service public qui tend à assurer l'égal traitement des administrés sans priver les agents publics d'une réelle latitude dans l'appréciation des situations.

Mots clés :

DEONTOLOGIE * Devoir d'obéissance * Clause de conscience

DISCIPLINE * Refus d'obéissance * Clause de conscience

(1) Code de déontologie médicale créé par le décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, modifié par décret n° 97-503 du 21 mai 1997 (v. sur Légifrance).

(2) G. Mémeteau, Recherche Antigone en bon état ou la clause de conscience et la bioéthique, Ethique 1993, n° 1, p. 9.

(3) Cette liberté a été reconnue comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans la décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977.

(4) Ch. de Gaulle, *Le fil de l'épée*, cité par Y. Abram, *Le conflit de devoirs : le fonctionnaire territorial entre les obligations d'obéissance et de résistance*, AJFP 1996-3, pp. 41-42.

(5) Si l'on se réfère à la clause de conscience telle qu'elle existe en matière médicale, il faut admettre que ces préceptes religieux sont dominants en ce qui concerne le refus de pratiquer ou de participer à un avortement. De même, la brèche entrouverte par le Comité national d'éthique à propos de l'euthanasie repose sur l'idée de compassion humaine ; idée non exempte de connotation religieuse.

(6) Pour une illustration célèbre de ces situations : CE 28 avril 1938, Dlle Weiss, Lebon p. 379.

(7) Circulaire n° 901 FP du 23 septembre 1967 relative aux congés pouvant être accordés aux fonctionnaires pour participation à des cérémonies religieuses.

(8) C'est-à-dire le refus de s'absenter.

(9) Ces raisons peuvent d'ailleurs très bien être fondées sur des considérations religieuses.

(10) G. Koubi, *Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'Etat ?*, Rev. adm. 1992, p. 495.

(11) Sur la problématique de la loyauté du fonctionnaire à l'égard des administrés, D. Jean-Pierre, préc. pp. 182-203.