



GOBIERNO FEDERAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA  
INVENTARIOS

TARJETA:-----

LE

# DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND



111

**BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE DE DROIT PUBLIC**

publiée sous la direction de

**Max BOUCARD**

Maître des Requêtes honoraire  
au Conseil d'Etat

**Gaston JÉZE**

Professeur agrégé à la Faculté de droit  
de l'Université de Lille

LE

# **DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND**

PAR

**OTTO MAYER**

Édition française par l'auteur

AVEC UNE PRÉFACE DE H. BERTHÉLEMY

Professeur de droit administratif à l'Université de Paris

TOME QUATRIÈME

**PARTIE SPÉCIALE**

LES OBLIGATIONS SPÉCIALES (SERVICE DE L'ÉTAT ; CHARGES PUBLIQUES ;  
CONCESSION D'ENTREPRISE PUBLIQUE ; INDEMNITÉS POUR DOMMAGES CAUSÉS PAR  
L'ADMINISTRATION). -- LES PERSONNES MORALES, ETC.

TABLES ANALYTIQUE ET ALPHABÉTIQUE

PARIS

**V. GIARD & E. BRIÈRE**

Libraires-Éditeurs

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULIER

1906

000700973



# PARTIE SPÉCIALE

---

## LIVRE II'

---

### SECTION DEUXIÈME

#### Les obligations spéciales

##### § 42

#### **Le service de l'Etat ; sa nature juridique et ses différentes espèces**

L'obligation du service de l'Etat est une *obligation de droit public, en vertu de laquelle un sujet est astreint à prêter à l'Etat, avec dévouement personnel, une certaine espèce d'activité.*

I. — Il y a aussi certaines obligations spéciales des sujets, qui dépendent du droit public et en vertu desquelles les sujets sont astreints à prêter des activités déterminées. La théorie des charges publiques nous en fournira des exemples. L'élément caractéristique qui distingue le service de l'Etat de toutes

les autres obligations de ce genre, c'est la force particulière avec laquelle le service de l'État s'empare de la personne; le *dévouement personnel et la fidélité* à ce service (1) sont exigés de celui qui est tenu. Tout d'abord, cela constitue un devoir purement *moral*, qui, en cette qualité, reste en dehors d'un rapport de droit proprement dit. Mais à un point de vue secondaire, cela acquiert une importance juridique (2). D'abord, ce caractère spécial du devoir se manifeste dans la forme particulière, dans laquelle l'accomplissement de l'obligation est surveillé et réalisé par contrainte; nous en parlerons au § 45 ci-dessous. De plus, ce caractère apparaît immédiatement par certaines conditions et certains accessoires juridiques qui sont généralement attachés à cette obligation. Ce sont les suivants :

1) Le service de l'État ne peut incomber qu'à des personnes qui, en vertu de leur *nationalité*, appartiennent à cet État. Le droit administratif, comme nous l'avons vu, en principe, ne se préoccupe pas de la nationalité : le pouvoir de police, le pouvoir de finance, le droit public concernant les choses prennent tous, comme sujet opposé à la puissance publi-

(1) L'obligation d'une fidélité particulière pourra aussi exister dans les obligations de servir qui dépendent du droit civil; il en est question, par exemple, pour les employés de commerce. Le service de l'État diffère de ces obligations par la forme du droit public; l'élément de fidélité ne sert qu'à distinguer ce service des autres prestations pouvant être dues en vertu du droit public.

(2) C'est à tort que l'on fait de la fidélité une catégorie spéciale qui, dans l'énumération des devoirs du fonctionnaire, figure à côté des autres *Bluntzschli*, Staatswörterbuch, IX, p. 603; V. *Rönne*, Preuss. St. R., III, p. 473; *Laband*, St. R., ed. all., I, p. 438 (éd. franç., II, p. 156); la fidélité ne signifie pas un devoir distinct, c'est l'esprit dans lequel les devoirs véritables doivent être remplis. Il est encore plus faux de dénier à ce devoir de fidélité toute importance juridique (*G. Meyer* dans *Annalen* 1880, p. 345; *Rehm* dans *Annalen* 1885, p. 86; *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 337 et note 4); nous allons souligner cette importance dans le texte.

que, tout simplement l'individu qui se trouve dans l'État. Au contraire, le dévouement particulier et la fidélité exigés ici ne doivent être supposés que chez un homme appartenant à la communauté à laquelle le service doit être prêté. S'agit-il du service d'une communauté inférieure, — cercle, commune locale etc., — on exige même parfois que l'individu appartienne aussi spécialement à cette dernière communauté.

Pour mieux garantir l'existence de la qualité exigée, on a posé le principe que la validité même de la création du rapport de service en dépend comme de sa condition formelle.

Il y a même des cas où la création du rapport de service entraîne de plein droit la nationalité correspondante pour la personne obligée (3). Telle est la force de la connexité qui existe entre ces deux choses.

2) Un point commun à tous les cas de service de l'État, c'est d'être accompagnés d'un *serment professionnel* (*Diensteid*, serment de service), qui doit être prêté par celui qui doit ce service, au moment même où il entre en activité. Ce serment est formulé de différentes manières; mais son contenu essentiel et uniforme partout, c'est la promesse de remplir fidèlement les devoirs qui vont désormais incomber à celui qui le prète. Le serment sert à corroborer, par un appel à la conscience, l'élément moral de cette obligation, qui juridiquement n'est pas bien saisissable. En exigeant ce serment, la loi souligne énergiquement la nature spéciale de cette obligation de droit public. Il s'agit

(3) Loi d'Emp. du 1<sup>er</sup> juin 1870. § 9, al. 1<sup>er</sup> : « Des lettres de nomination pour le service immédiat ou indirect de l'État, ou pour le service des cultes, de l'instruction ou des communes, émises ou confirmées par le gouvernement ou par une autorité administrative centrale ou supérieure d'un État confédéré, remplacent, pour l'étranger et pour le citoyen d'un autre État confédéré qu'elles concernent, les lettres de naturalisation ou de réception, à moins qu'une réserve contraire n'y soit exprimée. »

là de cette nature et non pas de l'objet des services à prêter.

Des transports militaires, par exemple, pourront se faire par la prestation de renfort, à côté de ce qui s'opère par les troupes du train : le soldat et le paysan réquisitionné font le même travail, l'un et l'autre en vertu d'une obligation de droit public. Du paysan réquisitionné on n'exige pas de serment ; les moyens extérieurs de contrainte paraissent suffisants. Le devoir du soldat, au contraire, comme celui du fonctionnaire, exige plus qu'il ne pourrait être obtenu par les voies de droit, même d'un homme à gages. De là le serment (4).

3). C'est dans le même ordre d'idées que ce rapport juridique s'attache avec une force particulière aux *personnes* qui y sont comprises. D'un côté, le débiteur ne peut pas se libérer en se substituant un autre débiteur ; cela va sans dire. Mais ce n'est pas même *in solutione* qu'un remplacement pareil ne peut pas se faire. Dans la réquisition, dans les corvées et autres prestations personnelles n'ayant pas ce caractère d'intensité, ce qui seulement importe, c'est que l'effet déterminé soit obtenu : que le débiteur fournisse lui-même les activités exigées ou qu'il les fasse prêter par un autre, cela est indifférent. L'obligation du service de l'Etat, au contraire, est excessivement personnelle ; à cause de son caractère moral, elle devient différente, quand un autre doit la remplir. Par conséquent, il n'y a pas ici d'accomplissement par remplaçant. Il y a remplacement dans les fonctions par un autre fonctionnaire, il y a constitution d'un nouveau débiteur avec libération d'un premier débiteur ; mais chacun ne fait que remplir le devoir qui lui incombe personnellement ; il ne remplit jamais le devoir d'un autre.

(4) V. *Rönne*, Preuss. St. R., III, p. 314 ; *Schalze*, D. St. R., I, p. 327.

L'incessibilité existe aussi de l'autre côté, du côté du créancier : c'est uniquement vis-à-vis d'une communauté de droit public que ce rapport particulier avec son devoir moral pourra être imaginé, comme l'obligation de droit public de servir le représentant. Nous parlons de service de l'Etat ; mais il est bien entendu qu'ici comme ailleurs il peut y avoir, à la place de l'Etat, comme sujet créancier, la province, le cercle, la commune, enfin n'importe quel autre corps d'administration propre. D'ailleurs, comme nous l'avons spécialement vu dans les matières du droit public concernant les choses, un entrepreneur concessionnaire pourra aussi être mis à la place de l'Etat : le droit d'exproprier lui est conféré ; des servitudes de droit public, des restrictions de la propriété de droit public pourront être exercées par l'entrepreneur dans l'intérêt de l'entreprise qui lui a été concédée. Mais jamais le concessionnaire n'est investi de l'autorité spéciale qui, dans le rapport du service de l'Etat, appartient au patron ; ses employés n'ont que des contrats de droit civil.

Ce caractère personnel du service de l'Etat s'affirme encore à un autre point de vue. Le devoir moral de dévouement et de fidélité cherche, par sa nature, l'homme vivant, et non la personne abstraite que la construction juridique offre comme créancier de l'obligation à remplir. L'obligation de servir, comme toutes les autres obligations des sujets, est due à l'Etat, être abstrait. Mais notre droit public étant moulé sur le type de l'Etat monarchique, fait apparaître, à travers cette fiction indispensable pour les constructions juridiques, la personne du prince, toutes les fois, du moins, que ce voile se lève, c'est-à-dire toutes les fois que la question n'est plus placée sur le terrain exclusif de ces formules. C'est ce qui a lieu dans le service de l'Etat. Il est dû, d'après le droit for-

mel, à la personne abstraite de l'Etat. Mais l'élément moral, le dévouement, la fidélité, excédant la sphère du droit, cherche d'autres attaches : le serment, par lequel on promet d'accomplir son devoir avec dévouement et fidélité, est prêté chez nous, non pas à l'Etat, mais au prince en personne (5).

II. — En principe, l'obligation de servir a aussi un *côté extérieur*, par lequel le patron agit sur des tiers par l'intermédiaire du serviteur. Ce côté extérieur ne manquera pas d'avoir une importance juridique, même pour le rapport interne qui nous intéresse ici en première ligne. Une connexité de ce genre n'existe pas seulement dans toutes les obligations de service qui dépendent du droit public ; elle se manifeste déjà dans les rapports de droit civil qui lui servent de modèle.

Tout louage de service, qui se fait d'après le droit civil, a pour but de faire gérer, par l'activité du débiteur, les affaires du créancier, du patron. Le patron dispose de cette obligation en indiquant au débiteur les affaires qu'il doit gérer. Cet *emploi* donné au serviteur est nécessaire pour qu'il puisse agir. L'indication peut se faire au moment même de la création de l'obligation de servir ou n'intervenir qu'après coup. Elle ne sert pas seulement à déterminer le contenu exact de l'obligation ; elle place, en même temps, le débiteur à la tête des affaires qui doivent lui être confiées, afin qu'il les gère pour le compte du maître et à sa place ; car, matériellement, elles restent les affaires du maître. De cette manière, le rapport a pour

(5) A. L. R. II, 10 § 2 et 3. Cette idée trouve son expression la plus claire dans le serment de fidélité au drapeau, que doivent prêter les soldats allemands. Ils promettent « de servir fidèlement comme soldat Sa Majesté le Roi ». Ce service est dû à l'Etat et en même temps au roi ; dans le serment de fidélité, c'est le roi seul qui apparaît.

effet de faire agir le débiteur vis-à-vis des tiers, comme si le maître lui-même l'avait fait ; ce côté extérieur du rapport s'appelle la *représentation*. Ce ne sont pas nécessairement des actes juridiques qui doivent être accomplis pour le maître ; il y a représentation au sens large du mot, même quand il est seulement question d'un travail manuel à exécuter pour autrui. Si l'emploi a pour but d'accomplir, pour le maître et en son nom, des actes juridiques, nous appelons ce pouvoir spécial de représenter le maître une *procuration*.

De même, dans la sphère du droit public, l'obligation de servir est accompagnée de l'indication d'un cercle d'affaires du maître, — c'est-à-dire de l'Etat, — qui devront être gérées par le débiteur. Le côté extérieur de l'emploi, le pouvoir de représenter l'Etat dans ce cercle déterminé d'affaires, s'appelle la *fonction publique*. Si l'emploi a pour but de faire accomplir par le débiteur des actes juridiques de droit public, c'est-à-dire des déclarations obligatoires pour les sujets, ou, comme on le dit encore, de faire exercer par lui le pouvoir de commander, alors la fonction est revêtue d'un caractère de puissance publique et sert à constituer une *autorité* (comp. t. I, § 8 note 2, p. 120). C'est le correspondant de la procuration du droit civil. Du reste, pour l'objet qui nous occupera ici, cette distinction est sans importance.

Toutefois, en droit public, le rapport qui existe entre l'obligation de servir et la fonction n'est pas le même que celui entre le louage de services et la procuration en droit civil. La représentation du droit civil peut-être considérée d'une manière abstraite et pour elle-même, isolément. Peu importe, pour la conception, le rapport personnel existant entre le représentant et le représenté, qui est à la base. Cela pourra être un rapport d'obligation quelconque ; la représentation peut aussi être le résultat d'un rapport

de puissance de famille. Par là il n'y a rien de changé dans sa nature. La fonction publique, au contraire, est essentiellement liée à l'obligation de servir du droit public. *La fonction est un cercle d'affaires de l'Etat, qui doivent être gérées par une personne liée par l'obligation de droit public de servir l'Etat* (6). Tout pouvoir de gérer des affaires pareilles, qui serait constitué d'une autre manière, ne répond pas à cette notion.

L'Etat, la commune peuvent, par un contrat de louage de services, dépendant du droit civil, se procurer des auxiliaires pour faire exécuter des travaux publics : construction de routes, nettoyage d'édifices publics, conduite de fourgons de la poste. Tous

(6) *Laband*, St. R., éd. all., I, p. 322 (éd. franç., II, p. 3) donne les définitions suivantes : « Une fonction publique de l'Etat (*Staatsamt*) est un cercle d'affaires de l'Etat, délimité par le droit public » ; en conséquence, p. 326 (éd. franç., II, p. 10) : « Une fonction publique de l'Empire est un cercle d'affaires de l'Empire délimité par des règles de droit ». *Laband* prétend donc remplacer l'élément spécial de la notion que présente, dans notre définition, l'obligation de servir dépendant du droit public, par la délimitation que doit recevoir, par le droit public, le cercle d'affaires confiées au fonctionnaire. Naturellement, cela ne veut pas dire que la fonction est placée, en général, dans la sphère du droit positif ; il serait bien inutile de l'affirmer. Il doit s'agir de règles de droit concernant directement la fonction, à l'effet de délimiter le cercle de ses affaires et pour la créer ainsi. Or, cela est évident, il y a beaucoup de fonctions pour lesquelles cela n'existe pas et auxquelles *Laband* cependant ne refuse pas de reconnaître cette qualité : dès lors, la formule, dans ces cas, apparaît insuffisante. Il y a des fonctions qui n'ont qu'un caractère passager (*Laband*, St. R., éd. all., I, p. 409 ; éd. franç., II, p. 109), par exemple, une mission diplomatique extraordinaire ; le « cercle d'affaires » n'est déterminé ici que par la commission impériale et nullement dans la forme d'une règle de droit. Mais des fonctions permanentes aussi, fréquemment, ne reçoivent pas leur délimitation par des règles de droit public de cette espèce et ne sont pas du tout organisées par des règles de droit. Pour gérer des entreprises industrielles, pour administrer des musées et des bibliothèques et pour installer les fonctions nécessaires à cet effet, le Gouvernement n'a pas besoin de règles de droit, il n'a besoin que d'argent ; cet argent, il est vrai, c'est la loi du budget qui le lui donnera. Mais, dans l'opinion de *Laband* lui-même, cela n'est pas une délimitation par le droit public ou par des prescriptions juridiques.

ces individus n'ont pas de fonction publique (7). A côté d'eux, il y en aura d'autres qui, peut-être, tout en faisant le même genre de travaux, sont censés être revêtus d'une fonction publique et être des fonctionnaires. La différence repose uniquement sur le caractère de droit public de l'obligation de servir, en vertu de laquelle ces individus sont attachés à ces affaires à raison de leur nomination au service de l'Etat.

L'Etat pourra aussi se procurer des prestations de travail dans les formes du droit public et les employer à la gestion de certains intérêts publics, gestion à laquelle les débiteurs seront contraints de contribuer: dès que le devoir qu'il impose n'a pas le caractère spécial d'obligation de servir selon le droit public, c'est-à-dire ne contient pas l'exigence qui lui est propre du dévouement et de la fidélité personnels, il n'y a pas de fonction. Nous citerons comme exemples le secours qui pourra être exigé à l'occasion d'un accident, les réquisitions de prestation de renforts et de main d'œuvre (8).

Le droit constitutionnel de l'Etat, ainsi que l'organisation des communes, délèguent, dans une certaine mesure, des affaires publiques aux soins d'assemblées de citoyens, leurs délibérations étant exécutoires par elles-mêmes, ou bien ne constituant qu'une collabora-

(7) Ce sont les « serveurs contractuels », d'après la terminologie des juristes prussiens: *Olshausen*, *Stf. G. B.*, II, p. 1290; *R. G.*, 24 mars 1887 (*Samml.*, VI, p. 107), 16 juin 1887 (*Samml.*, *Stf. S. V.*, p. 337); *O. V. G.*, 25 février 1885, 26 oct. 1885. D'après *Lerning*, *V. R.*, p. 115, des gens engagés par contrat de louage d'ouvrage selon le droit civil peuvent aussi avoir le caractère de fonctionnaires publics; il argumente des « aides privés » dans le service des postes et des gardes forestiers privés. En sens contraire, *Laband*, *St. R.*, éd. all., I, p. 406 note 2 (éd. franç., II, p. 105 note 1). Nous expliquerons plus tard au § 43, III, ci-dessous, en quoi la thèse de *Lerning* est juste et en quoi cependant la règle indiquée au texte conserve sa valeur.

(8) Nous donnerons de plus amples explications au § 47, II, ci-dessous.

tion en sous ordre : on peut citer les représentations nationales, les conseils municipaux, les assemblées générales des communes. Les membres de ces assemblées n'ont pas de fonction, attendu qu'ils n'ont pas d'obligation de servir (9). Par dessus tout, le prince lui-même gère les affaires de l'Etat dans une grande étendue, mais il le fait sans fonction et sans être fonctionnaire. Le président de la République, au contraire, est fonctionnaire, attendu qu'il existe pour lui une obligation de droit public de servir l'Etat.

Il n'y a pas de fonction publique sans obligation de droit public de servir. A l'inverse, il peut y avoir obligation de droit public de servir l'Etat *sans fonction*. Cela peut arriver de deux manières.

Il se peut que la création de l'obligation de servir et le commencement de la fonction coïncident. En fait, ces deux choses, d'ordinaire, n'apparaissent que séparées par un certain intervalle. Dans ce cas, la fonction ne pouvant exister sans obligation de servir, c'est toujours cette obligation qui naît la première et qui reste d'abord seule pendant un certain temps jusqu'à ce que la fonction s'y joigne et la fasse agir en conséquence. Le droit des fonctionnaires de profession en fournit les exemples les plus frappants. De même, il peut arriver que la fonction cesse la première, laissant subsister l'obligation de servir toute seule.

Le même résultat peut encore être produit par la raison que l'activité formant le contenu de l'obligation de servir l'Etat, n'a pas nécessairement pour but de gérer des affaires de l'Etat, affaires qui seraient

(9) *Olschansen*, *Stf. G. B.*, II, p. 1293 (n. 14, II, b.); *R. G.*, 1<sup>er</sup> février 1883 (*Reger.*, III, p. 306); comp. aussi sur les différentes formes de ce pouvoir représentatif, la théorie des corps d'administration propre, § 58 ci-dessous.

confiées aux débiteurs : l'intérêt que l'Etat poursuit par leur obligation n'est pas de produire par leur intermédiaire un effet extérieur ; il s'agit plutôt de produire un effet sur eux mêmes, de leur donner une certaine éducation qui les rendra propres à servir plus tard réellement à l'accomplissement des tâches auxquelles l'Etat les emploiera. Ce but principal fait alors disparaître l'idée d'une représentation de l'Etat dans la gestion de ses affaires ; il n'y a pas de fonction. Il y a donc ici obligation de servir l'Etat, sans fonction. L'armée, qui profite d'une obligation de ce genre pour former la grande école de la nation en vue de la guerre, présente l'exemple le plus important (10) ; mais ce n'est pas le seul.

Ainsi nous maintiendrons nécessairement le principe que l'obligation de servir l'Etat et la fonction publique sont des choses distinctes par leur nature. Mais ce n'est pas à dire qu'il nous soit permis, en exposant notre institution juridique, de faire abstraction de la fonction publique. Au contraire, les deux choses sont intimement liées par des rapports réciproques. De même que l'obligation de servir est la condition de la fonction, de même la fonction, à son tour, réagit sur l'obligation de servir l'Etat : cette dernière obligation étant toujours créée en vue d'une fonction d'un caractère déterminé, c'est de cette fonction que dépendent les qualités personnelles requises pour pouvoir entrer à ce service : c'est d'elle que dépend le contenu de l'obligation ; c'est par elle qu'elle reçoit son développement complet. Lorsque cela ne doit pas aboutir à une fonction, — comme dans le service militaire forcé, — la fonction est remplacée

(10) *Laband*, dans *Arch. f. öff. R.*, III, p. 519 : « Le service militaire forcé en temps de paix n'est qu'une instruction obligatoire ».

dans ces effets sur l'obligation par une autre sorte de service « actif ».

Ainsi, le service de l'Etat présente partout le même type d'un rapport juridique se développant par les degrés suivants : capacité d'être obligé, création de l'obligation de servir, service actif, et d'un autre côté arrivent aussi à se dissoudre par les degrés correspondants.

III. En considérant la force créatrice du rapport juridique, on distingue d'ordinaire les obligations du droit civil en obligations légales et obligations conventionnelles. On a appliqué la même distinction à l'obligation de servir l'Etat ; cela semble correspondre aux deux formes principales dans lesquelles des rapports juridiques de droit public, peuvent, en général être créés : la règle de droit agissant directement, et l'acte administratif. C'est ce dernier acte qu'on entend désigner par l'expression de création conventionnelle. Nous aurons à examiner cette « convention » de plus près (comp. § 44, I ci-dessous). Toutefois, même avec cette réserve, la distinction en service légal et service conventionnel n'est d'aucune utilité pour nous. Les différences qui existent entre les formes de créer l'obligation de servir l'Etat, telles qu'elles se présentent en réalité, ne se laissent pas ranger dans ces catégories.

D'une part, en effet, la prétendue obligation légale de servir n'est pas du tout créée directement par la loi ; elle n'existe qu'en vertu d'un acte administratif appliquant et exécutant la loi. Cet acte se rencontre aussi dans la création conventionnelle de l'obligation de servir ; il y a même souvent des prescriptions légales que l'acte pourra prendre pour base. La seule différence, c'est que la prétendue obligation légale peut être imposée spontanément, c'est-à-dire sans le consentement du débiteur, en vertu d'une autorisation donnée par la loi, tandis que l'obligation convention-

nelle dépend du consentement du débiteur. Il est donc préférable d'appeler la première, non pas service légal, mais *service forcé*.

D'un autre côté, le service conventionnel ne vise que le placement dans le service de l'Etat, le prétendu contrat de service de l'Etat. Mais cela ne suffit pas pour comprendre tous les cas de service de droit public en dehors du service légal ou, pour mieux dire, forcé. Il y a, à côté, une autre série d'institutions très importantes qui ne se laissent pas ranger dans les formes du contrat de service de l'Etat : c'est la catégorie des fonctionnaires d'honneur, qu'il faut classer. Il n'est pas d'usage d'employer le mot de contrat pour l'acte par lequel est créé leur rapport juridique spécial, quoique cet acte mérite cette dénomination aussi bien et aussi mal que ce qu'on appelle le contrat de service de l'Etat. Toutefois, il y a, en réalité, des différences juridiques assez importantes entre ces deux choses. Nous placerons donc, à côté de l'entrée dans le *service professionnel de l'Etat*, comme institution juridique distincte, l'*acceptation d'une fonction d'honneur* (11).

(11) Dans Bl. f. adm. Pr., XXXIII, p. 49, on reproche à la théorie du service de l'Etat, telle qu'elle est exposée par Laband, d'être incomplète, parce qu'elle traite seulement des fonctionnaires de profession, et non des « fonctions reposant sur l'accomplissement d'un devoir commun du citoyen », spécialement des fonctionnaires communaux. Laband n'expose que le droit public de l'Empire, pour lequel ces fonctions d'honneur n'ont pas une grande importance. Par conséquent, dans ses observations générales sur le service de l'Etat, St. R., éd. all. I, p. 406 (éd. franç. II, p. 103), la fonction d'honneur est laissée de côté. « L'obligation de servir, dit-il, (éd. all. I, p. 407 ; éd. franç. II, p. 104) peut avoir une triple base juridique », à savoir, le contrat de louage d'ouvrage du droit civil et les deux titres de droit public : service forcé ou admission contractuelle au service de l'Etat. Toutefois, en traitant de la matière du service judiciaire (St. R., éd. all., II, p. 431 ; éd. franç., IV, p. 308), il remarque très justement. « Par conséquent, au point de vue du droit public, il faut distinguer trois espèces de services en justice : le service forcé des échevins et jurés, le service professionnel des fonctionnaires des tribunaux et le service honorifique des juges de commerce ». Voici bien nos trois catégories.

### **Le service forcé et le service des fonctionnaires d'honneur.**

L'entrée au service de l'État comme fonctionnaire de profession constitue la forme universelle de droit public, en vue de faire naître toute sorte d'obligations de servir d'un contenu quelconque. Le service forcé et le service d'honneur ne trouvent d'application, à côté de cela, que d'une manière restreinte et pour des obligations de servir ayant des objets déterminés. Il y a aussi une catégorie à part, d'un caractère tout à fait exceptionnel et pour ainsi dire anormal, que nous appellerons obligations mixtes ; elles forment une espèce de transition entre le service d'honneur et le service professionnel ; il en sera parlé au n. III du présent paragraphe.

I. — *L'obligation de service forcé est une obligation de servir selon le droit public, imposée d'autorité, indépendamment du consentement du sujet intéressé. Cela constitue une atteinte à la liberté ; il faut, à raison de la réserve constitutionnelle, un fondement légal.*

Notre législation de l'Empire fournit ces fondements pour le *service militaire forcé*, et pour le service judiciaire des *jurés* et des *échevins*. Nous en tirerons, en première ligne, les éléments qui serviront à expliquer notre institution juridique quant à la naissance et à l'extinction de l'obligation de servir (1).

(1) Loi militaire du 2 mai 1874 ; loi sur l'organis. judic.. §§ 31-57, § 84-97.

1) La loi, en donnant à l'administration le pouvoir d'imposer d'autorité des obligations de servir pour certains buts, détermine, conformément à ces buts, le *cercle des personnes* auxquelles l'obligation pourra être imposée, et la *mesure* de cette obligation, à savoir son contenu et sa durée ; elle fixe donc, en même temps, les principes d'après lesquels cette obligation prendra fin.

Le cercle des personnes à obliger est délimité, comme pour toutes les obligations de servir dépendant du droit public, avant tout par la condition de la *nationalité* de l'Etat, ce qui signifie, pour nos exemples principaux, la qualité d'allemand d'Empire. D'autres qualités sont aussi exigées en vue de garantir la *capacité spéciale* pour faire le service dont il s'agit : un certain âge, absence de défauts corporels ou moraux, etc. Enfin le cercle se restreint par des *exemptions* reconnues en faveur de certaines personnes, capables en principe, mais qui doivent être ménagées pour différents motifs dont on a cru devoir tenir compte. Ces motifs sont très largement admis pour le service judiciaire ; ils sont relativement rares pour le service militaire.

Il y a des *listes permanentes* sur lesquelles sont inscrits tous les sujets qui pourront être requis pour chaque service ; ces listes font ainsi connaître la totalité du personnel disponible. Ces listes sont publiées, et les intéressés pourront faire valoir leurs observations afin de les faire rectifier. D'un autre côté, les individus qui devraient être compris sur ces listes pourront être obligés de se présenter à certaines époques dans des bureaux déterminés ; ou bien des restrictions pourront leur être imposées dans le choix de leur séjour, dès avant le moment où toutes les conditions seront remplies pour exiger d'eux le service effectif. Cela a pour but d'assurer, à l'avance, la créance future

de l'Etat contre eux, l'obligation de servir qui sera constituée plus tard.

Tout cela n'a qu'un caractère *préparatoire*; il n'existe encore aucune obligation de servir, ni en vertu de la loi dont les définitions semblent s'appliquer à tel sujet déterminé, ni par l'inscription sur la liste. Aussi ces personnes ne sont-elles pas encore soumises à un pouvoir général, en vertu duquel elles seraient à la disposition de l'administration; elles ne sont soumises qu'à certaines obligations et restrictions particulières et qui ne vont pas plus loin que la loi ne l'ordonne directement; ce sont des charges auxiliaires qui leur sont imposées.

2) *L'obligation de servir est imposée par un décret de l'autorité, rendu contre l'individu imposable par un acte administratif qui est appelé élection ou conscription.* Au cas de service forcé, — que nous visons ici, — il y a des commissions spéciales constituées à cet effet. Le décret contient une application de la loi, c'est-à-dire l'affirmation que les conditions légales sont remplies; mais il aboutit en même temps à une appréciation de l'intérêt public, d'après lequel ces personnes sont requises pour le service public à l'exclusion d'autres individus également imposables, ou de préférence à ceux-ci. A l'égard de l'individu intéressé, l'élection ou la conscription ne produit son effet, comme tous les actes administratifs, qu'au moment de la notification dûment effectuée. C'est à ce moment que prend naissance l'obligation de servir.

Avec la notification de l'obligation imposée, on pourra faire enjoindre en même temps l'ordre d'en commencer l'accomplissement, l'*appel pour l'entrée en service*; la notification peut même être faite directement sous forme d'un commandement, d'un appel de ce genre. Mais il se peut aussi que le commandement soit réservé et ne soit émis que plus tard et séparé-

ment. C'est le premier acte pour lequel il soit fait usage de l'obligation de servir.

La désobéissance à ce commandement, le refus d'entrer en service à l'époque prescrite sont soumis à une répression pénale ; ils font de plus encourir des dommages-intérêts, c'est-à-dire le paiement des frais occasionnés par ce fait illégal ; enfin, quand il s'agit du service militaire, on vaincra cette résistance par l'emploi de la force : le débiteur sera amené *manu militari*.

3) Avec l'entrée dans le service, l'accomplissement de l'obligation commence ; le rapport juridique fait apparaître alors son caractère plein et entier. L'entrée au service est, de la part de l'obligé, essentiellement un fait matériel qui n'a en soi rien d'un acte juridique. Elle consiste purement et simplement dans la *présentation (Gestellung)* de la personne de l'obligé ; elle peut se faire spontanément ou par voie de contrainte, peu importe ; il suffit du fait de la comparution de l'obligé devant l'autorité qui dirige le service dû, et de la possibilité ainsi procurée à cette dernière de disposer effectivement de sa personne. L'entrée au service s'achève alors, grâce à cette mise à la disposition, par l'*enrôlement* de l'obligé dans l'entreprise publique à laquelle il doit servir, dans l'organisation de la justice ou de l'armée. A cette occasion maintenant, la *prestation de serment* aura lieu. Cependant, les effets juridiques de l'entrée en service ne s'attachent pas à la prestation du serment ; elle s'attache uniquement au fait de l'enrôlement.

L'entrée en service a donc le caractère juridique d'une *prise de possession* par l'autorité de l'individu qui doit servir. Ce débiteur est placé par là sous cette dépendance juridique spéciale qu'on a pris l'habitude d'appeler *rapport de sujétion particulière*. C'est le pouvoir du préposé hiérarchique, qui, en conséquence,

agit sur lui avec ses ordres et ses moyens de discipline. Le caractère de ce pouvoir sera plus ou moins fortement prononcé selon la nature des services qu'il s'agit de faire fournir et de diriger.

Il trouve son expression la plus énergique dans les institutions du *service militaire*. Avec l'enrôlement effectif dans l'armée, il se produit une obligation de service actif d'une sévérité particulière (2). Elle semble presque absorber l'individualité entière du débiteur, qui désormais est censé appartenir à une classe à part, à l'état de soldat ; l'obéissance absolue qui est due aux supérieurs, une contrainte par des moyens de discipline extrêmement rigoureux, un droit pénal spécial applicable en vertu de ce changement de *status*, tout cela concourt à caractériser la situation juridique exceptionnelle qui lui est faite ; nous reviendrons sur les détails au § 45, I, ci-dessous.

Pour le juré et l'échevin, le service actif signifie un rapport de sujétion spéciale qui ne se fait presque pas sentir. Ce qui donne son importance marquante à l'entrée dans cette situation, c'est plutôt la naissance d'une *fonction* dont le débiteur est investi à ce moment même. Le juré, l'échevin qui ne se présente pas à l'audience fixée n'a jamais eu de fonction ; il ne l'acquiert qu'au moment où commence l'audience à laquelle il assiste pour accomplir son devoir. C'est à ce moment aussi qu'il prête serment. Sa fonction s'éteint avec la clôture de cette audience, sauf à revivre, quand il lui faudra revenir pour servir encore dans une autre audience (3).

(2) *Laband*, St. R., édit. all., II, p. 653 (éd. franç., V, p. 261) : « un devoir du sujet, élevé à une puissance extraordinaire ».

(3) C'est seulement *brevisitatis causa* que la loi sur l'organisation judiciaire parle partout de la convocation, de la récusation, exemption, comparution des « échevins » ou « jurés ». Il aurait fallu dire : « des personnes requises pour faire le service d'échevin ou de juré ». Un « juré », qui est condamné à une amende parce qu'il ne s'est

Dans l'exercice de cette fonction, c'est-à-dire dans l'accomplissement de son service actif, le juré ou échevin est soumis à la direction du juge qui préside ; puisqu'il s'agit d'une activité juridictionnelle qui, par sa nature, est matériellement indépendante, cette direction ne porte que sur la forme extérieure de sa conduite. Il n'y a pas de moyens de contrainte disciplinaire spécialement prévus pour cette espèce de service. Il suffit de la pénalité dont le débiteur est menacé pour le cas où il voudrait « se dérober à ses devoirs », puisqu'il s'agit d'un service forcé ; si le débiteur est venu et reste, la police de l'audience est là pour garantir qu'il remplira convenablement la fonction.

Mais, malgré toutes ces différences quant à la formation des détails, le service actif du juré et de l'échevin d'une part, le service actif du soldat, de l'autre, représentent cependant, dans le développement consécutif des institutions du service forcé, la même suite de degrés, caractérisés par les mêmes idées juridiques.

4) Le service actif, cela se conçoit, ne tient pas ses débiteurs dans une activité ininterrompue. Mais une *interruption passagère* n'empêche pas le service de

pas présenté, et, qui, par conséquent, ne pouvait pas être assermenté, n'a pas été « juré », cela va sans dire. Il résulte de la nature de ce rapport avec la fonction que ni le juré ni l'échevin ne sont des fonctionnaires. Ils « pourvoient » à la fonction, d'après les termes de la loi sur l'organisation judiciaire, §§ 31, 84 ; mais il ne sont pas pourvus de la fonction. Cette fonction ne leur est pas déferée pour être attachée à leur personne comme une qualité et capacité personnelle ; elle reste au palais de justice, pour leur être confiée seulement pendant les heures qu'ils ont à passer là. Cette idée a trouvé une expression peu précise quand on dit que c'est la courte durée de la fonction qui les empêche d'être des fonctionnaires : *Hälschner*, Stf. R. II, 2 p. 1033 et note 3. Mais il est absolument inexact de vouloir expliquer l'absence de la qualité de fonctionnaire par le fait qu'il s'agit ici d'un service forcé : *Olshausen*, St. G. B., II, p. 1380 n. 8 c ; *Laband*, St. R., édit. all. I, p. 414 (éd. franç. II, p. 117). Sinon, du temps de la théorie de *Gönnér*, où tout service de l'Etat était considéré comme une obligation incombant aux sujets, il n'y aurait pas eu de fonctionnaires du tout.

continuer. Même pendant les minutes de récréation, le juré, l'échevin conserve sa fonction et reste soumis à la direction du président ; même pendant la nuit et pendant les heures de repos, ou quand il est en permission, le soldat est en service actif et sous les drapeaux. Le pouvoir hiérarchique n'est pas interrompu, même quand il laisse flotter un peu les rênes. Ainsi tout cela est juridiquement sans importance et ne fait pas l'objet de règles fixes.

Mais le service actif peut *prendre fin*, tout en laissant subsister l'obligation de servir. Cela a lieu pour des causes déterminées.

Parmi ces causes, il faut citer en première ligne, les cas où le *temps* pour lequel le service actif est dû *est écoulé*. Tous les services forcés ont cela de commun, d'être limités à un certain délai ; la charge à imposer a toujours sa mesure. Cette mesure peut être calculée d'après un délai fixe, ou d'après la durée d'une certaine affaire ou d'un groupe d'affaires à gérer. Passé ce délai, le débiteur doit être libéré, soit seulement du service actif auquel il a été appelé, soit même de l'obligation entière de servir. Mais, quelle que soit la cause qui doit mettre fin à un service actif, elle n'aura jamais son effet directement et de plein droit : on ne peut être affranchi d'un rapport de sujétion spéciale que par la mainlevée accordée par le maître. L'acte de l'autorité, par lequel se termine le service actif, s'appelle le *renvoi* (*Entlassung*). Si la loi a ordonné, dans l'intérêt du débiteur, qu'à tel ou tel moment son service actif doit être terminé, cela doit être entendu non pas comme une fin qui aurait lieu directement, mais comme un droit, pour l'intéressé, d'obtenir son renvoi.

Ce renvoi se fait d'une manière expresse pour le service militaire ; quant au service judiciaire des jurés et échevins, il est contenu dans la déclaration du président que l'audience est levée.

Si, avec ce renvoi, la session du jury n'est pas encore terminée, si l'échevin n'a pas encore fait le nombre de séances qui lui ont été légalement imposées, si le soldat n'est pas encore complètement libéré, l'obligation de servir continue. C'est une obligation en non activité qui peut revivre, une obligation latente, ou, pour parler la langue du droit civil, une obligation à terme. Le fait qu'elle existe ne s'affirme pas seulement par la possibilité d'un rappel au service actif. Pour garantir l'accomplissement de ce devoir, des *obligations auxiliaires* sont établies. C'est ainsi, par exemple, que le juré est obligé, pendant la session, de faire acte de présence toutes les fois qu'il s'agit de former à nouveau le jury. Et, dans une mesure beaucoup plus large, le soldat renvoyé dans la réserve ou dans la Landwehr est soumis à des devoirs et des restrictions : il lui est prescrit de se présenter en personne devant les autorités à des époques déterminées ; le droit d'émigrer ne lui est accordé que sous certaines conditions, etc. (4). Ces devoirs et restrictions ressemblent à ceux qui sont imposés en vue de l'obligation de servir future, par mesure préparatoire ; ils sont naturellement plus intenses, parce que l'obligation de servir est née, que le service actif a eu lieu, et a donné à cet individu une certaine valeur pour cette grande entreprise de l'État. Mais, juridiquement, l'analogie est complète : le service actif une fois terminé, il n'y a plus de rapport de sujétion spéciale, en vertu duquel toutes sortes de prescriptions pourraient être données au débiteur. Il n'y a plus de pouvoir du supérieur. L'individu soumis à l'obligation de servir ne doit désormais que ce qui lui est prescrit par la loi, pas plus. Telle est la situation.

5) L'obligation de servir elle-même prendra fin par

(4) Loi militaire de l'Emp. du 2 mai 1874, § 57.

l'accomplissement de la mesure dans laquelle elle a pu être imposée ; elle s'éteindra aussi à la suite de certains faits qui ont le caractère de causes irrégulières, tels que l'incapacité ou l'indignité qui surviennent, ou des droits à la libération d'une part, des pouvoirs d'exemption de l'autre (5).

Si l'obligation de servir doit s'éteindre pendant la durée du service actif, elle ne produira toujours effet que par le renvoi déclaré par l'autorité. S'il s'agit d'une obligation de servir en non activité, les causes qui y mettent fin peuvent avoir libre cours pour produire leur effet. C'est pour le législateur une question d'opportunité que de savoir s'il faut exiger, pour qu'elles opèrent ainsi, une reconnaissance formelle, c'est-à-dire un acte administratif prononçant la libération.

6) Quand le service actif est terminé, quand l'obligation de servir est éteinte, la *possibilité d'être soumis à l'obligation* par un nouvel acte de conscription ou d'imposition reste ouverte. Du moins, en principe. Mais la cause qui a éteint l'obligation peut avoir éteint, en même temps, la capacité juridique d'y être soumis de nouveau (incapacité physique, indignité). Et le fait d'avoir « fait son temps » peut, d'après la loi qui sert de base nécessaire à tout ce système de services forcés, libérer soit pour toujours, soit, du moins, pour un certain temps. Ces charges, comme nous l'avons dit, sont toujours mesurées. Pratiquement, ce sont seulement les services judiciaires qui, après un certain répit, peuvent revenir sur le même individu et l'obliger à recommencer.

(5) On a l'habitude de mentionner, dans cette énumération, en premier lieu : la mort de l'individu obligé de servir ; c'est encore, à mon avis, une de ces petites exactitudes si prétentieuses et si inutiles ; a-t-on jamais cru que cette obligation pouvait passer à l'héritier ?

II. — Dans l'organisation de nos autorités administratives, et même dans celle du pouvoir judiciaire ainsi que de l'armée, de nombreuses fonctions sont prévues, destinées à être acceptées par les particuliers pour l'accomplissement d'un devoir civique — devoir garanti par le droit, ou devoir simplement moral. Nous les appelons *fonctions d'honneur*.

C'est également une fonction d'honneur, qui est remplie par le juré ou par l'échevin, pendant qu'ils accomplissent leur obligation en service actif (comp. la note 3 ci-dessus, p. 18). Ici nous ne parlerons que de fonctions d'honneur permanentes, déferées aux individus en toute forme, comme cela a lieu pour les fonctions de profession.

Celui qui accepte une pareille fonction est soumis, en même temps, aux devoirs correspondant à cette fonction. Il se crée, pour lui, une obligation de droit public de servir la communauté à laquelle cette fonction appartient : Etat, cercle, commune.

Cette obligation, dans la manière dont elle se forme comme dans celle dont elle prend fin, diffère tant du service forcé du droit public, que du service professionnel.

1) Toutes les fonctions qui doivent s'exercer ainsi pour l'Etat sont réglées par la loi. Un fondement légal, pour couvrir l'atteinte à la liberté, ne serait pas, il est vrai, absolument nécessaire, puisque, d'après les principes généraux, il pourrait toujours être remplacé par l'acceptation volontaire. Mais, d'un côté, il s'agit ici partout de fonctions investies d'un pouvoir d'autorité, et, à raison de l'effet juridique que doit produire l'activité qui émane d'elles, la loi, comme nous l'avons vu, s'est emparé de leur organisation (comp. t. I<sup>er</sup>, p. 16 et p. 117, note 18). D'un autre côté, il semble que, dans l'opinion qui a prévalu, l'Etat, en bonne règle, doit se procurer les services dont il pourra

avoir besoin, par des fonctions professionnelles ou par des contrats de louage du droit civil ; il ne doit donc être permis de faire usage de services d'honneur, même volontairement acceptés, que dans les cas pour lesquels la loi l'autorise.

Pour les communautés inférieures, au contraire, des fonctions d'honneur, même sans fondement légal, se présentent en grand nombre ; pour elles, on considère comme plus convenable de faire appel aux vertus civiques des citoyens.

Les exemples les plus importants nous sont fournis par les fonctions d'honneur de nos lois *d'organisation d'administration propre* et, dans la sphère de la législation d'Empire, par les fonctions des *juges de commerce* (6) et des *officiers de la réserve et de la Landwehr* (7).

Dans les cas où la loi a réglé ces fonctions d'honneur, elle fixe spécialement les *conditions de capacité*. La nécessité d'avoir la nationalité de l'État va de soi ; mais, en outre, on exige d'ordinaire que l'individu appartienne à la communauté inférieure ou à la classe d'intéressés auxquelles devra profiter l'activité de ce fonctionnaire. Que ces conditions soient réunies chez une certaine personne, cela aura une importance juridique en ce sens que la validité de l'attribution de la fonction en dépend ; et, quand il s'agit d'une fonction qu'on peut être contraint d'accepter, en ce sens aussi que cette contrainte est rendue possible.

Pour le cercle de personnes ainsi délimité, il se

(6) Loi d'organis. jud., § 111-117.

(7) Ordonnance sur l'armée, § 51 ss ; ordonnance sur la marine, § 61 ss. — La législation de l'Empire nous présente encore de nombreuses fonctions d'honneur dans le système de l'assurance ouvrière. Elles sont essentiellement formées d'après le modèle des « fonctions d'administration propre » créées par les législations particulières. Comp. sur ces fonctions : *Bosin*, R. der Arbeiterversicherung, III, p. 636, 636.

forme de nouveau une qualité commune : la *capacité d'être obligé*. Mais cette capacité a un caractère juridique tout autre que dans le cas précédent (n. I, 1 ci-dessus, p. 15) ; ici, l'obligation de servir qu'elle prépare se forme tout autrement.

2) L'obligation de servir qui incombe aux fonctionnaires d'honneur se forme par l'*attribution de la fonction*. Cela s'effectue dans la forme d'un acte administratif ordinaire, émanant du prince ou d'une autorité. Cette manière de déférer la fonction s'appelle la *nomination* (8).

La nomination, selon la règle générale des actes administratifs, ne produit son effet que par la notification faite à la personne nommée. Mais l'efficacité de l'acte administratif dépend d'une autre condition. La loi ne donne pas d'autorisation d'imposer ces fonctions d'honneur contre la volonté de l'individu : il n'existe pas de service forcé dans le sens de celui dont nous venons de parler au n. I ci-dessus, p. (9). Dès lors, l'imposition de l'obligation de servir ne peut se faire valablement qu'avec son consentement. Ce consentement, c'est l'*acceptation de la fonction*. Il se peut que des déclarations expresses et des délais soient prescrits ; sans cela, l'acceptation pourra aussi se faire tacitement.

Pour que cette condition soit remplie et que la déclaration de consentement soit faite, il y aura,

(8) Pour les fonctions d'administration propre, la nomination est quelquefois remplacée par l'élection ; comp. § 58, II, n. 1 ci-dessous.

(9) Il existe une exception remarquable dans le droit Prussien pour la fonction d'honneur de chef d'une propriété exempte (*Gutsvorsteher* ; Kr. O. § 31 ss.). Cette fonction s'attache, en vertu de la loi, à la personne du propriétaire ; la confirmation par l'autorité n'est qu'une condition de forme pour que l'effet de la loi ait lieu. Le propriétaire ainsi désigné est immédiatement lié par la fonction, et l'obligation de servir prend naissance, à moins qu'il ne s'en décharge en offrant un remplaçant capable.

pour la personne visée, des motifs de différente nature sur lesquels on pourra compter : vertu civique, sentiment monarchique, ambition. Il est possible que la loi se contente de ces motifs. Toutefois, dans la plupart des cas, notamment quand il s'agit de faire usage de la fonction d'honneur pour former des autorités administratives, — ce qui a pris tant d'importance dans nos législations récentes, — la loi établit une *obligation formelle d'accepter* et admet des *moyens de contrainte* pour amener cette acceptation. Le refus, quand il n'est pas fondé sur des excuses reconnues légitimes, est menacé de certains préjudices : des amendes peuvent être infligées, ou bien les impôts dus par l'individu récalcitrant seront, à titre de peine, augmentés dans une certaine proportion (10).

La fonction d'honneur ne devient pas, pour cela, un service forcé. L'obligation de service forcé, comme nous l'avons vu, se forme sans le consentement du débiteur ; ici, au contraire, l'obligation de servir n'est pas imposée d'autorité ; mais une pression est exercée pour amener le consentement nécessaire pour faire naître l'obligation de servir. Si cette pression ne produit pas son effet, l'obligation de servir ne naît pas (11).

(10) Prusse, Kr. O., § 8 ; Bade, Loi du 5 oct. 1863, § 3 ; Krank. Kass. Ges. de 1897, § 34, al. 2 ; Unfall. Vers. Ges., § 24, al. 2 ; Inval. Vers. Ges., § 74, al. 2, § 90. — La législation administrative de la France, en général, n'aime pas établir une contrainte pour l'acceptation de fonctions d'honneur ; comp. *ma Théorie des Franz. V. R.*, p. 284.

(11) En ce sens, *Loening*, V. R., p. 138. Dans la note il relève aussi avec raison la différence qui en résulte pour l'obligation de servir du juré et de l'échevin imposée directement. De même : *Olshausen*, Stf. G. B., II, p. 1378 (au § 359 n. 2). D'ordinaire, il est vrai, on place ces fonctions d'honneur avec contrainte d'accepter tout simplement parmi les services forcés : *Garris*, Allg. St. R., p. 158 ; *V. Sarvey*, Württ. St. R., I, p. 230 ; *G. Meyer*, St. R., p. 705. Non seulement cela efface le caractère juridique qui distingue notre institution de l'autre ; mais encore cette institution elle-même se trouve par là scindée en deux. En effet, les fonctions d'honneur sans contrainte d'accepter étant cependant de

Toutefois, cette différence, qu'il y ait obligation d'accepter ou non, sera d'une certaine importance pour la procédure à suivre dans la nomination. S'il n'existe pas d'obligation, on ne risquera jamais une nomination sans s'être assuré à l'avance qu'elle aura son effet. Au besoin, on fera toujours des constatations préalables pour savoir si la personne visée est disposée à accepter ou non (12). La nomination, quand elle a lieu, se fait alors toujours dans la supposition du consentement donné; par suite, dans l'intention d'être immédiatement valable et définitive, *sans réserve d'aucune condition*. Au contraire, quand la loi établit une obligation formelle d'accepter, la nomination se fait sans préparatifs, dans l'attente que la personne ainsi requise voudra, par la déclaration de son acceptation, remplir son devoir et échapper aux conséquences fâcheuses dont le refus est menacé. Elle contient elle-même la menace tacite de ces conséquences; elle exerce ainsi, d'ordinaire, par sa simple apparition une pression suffisante. Il en résulte qu'elle ne se fait pas avec la constatation que cet élément nécessaire de sa validité existe déjà et avec l'affirmation d'un effet juridique définitif : l'acceptation à déclarer est encore prévue par elle comme condition de cet effet. Tant que cette condition n'est pas remplie, la personne visée par l'acte de nomination ne subit pas encore son effet. Il se peut que, au cas de refus, la nomination, d'après la prescription de la loi, tombe immédiatement et d'elle-même; ou bien il est

nature essentiellement identique, répugnent naturellement à se laisser ainsi associer aux services forcés : ainsi, elles ne trouvent plus de place dans le système. Il faut convenir que la contrainte d'accepter est, pour la notion de la fonction d'honneur, un accessoire sans conséquence.

(12) C'est ainsi qu'on procède surtout pour la nomination des juges de commerce. La nomination d'un officier de réserve suppose même un consentement déclaré par écrit : Ordonnance sur l'armée, § 13, n. 2.

ordonné qu'elle doit être considérée comme nulle, quand l'acceptation n'a pas été déclarée dans un certain délai. Lorsque rien n'a été prescrit à cet égard, la nomination subsiste comme une offre de contracter jusqu'à ce qu'elle soit retirée, ce qui pourra aussi se faire sous la forme de la nomination d'un autre individu. En tout cas, la personne en question n'a jamais été, en vertu de cette nomination, chargée d'une obligation de servir (13). Dans le premier cas, — où il n'y avait pas d'obligation formelle d'accepter, — cette personne a été chargée de l'obligation par l'acte de nomination, même si elle déclare immédiatement qu'elle refuse; en effet, l'acte administratif de l'autorité agissant dans la sphère générale de sa compétence, lorsqu'il veut produire son effet sans réserve, constate lui-même l'existence des conditions mises pour sa validité. C'est à la personne nommée à attaquer l'acte, par les moyens ordinaires, en vue d'établir l'illégalité de l'acte et d'en provoquer l'annulation (comp. t. I<sup>er</sup>, § 8, II, n. 3, p. 126).

3) Par la notification de la nomination, ou, si la nomination a été faite dans l'attente d'une acceptation future, par cette acceptation déclarée, la personne nommée est investie de la fonction et chargée en même temps de l'obligation de servir. L'époque à laquelle se produira cet effet peut, dans un intérêt de conformité et d'ordre, être remise à une certaine date ultérieure où se fera simultanément l'échange des titulaires des différentes fonctions. *Mais toujours, les deux choses commencent ensemble et à la fois : la fonction et l'obligation de servir.* C'est ce qui fait la différence entre le service forcé qui n'entraîne aucune fonction,

(13) Des lors, ici, la déclaration décisive d'acceptation ou de refus ne peut toujours intervenir qu'après la notification de la nomination : V. Brunschich, Preuss. V. Ges., I, p. 25 n. 22 ; O. V. G., 9 juin 1885.

c'est-à-dire aucune qualité juridique de représenter l'Etat (service militaire), ou qui ne la fait naître que pour les courts moments de l'activité effective du débiteur (service judiciaire des jurés et échevins). C'est ce qui fait également la différence avec le service professionnel, qui met le débiteur à la disposition de l'Etat pour toutes les fonctions d'une certaine espèce et peut, en attendant, être créé d'une manière générale et abstraite (14). Ici, la fonction et l'obligation de servir coïncident. Le fonctionnaire d'honneur n'est tenu de servir que par la fonction qu'il accepte, et pour cette fonction qui est censée être digne de son sacrifice (15).

La distinction que nous avons dû faire pour les services forcés, entre un service actif et une obliga-

(14) *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 174, formule très bien la différence qui existe ici en disant : « Les fonctionnaires ainsi créés (c'est-à-dire nommés) ne sont pas, en vertu d'un rapport de sujétion spécial, investis d'une fonction quelconque ; ils sont directement appelés dans une fonction déterminée ».

(15) *Laband*, St. R., édit. all., II, p. 454 (édit. franç. IV, p. 341) argumente directement de la manière suivante : « Le service des juges de commerce n'est pas un service professionnel. Leurs fonctions sont honorifiques, c'est-à-dire gratuites. Par suite, les règles concernant l'avancement, le déplacement ou la mise en non activité ne leur sont pas applicables ». Cela répond parfaitement à la connexité étroite qui existe entre l'obligation de servir et la fonction distincte et déterminée. Il nous semble cependant que *Laband* abonde ici dans notre sens. La nature de la fonction d'honneur n'exclut pas aussi catégoriquement toute possibilité d'avancement et de déplacement. Cette exclusion, il est vrai, sera la règle, parce que, d'ordinaire, tout changement de fonction fera du service autre chose que ce que le fonctionnaire pourra être censé avoir voulu accepter. Cependant, il y a des fonctions, comme celles des officiers de réserve, qui sont considérées comme se valant réciproquement et qui sont aussi organisées, en même temps, par degrés de rangs superposés, en sorte que celui qui en accepte une, sert « à l'avancement ». En effet, l'officier de réserve pourra certainement être promu à un grade supérieur, sans qu'il y ait besoin d'un consentement nouveau : d'un autre côté, on est libre de le déplacer dans un autre régiment de la même arme. Par contre, des « déplacements dans une autre arme » ne doivent être proposés en haut lieu qu'avec le consentement de la personne intéressée : Ordonnance sur l'armée du 28 sept. 1875, II, § 28, n. 8.

tion de servir plutôt latente, ne pourra s'appliquer ici qu'avec des modifications considérables.

Ici, le service actif comprendrait aussi le temps de l'exercice effectif de la fonction. Mais, comme nous l'avons fait remarquer pour le juré et l'échevin, on comptera encore comme service actif les moments pendant lesquels la séance a été interrompue afin de permettre au personnel de se reposer, ainsi que les vacances qu'on consent au soldat à titre de permission. Ce relâchement relatif est d'une importance beaucoup plus considérable pour le fonctionnaire d'honneur, dont l'état et la position sociale sont en dehors de ces fonctions. Tout en conservant cette fonction comme une qualité et un pouvoir qui lui sont inhérents d'une manière permanente, il jouit de la facilité d'en interrompre l'exercice pratique pour des espaces de temps considérables.

Il y a des fonctionnaires pour lesquels ces interruptions comptent cependant comme service actif, celui-ci étant censé continuer purement et simplement. Tel est le cas, par exemple, pour les maires des petites communes et pour les chefs de cantons (*Amstvorsther*). Ces fonctionnaires d'honneur sont préposés à un ensemble d'affaires qu'ils se proposent eux-mêmes de traiter avec une certaine suite, se remettant chaque fois à l'œuvre spontanément, ou qu'ils peuvent être appelés à chaque moment à gérer par suite d'un ordre de service qui leur est donné. D'autres fonctionnaires ressemblent plutôt aux jurés et échevins, en ce qu'ils sont seulement mis en mouvement par une autorité dirigeante qui les convoque pour un temps restreint, après de longs intervalles d'inactivité. Ici on n'admet pas qu'il y ait une simple continuation du service actif ; on ne lui attribue que le temps qui s'écoule entre une convocation et un renvoi. Tel est le cas, par exemple, pour les juges de commerce, les membres

des conseils du cercle (Bade), les membres des comités du cercle (Prusse), enfin les officiers de la réserve et de la Landwehr. Ici on serait tenté d'identifier tout à fait la situation juridique du fonctionnaire d'honneur avec celle du juré et de l'échevin renvoyés à la clôture de l'audience et attendant une nouvelle convocation en vertu de leur obligation de servir qui n'aura pas encore été épuisée. La terminologie de la législation militaire semble même favoriser directement cette manière de voir, en comptant le soldat qui a fait son service actif ainsi que l'officier de réserve, tous les deux indistinctement, dans « l'état de congé » ; il y a des « hommes de l'état de congé » et des « officiers de l'état de congé ». Toutefois, il ne faut pas trop insister sur cette expression. D'abord, il ne s'agit pas d'un congé ordinaire ou d'une simple permission, cela est évident ; nous avons vu qu'en pareil cas le service actif est censé continuer. Pour les individus des deux classes de l'état de congé, au contraire, le rapport de sujétion spéciale est altéré ; il y a entre eux cette différence que, pour les simples soldats, pour les hommes en état de congé, ce rapport de sujétion est, pour le moment, complètement fini, sauf à revivre. Pour les officiers de la réserve et de la Landwehr, il n'en est pas de même. Ils diffèrent du soldat ainsi que du juré et de l'échevin par ce fait, — qui leur est commun avec les juges de commerce, avec les membres du comité du cercle, etc. — : leur fonction ne finit pas avec leur service actif, la qualité et la capacité de représenter l'Etat dans ce cercle d'affaires leur reste, la convocation à un nouveau service actif n'est pas l'attribution d'une fonction nouvelle ; c'est l'ordre d'exercer à nouveau celle dont ils sont restés investis.

Il en résulte deux conséquences : .

Le fonctionnaire qui n'est pas en service actif, et qui fait un acte de sa fonction, agit peut-être contre les

règles de la discipline et en sera responsable; mais son acte sera valable en principe.

Le fonctionnaire en « état de congé » n'est pas tout à fait exempt du rapport de sujétion; si, d'ordinaire, il ne reçoit plus d'ordre de service tant que dure cet état, il reste cependant soumis au pouvoir disciplinaire qui peut toujours lui demander compte de sa conduite en dehors des actes du service proprement dits (16).

(16) L'officier de réserve en présente l'exemple le plus important. Il nous semble que toutes les difficultés qu'on a éprouvées pour expliquer la véritable nature juridique de cette fonction ne pourront trouver de solution satisfaisante que dans cette manière d'envisager les choses.

*Laband*, St. R., édit. all., II, p. 671 (éd. franç., V, p. 309 ss.), a, le premier, développé une doctrine systématique sur cette matière. D'après lui, l'officier de réserve ne ferait que remplir, dans une forme modifiée, son obligation légale de servir, et ressemblerait en cela au volontaire d'un an. Mais il n'est pas possible, à mon avis, de mettre sur le même pied ces deux catégories si différentes.

L'essence de la notion d'officier de réserve est que celui-ci a été chargé d'une fonction publique; il est fonctionnaire. — *Laband*, l. c., édit. all., p. 671, note 2 (éd. franç., V, p. 310, note 1) et *G. Meyer* dans *Annalen* 1876, p. 663, et 1880, p. 350 discutent sur le point de savoir si ce titre lui revient ou non; la chose est indifférente pour notre question — le volontaire d'un an, en principe, n'a pas de fonction. Mais, enfin, il est possible de lui en attribuer une; tout en restant volontaire d'un an, il peut être promu au grade de sous-officier. Supposons que cela ait lieu et qu'il soit investi de cette fonction. Alors ce volontaire d'un an, en effet, ne fait que remplir son obligation légale de servir dans une forme modifiée. On en tire la conséquence suivante: puisqu'il n'y a là qu'une modification de son service légal, on le nomme sous-officier sans lui demander son consentement. S'agit-il, au contraire, de nommer ce même individu officier de réserve, on a, d'après les règlements, besoin de son consentement. On donne comme motif qu'il s'agit de devoirs spéciaux qui incombent aux officiers de réserve, devoirs « auxquels ils se soumettent volontairement » (Motifs du projet de la loi de contrôle, imprimés du Reichstag, II, Sess. 1873, n. 13, p. 6). Dès lors, l'obligation légale ne continue pas; elle est remplacée. La même chose aura lieu, si ce même individu, avant la fin de son service légal, est nommé officier de carrière. D'après la doctrine de *Laband*, cet officier de carrière devrait aussi n'avoir qu'une obligation légale qu'il remplit avec une modification. — Le volontaire d'un an, nommé sous-officier, après avoir terminé, pour cette fois, son service actif, garde son obligation de servir; il conserve aussi sa qualification; lorsqu'il sera convoqué à nouveau, il sera encore sous-officier. Mais, dans l'intervalle, il n'est pas sous-

Dès lors, pour cette seconde catégorie de fonctionnaires d'honneur, ce qu'on veut opposer à leur état de service actif n'en est pas aussi éloigné et se caractérise plutôt comme un relâchement temporaire, comme une interruption partielle du pouvoir hiérarchique.

4) Conformément à la nature spéciale de la fonction d'honneur, l'obligation de servir ici ne prendra effectivement fin que dans la forme d'une extinction simultanée de cette obligation et de la fonction. Il n'y a pas de stades intermédiaires.

La cause ordinaire qui mettra fin à la fonction

officier ; il n'a pas de fonction propre qu'il emporterait, lorsqu'il quitte les drapeaux, car il n'en est investi que pendant le temps qu'il est en service actif, absolument comme le juré et l'échevin. L'officier de réserve, au contraire, reste officier, même en rentrant dans « l'état de militaire en congé » ; la fonction lui est inhérente. De là le droit de porter l'uniforme, le droit d'être obéi par les militaires inférieurs ; de là surtout la continuation du pouvoir disciplinaire propre à cette espèce de fonctionnaires (Ordonnance du 2 mai 1874). C'est en vain que l'on cherche à se soustraire à la logique de ces faits en affirmant qu'il ne s'agit ici que de « devoirs d'état » ; en effet, l'état d'officier n'est autre chose que la communauté de l'obligation de servir dans cette forme ; l'obligation d'avoir une conduite irréprochable, qui est l'objet de la surveillance des cours d'honneur, ne forme qu'un côté de cette obligation de servir, comme Laband lui-même l'a très bien exposé pour les autres fonctionnaires de l'Etat (St. R., édit. all., II, p. 687, I, p. 445 ; éd. franç., V, p. 333, II, p. 156). — Le volontaire d'un an, qui, son service actif terminé, transfère son domicile dans un autre Etat de l'Empire, entre, d'après le principe de la réciprocité pour le service militaire (*Militärische Freizügigkeit*), dans le contingent de sa nouvelle demeure ; les termes restant à échoir de son service actif seront confondus dans ce dernier. Il emporte seulement la qualification, qu'il aura acquise, d'être sous-officier. Il en est tout autrement de l'officier de réserve. Il reste, même au cas de changement de domicile, au service de l'Etat dont le chef l'a nommé officier ; un déplacement dans l'autre contingent ne pourrait se faire que par une démission et une nomination nouvelle. S'il n'y avait pour lui que l'obligation légale de servir, cette obligation suivrait les règles de la réciprocité militaire : les simples « modifications dans la manière de la remplir » n'y changeraient rien, comme le démontre l'exemple du volontaire d'un an sous-officier.

Nous relèverons tout à l'heure encore une autre différence entre le service forcé du volontaire d'un an et la fonction d'honneur de l'officier de réserve.

d'honneur, c'est l'*expiration du temps fixé*. Cette espèce d'obligation de servir, tout comme le service forcé, étant une charge spéciale, est, en principe, imposée seulement pour un temps déterminé; peu importe que l'obligation n'existe ici qu'en vertu d'une acceptation, qui peut-être est tout à fait libre de contrainte; l'Etat ne veut pas qu'on abuse de la bonne volonté. L'arrivée du terme peut produire son effet directement; cela aura surtout lieu lorsque le renouvellement des fonctionnaires est fixé d'une manière générale à certaines dates d'après le calendrier. D'ordinaire, pour que l'obligation s'éteigne, le pouvoir hiérarchique, une fois constitué sur l'individu, nécessite, ici comme ailleurs, un acte de renvoi émanant de l'autorité. L'arrivée du terme final prévu ne confère qu'un droit d'exiger cet acte (17).

La fonction d'honneur pourra aussi finir pour des *causes spéciales*, auxquelles celles reconnues pour le service d'Etat professionnel ont servi de modèle: destitution par condamnation judiciaire, révocation pour incapacité de servir, etc. (comp. § 44, III, n. 2. ci-dessous) (18).

(17) En droit prussien, le principe qu'aucune obligation de fonctionnaire ne prend fin par elle-même, quand le temps est écoulé, mais qu'il faut toujours un renvoi formel (A. L. R. II, 10 § 94, 97), a été déclaré applicable aux fonctions d'honneur: V. *Branchitsch*, *Preuss. V. Ges.*, I, p. 563 note 16. — Revenons encore une fois à l'officier de réserve dont le service a été appelé un « service légal avec modifications » (note 16 ci-dessus). L'obligation légale prend fin directement par l'effet de l'arrivée du terme, à moins que ce moment n'arrive pendant que l'obligé est convoqué pour le service actif. Par conséquent, le réserviste, même celui qui a obtenu la qualification de sous-officier, est libre directement, lorsque la fin de son temps est arrivée. L'obligation de l'officier de réserve, au contraire, d'après le principe établi par A. L. R. II, 10 § 94 pour tous les fonctionnaires, ne finit jamais que par l'effet d'un renvoi. Dans le cas d'un renvoi prématuré, l'obligation légale, comme pour l'officier de carrière, pourrait revivre: Ordonnance sur l'armée, § 25.

(18) Une suspension (comp. § 44 n. 2 ci-dessous) est aussi admise pour la fonction d'honneur: cela veut dire que la fonction et l'obligation de servir sont provisoirement privées d'effet, toutes les deux à la fois.

Si l'individu ne présente plus *les conditions* de capacité légale qui avaient été exigées pour la nomination, la fonction d'honneur ne cesse aussi que par le renvoi. Pour le service forcé, nous avons vu qu'il fallait distinguer : l'obligation finit de plein droit à la suite d'une incapacité légale survenue; mais il faut un acte de renvoi, quand cela se produit pendant que l'obligé se trouve en service actif, à cause du rapport de sujétion qu'il faut alors résoudre. Or le fonctionnaire d'honneur, comme nous venons de le dire, se trouve toujours dans ce rapport de sujétion, complet ou modifié, peu importe. De là la différence.

III. — Il existe encore un cas spécial d'obligation de servir, dépendant du droit public, dont nous voudrions traiter après ce qui a été exposé sur la fonction d'honneur, parce qu'il s'expliquera plus facilement par le rapprochement de ces idées. Il y a des fonctionnaires publics qui exercent leur fonction avec une obligation de servir dépendant du *droit civil* et en vertu d'un contrat de louage de service.

Encore ce contrat n'existe-t-il pas entre ces fonctionnaires et l'Etat ou une autre personne morale du droit public qui pourrait le remplacer; le créancier du service, le patron, c'est un simple *particulier*, un pro-

comme cela convient à ce genre de service. — *Loening*, V. R., p. 141. indique comme cause spéciale mettant fin à la fonction d'honneur la « déclaration unilatérale de se démettre de sa fonction »; il ajoute : « Les lois, qui soumettent à une pénalité le refus non justifié d'accepter une fonction d'honneur, déclarent également punissable la démission non justifiée ». Si cela veut dire qu'on puisse à tout moment renoncer à la fonction par une simple déclaration, de la même manière que cela a lieu pour la démission du service d'Etat des fonctionnaires professionnels (comp. § 44. II, n. 3), cela serait évidemment inexact : le fonctionnaire d'honneur est toujours lié pour un certain temps. Quand il a le droit, après un certain délai, de se démettre de sa fonction — comme dans le cas, cité par *Loening*, de la Kr. O. Pruss. § 8, — cela ne signifie pas que la fonction s'éteint par l'effet de sa déclaration; cela veut dire qu'il a le droit d'exiger que sa démission soit acceptée.

priétaire, un entrepreneur industriel, une société par actions.

Les exemples principaux sont : les agents de la police des chemins de fer au service des sociétés privées de chemin de fer, le personnel des gardes forestiers et des gardes chasse en service privé, les représentants des propriétaires dans la fonction de chef administratif de grande propriété exempte (*Gutsvorsteher*). Dans tous ces cas, il y a contrat de louage de services conclu entre les parties dans les formes ordinaires du droit civil et soumis aux modes d'extinction correspondants. Et toutefois, tous ces individus sont considérés comme des fonctionnaires publics; en particulier, les prescriptions pénales concernant la résistance aux fonctionnaires publics et les délits professionnels des fonctionnaires publics sont applicables. A première vue, cela paraît être en contradiction flagrante avec toutes les idées qui sont à la base de notre théorie sur la fonction publique et sur l'obligation de servir qui y correspond. En réalité, la chose s'explique très simplement par le fait qu'ici une fonction publique et une obligation de servir selon le droit public se joignent spontanément au rapport de service et de mandat d'après le droit civil, et que cela s'effectue dans des formes dépendant du droit public et présentant, quoique d'une manière moins précise et moins complète,

(19) *Oppenhopp*, Stf. G. B., sous le § 359 n. 38, 39, 41; *Olshausen*, Stf. G. B., sous le § 359, n. 15, à I et II; v. *Brauchitsch*, Preuss. V. Ges., I. p. 70 note 121, p. 73 note 131. On rencontre encore des institutions de cette nature dans l'administration des postes; O. Tr. 3 février 1862 (Str., 44, p. 186) : « un postillon est, pendant qu'il fait le service de la poste, fonctionnaire public. Cette qualité relative de fonctionnaire n'empêche pas d'admettre que ce même individu soit placé, à d'autres égards et vis-à-vis du maître de poste qui l'a engagé, dans un rapport de droit privé, dans un rapport de domesticité ». Dans le même sens, R. G. 30 oct. 1886 (Samml., 37, p. 65) caractérise la situation double du postillon : il est « serviteur privé » du maître de poste, et « fonctionnaire » de l'Etat.

les traits bien connus de nos institutions de droit administratif (20).

1) La fonction publique, dans tous ces cas, n'est jamais attribuée directement par le contrat de louage d'ouvrage. Bien que le contrat soit en lui-même parachevé et conclu valablement, les parties ne pourront jamais, par leur seule volonté, lui donner l'effet d'une fonction publique. La fonction ne s'y attache qu'après coup et par un acte distinct de l'autorité publique. Cet acte se présente sous la forme d'une *confirmation* ou d'une *acceptation* de l'individu engagé, à l'effet de lui déférer la fonction dont il doit être investi. Il se joint à la prestation du serment de cet individu pour la fonction et peut directement trouver dans cette prestation du serment sa seule expression ; la pres-

(20) *Loening*, V. R., p. 115, vise ces cas quand il dit : « Même des personnes qui sont placées dans un rapport de service de droit privé avec l'Etat ou seulement avec des personnes privées, peuvent être des fonctionnaires ». Toutefois, il est inexact de dire qu'un rapport de service de droit privé serait ici possible vis-à-vis de l'Etat lui-même. Que ces individus, malgré leur obligation de servir de droit civil, soient des fonctionnaires publics, cela s'explique uniquement par le fait que, à côté de leur rapport de service de droit privé, il existe encore, vis-à-vis de l'Etat, un rapport analogue qui est de droit public. Mais ce parallélisme n'est cependant possible qu'à une condition, c'est que le rapport de droit civil existe vis-à-vis d'un patron autre que l'Etat. Il n'est pas possible qu'un même individu ait, vis-à-vis du même patron, c'est-à-dire vis-à-vis de l'Etat, deux rapports de service, l'un de droit civil et l'autre de droit public. Ici nous dirons : ou l'un ou l'autre : ou bien il y a rapport de droit civil, et alors cet individu n'est pas fonctionnaire public ; ou bien il y a rapport de droit public, alors il est fonctionnaire, mais alors le rapport de service de droit privé, que nous supposons dans cette analyse, n'existe pas. *Laband* qui, dans St. R. édit. all., I. p. 406, note 2 (éd. franç., II, p. 105 note 1) réfute la thèse de *Loening*, observe avec raison : « Il est aussi contraire à l'usage de donner le nom de fonctionnaires à des individus qui sont entrés avec l'Etat dans un rapport purement contractuel de droit privé ». Mais, dans la même note, *Laband* refuse aussi ce caractère de fonctionnaire « au personnel engagé par des personnes privées et investi de fonctions de police ». Ici cependant, il nous semble que l'usage est très clairement fixé pour attribuer ce nom de fonctionnaire.

tation de serment constitue alors la forme de l'attribution de la fonction (21).

La délation de la fonction se fait en vertu d'une loi qui l'autorise; en effet, cette attribution d'une fonction à un employé privé a lieu avec l'intention d'investir celui-ci d'un pouvoir de contrainte envers d'autres sujets; cela ne peut se faire qu'en vertu d'une loi.

Cet acte *suppose* le contrat de louage de services; il en dépend comme d'une condition; mais il ne le modifie pas et ne le rend pas plus efficace, ni plus valable qu'il ne l'est par lui-même. Il arrivera souvent que ce contrat est conclu sous la condition expresse ou tacite que la délation de la fonction s'y joindra. En dehors de ce fait d'être réciproquement la condition l'un de l'autre, les deux actes juridiques n'ont aucun rapport entre eux.

2) L'employé est, en vertu de son contrat de louage de services, obligé, en droit civil, de gérer pour le mieux les affaires qui lui sont confiées, en particulier, en se servant de la puissance qui résulte pour lui de sa fonction publique. Dans tout ceci, même en ce qui concerne l'exercice du pouvoir de sa fonction, il est soumis aux instructions et injonctions de l'autre contractant selon l'obligation de servir qui lui incombe d'après le droit civil.

Mais par là sa situation juridique n'est pas encore suffisamment déterminée. La thèse d'après laquelle il n'y a pas de fonction publique sans obligation de servir selon le droit public, reçoit aussi son application dans ce cas. L'obligation de servir en droit public signifie un rapport d'obligation vis-à-vis de l'Etat ou d'une communauté équivalente. Dès lors, il

(21) *Schwappach*, Forstverwaltungskunde, p. 140, 149; *Günther*, Das preuss. Feld. u. Forst. Pol. Ges. V. 1<sup>er</sup> avril 1880, p. 101; *Koch*, Deutschlands Eisenbahnen, 2<sup>e</sup> éd., I, p. 9, note 17; Pruss., Kr. O. § 33.

faut que ces employés soient, en même temps, dans un *deuxième* rapport d'obligation (22). Ce rapport ne sera pas toujours clairement déterminé. D'ordinaire, il suffira du rapport d'obligations, d'après le droit civil, vis-à-vis du patron dont l'intérêt ira de concert avec celui de l'Etat, pour maintenir l'employé dans la bonne voie, même en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs de la fonction. L'Etat, de son côté, a des pouvoirs suffisants vis-à-vis du patron pour l'inciter à remédier aux inconvénients qui pourraient se présenter. Mais il exerce, en outre, sur la personne de l'employé même, un pouvoir de commandement direct et de discipline. Que les lois de l'Etat le lient dans ce qu'il aura à faire, pour l'accomplissement de son service, cela n'a rien d'extraordinaire ; tel serait aussi le cas, si le rapport de service dépendait purement du droit

(22) *Laband*, *St. R.*, éd. all., I, p. 406, note 2 (éd. franç., p. 105, note 1) fait à *Loening* le reproche de confondre, chez ces fonctionnaires, le rapport de fonction et le rapport de service. Mais il nous semble que, de son côté, *Laband* pousse trop loin la distinction entre ces deux choses. Il dit que ces individus ont des devoirs de la fonction et des droits de la fonction, que ces droits et devoirs n'ont « aucune connexité avec l'obligation de servir, mais seulement avec l'exercice de la fonction ». Nous voulons bien distinguer les devoirs de la fonction de l'obligation de servir, en tant que ces devoirs ne sont autre chose que l'obligation de servir ayant reçu sa détermination et devenue, par cela même, plus rigoureuse. Mais un devoir de fonction en dehors de tout rapport avec une obligation de servir, cela n'existe pas : qui dit devoir de fonction, dit aussi obligation de servir. — La manière dont les idées sont liées ici se trouve exprimée très clairement et très justement chez *Bessel-Kühbretter*, *Preuss. Eisenbahn. R.*, II, p. 41 : « Les fonctionnaires de la police des chemins de fer privés sont placés, en premier lieu, dans un rapport de droit privé avec la société du chemin de fer. Mais « une loi attribuée à ces fonctionnaires, au moins pour une partie relativement minime de leur activité, le pouvoir de police : or, comme tout pouvoir public émane de l'Etat, la personne qui en est investie ne peut l'exercer qu'au service de l'Etat ; il faut donc qu'elle soit, en ce qui concerne ces fonctions, serviteur indirect de l'Etat, quoique, d'une manière générale, elle soit considérée comme personne privée ». — Dans le même sens, *Haushofer*, *Grundzüge des Eisenbahnwesens*, p. 158 : « Les agents de police des chemins de fer privés sont des serviteurs publics, des fonctionnaires auxiliaires de l'Etat ».

civil. Mais l'employé est encore soumis, en ce qui concerne la fonction publique, à l'ordre que l'autorité dirigeante lui fera parvenir, soit comme disposition générale, soit comme ordre individuel, avec cet effet que ces ordres l'emportent sur les injonctions de son patron selon le droit civil. L'observation tant des prescriptions légales, que des ordres qu'elle donne est assurée par l'autorité au moyen de peines disciplinaires analogues à celles dont elle use vis-à-vis d'autres fonctionnaires ; tout au moins pour les cas extrêmes et quand il s'agit de contraventions graves contre ses devoirs, cette autorité aura le droit de renvoyer le fonctionnaire comme tel ; cela veut dire le droit de lui retirer le pouvoir de sa fonction dont il avait été investi (23). Le rapport de service de droit civil n'est pas touché directement ; une pareille mesure pourra seulement produire son effet sur ce rapport par suite d'une condition résolutoire qui y avait été ajoutée, ou comme motif pour les intéressés de faire le nécessaire en vue de faire cesser ce rapport.

3) De là apparaît clairement la nature spéciale du rapport de service de droit public, qui ici accompagne partout le rapport de droit civil. Ce rapport est, en général, calqué sur le modèle de la fonction d'honneur. Le fonctionnaire, il est vrai, touche son salaire ; il le touche grâce à un autre rapport juridique dans lequel il est placé ; cependant, comme cet autre rapport constitue un véritable contrat de louage d'ou-

(23) *Bessel-Kühlvetter*, *Preuss. Eisenbahnrecht*, II, p. 59, constate surtout comment ici un double pouvoir disciplinaire se produit : un pouvoir conventionnel de droit privé appartenant à la société de chemin de fer, et le pouvoir de droit public de l'autorité qui représente l'Etat, l'un et l'autre s'exerçant d'une manière indépendante. — Le double rapport de service apparaît surtout très clairement dans le remplaçant du chef de propriété exempté, d'après la *Kr. O. Pruss.* § 31 ss. ; V. *Bruchitach*, *Verw. Ges.*, I, p. 73, note 131.

vrage d'un caractère bilatéral, il répugne à notre sentiment naturel de parler ici de fonction d'honneur. Mais il ne s'agit ici que de l'identité des formes juridiques, et cette identité ne saurait être méconnue.

Comme pour la fonction d'honneur acceptée, l'obligation de servir selon le droit public est créée par un *acte administratif avec consentement de l'obligé*. Que ce consentement ait été amené sous l'influence d'un contrat de louage conclu avec un autre et soit déclaré valablement dans cette conclusion même, cela ne doit pas être considéré comme impliquant une différence essentielle. L'obligation de servir selon le droit public *coïncide* ici encore avec la fonction et consiste, depuis le commencement jusqu'à la fin, exclusivement dans l'obligation de remplir les devoirs de cette fonction. C'est avec la fonction que l'obligation de servir est créée; c'est avec la fonction qu'elle se termine. Il n'y a pas de fonctionnaires de ce genre qui soient mis en disponibilité; du moins, il n'y a pas de fonctionnaires qui soient disponibles moyennant une obligation de servir du droit public. Qu'ils commencent par une obligation de servir de droit civil et que cette obligation de droit civil puisse, en principe, subsister même après la révocation de la fonction, cela reste encore en dehors de ce que nous avons à examiner ici.

Enfin ces fonctions ont ceci de commun avec la fonction d'honneur, qu'elles sont conférées *à terme*. Le service d'Etat à titre professionnel étant à vie et, d'ordinaire, ce rapport ne pouvant être dissous de la part de l'Etat que pour des causes spéciales (comp. § 44 ci-dessous), il est, au contraire, de la nature de la fonction d'honneur de se terminer après un certain délai (comp. nos développements ci-dessus II n. 3 du présent paragraphe, p. 28 et s.). Ici le terme de la fonction est fixé de telle manière que son existence dépend de celle du rapport de service contractuel auquel elle

s'attache (24). Ce dernier, tombant sous l'application du § 622 du Code civil All., pourra prendre fin à l'expiration de chaque trimestre moyennant une dénonciation de six semaines. Les parties contractantes pourront en disposer autrement ; il y a toujours, en ce qui concerne le rapport entre l'État et le fonctionnaire, ce résultat, qu'il dépend, quant à sa durée, de causes extérieures.

(24) V. *Branchitsch*, *Preuss. Verw. Ges.*, I, p. 70: « De même que pour le chef de propriété exempté la possession de cette propriété, de même pour son remplaçant le mandat du propriétaire est la condition indispensable de l'existence légale de sa qualité de fonctionnaire. Avec la cessation de ce mandat disparaissent de plein droit tous les droits et devoirs d'accomplir les fonctions de chef de propriété exempté ».

---

### Le service professionnel de l'Etat.

Le placement au service professionnel de l'Etat ou d'un corps d'administration propre est la *création d'une obligation de servir selon le droit public, en vertu du consentement de l'obligé et dans le but de lui déférer une fonction publique* (1).

Ces personnes morales pourront aussi se procurer des ouvriers par la voie du *contrat de louage de service d'après le droit civil*. Cela n'est pas possible toutes les fois qu'il s'agit d'exercer la puissance publique par des actes d'autorité ou par des mesures de contrainte. Pour les actes de simple gestion, en principe le choix est libre. Mais il est dans nos usages de n'employer les formes d'un contrat du droit civil que pour certaines prestations d'un caractère subalterne (2). Dès lors,

(1) Ce qui distingue la création d'une obligation de service professionnel de la fonction d'honneur, c'est, au point de vue juridique, l'indépendance formelle de l'obligation de servir à l'égard de la fonction à déférer. Cette obligation ici est créée et existe, sans qu'on ait déjà en vue une fonction déterminée qu'il s'agirait de remplir au moyen du service dû. Ainsi elle met l'individu à la disposition de l'Etat pour des services d'un certain caractère. L'équivalent en argent, le traitement, le salaire en est la conséquence naturelle; mais ce n'est pas l'essentiel; *Bornhak*, Preuss. St. R., II, p. 24.

(2) *Glein*, dans *Wörterbuch*, I, p. 323. En Prusse, les ministères de l'intérieur, des finances et des cultes, d'après un communiqué de la *Berliner Korrespondenz* (feuille officielle) du mois de juillet 1875, se

même en faisant abstraction des formalités extérieures qui signalent le placement au service de l'État, il arrive rarement que, dans un cas donné, on puisse être dans l'incertitude quant à l'espèce dont il s'agit.

1. — La nature juridique de l'acte par lequel s'effectue le placement au service de l'État, a été soumise, dans le cours de l'histoire, à des appréciations différentes. A l'origine et avant la séparation du droit civil et du droit public, cet acte était envisagé comme un contrat ordinaire dans le sens du droit civil (3). L'idée du régime de la police, — d'après laquelle on peut exiger des sujets tout ce qui est nécessaire aux buts de l'État, — amène enfin à la doctrine qui ne voit ici aussi qu'un acte unilatéral de l'autorité ; si le sujet requis donne son consentement, ce n'est que la reconnaissance de son devoir préexistant de sujet (4). L'État constitutionnel n'admet pas, à défaut d'un fondement légal, qu'une pareille atteinte soit portée à la liberté, sans autre autorisation que celle qu'elle se donne à elle-même. Dès lors, le rapport de service d'État ne pourra être créé qu'avec le consentement de l'intéressé.

Quant à savoir si l'on doit ou non voir là un contrat, cela est devenu l'objet d'une controverse très vive (5).

sont entendus sur certains principes à observer. Il est dit : « Un rapport de droit civil aura lieu en règle, quand il s'agira de prestations à salaire modique et d'un caractère plutôt mécanique, qui ne figurent au budget que parmi les dépenses matérielles ». A la différence de ces services, ceux qui dépendent du droit public sont inscrits au budget comme « places étatisées ».

(3) « *Contractus aliquis et convertis* ». — On discutait seulement sur la catégorie spéciale de contrat civil qui serait applicable. Comp. les développements remarquables de *Rehm*, dans *Annalen* 1884, p. 582 ss.

(4) C'était le système soutenu surtout par *Sauferl*, *Vom Verhältniss des Staates undder Diener des Staates*, 1793, et par *Günner*, *Des Staatsdienst*, 1848.

(5) Une liste des auteurs pour et contre dans *G. Meyer*, *St. R.*, § 439, notes 15 et 17. Comp. aussi *Rehm* dans *Annalen*, 1885, p. 171 ss., et mon article dans *Arch. Löff. R.*, III, p. 3 ss.

Tout le monde, il est vrai, se déclare aujourd'hui d'accord pour attribuer au droit public l'acte lui-même, ainsi que l'obligation de servir créée par cet acte. Seulement, comme nous sommes encore loin de pouvoir dire que tous ceux qui parlent de droit public en ont aussi une idée claire et nette, dont ils sont résolus à tirer les conséquences exactes, cet accord ne suffit pas pour produire des résultats concordants. Très souvent, on se contente de constater que l'intérêt public est en jeu, ou de donner à ce que l'on continue à traiter comme un véritable « contrat de service », le titre honorifique de contrat de droit public.

Pour nous, le droit public donne les idées dominantes pour tous les détails des institutions qui lui appartiennent : ces institutions doivent nécessairement se ressentir de ce qu'elles sont construites sur la base de l'inégalité juridique des sujets en cause.

Dès lors, ce qui, dans l'acte juridique du placement au service de l'État produit effet, ce doit être la volonté de l'État, l'acte *administratif* contenant la nomination ; le consentement du sujet pour lequel cet acte est émis n'a que la valeur d'une condition à observer, condition essentielle, d'ailleurs, pour la validité de l'acte. Cet effet existe, comme dans tous les actes administratifs, au moment de la *notification*, de la déclaration qui en est faite en due forme à la personne nommée.

Il est d'usage, — ou même il est expressément prescrit par la loi, — de rédiger la nomination par écrit ; ce titre s'appelle la *patente* (*Bestallung*) ; la notification se fait alors par la remise de la patente (6).

(6) Loi d'Emp. sur les fonctionnaires, § 4 : « Tout fonctionnaire recevra, lors de sa nomination, une patente ». *Rehm*, dans *Annalen*, 1883, p. 150, et *Laband*, *St. R.* (éd. all., I, p. 426 ; éd. franç., II, p. 136), considèrent cela comme une condition de forme qui doit être observée

La nomination ne doit pas et ne peut pas exercer une pression en vue de l'acceptation, comme cela a lieu pour l'appel à la fonction d'honneur obligatoire. D'un autre côté, la nomination ne prétend jamais avoir seulement la valeur d'une offre; elle tend à produire immédiatement son effet (7). Par conséquent, elle suppose existante la condition de sa validité, à savoir le consentement de la personne nommée. Ce consentement n'a besoin d'aucune forme. Il peut s'être manifesté par une sollicitation expresse ou résulter tacitement de la conduite de la personne nommée; c'est ainsi qu'il y a toujours un grand nombre d'individus qui, en passant les examens ou en démontrant autrement leurs qualifications, se mettent à la disposition de l'Etat. Quand il y a le moindre doute, on éclaircira ce point par des informations ou par des pourparlers. Une nomination faite à tout hasard, qui placerait la personne nommée devant la question de savoir si elle veut rendre la nomination valable en déclarant

à peine de nullité. Les motifs du R. B. G. (imprimés du R. T., 1873, I, n. 9, p. 31) disent, il est vrai: « ce paragraphe exclut donc une nomination orale ». Toutefois, il serait plus conforme au texte de la loi d'interpréter cela comme une prescription d'ordre, qui, en fait, suffira pour empêcher que la nomination reste purement orale. Les motifs eux-mêmes, dans ce qui précède immédiatement la phrase que nous venons de rapporter, déclarent (p. 30 et s.): « En ce qui concerne la forme de la nomination, il n'est cependant pas nécessaire de donner des prescriptions expresses ». — En effet, il sera à presumer que l'autorité ne voudra faire sa déclaration définitive que sous la forme de la remise de la patente; si cependant il arrive qu'une nomination non équivoque ait fait l'objet d'une déclaration verbale ou par la voie télégraphique, cela doit être valable et le titre régulier devra alors être rédigé après coup, pour le bon ordre seulement.

(7) Si, par exception, on fait une nomination sans être sûr du consentement de l'intéressé, on ne manquera pas d'y joindre une sorte de pression par un appel à son patriotisme ou à son dévouement personnel. Une nomination très importante s'est faite, comme on sait, par la dépêche télégraphique suivante: « Je vous nomme... refus exclu ». C'est avec cette clause que se font toutes les nominations; seulement, d'ordinaire, si elles déclarent le refus exclu, c'est à raison d'un consentement déjà donné.

qu'elle l'accepte ou la faire tomber, serait contraire à la solennité de l'acte et à la dignité de celui qui l'accomplit.

Toutefois, une erreur reste possible; le consentement n'existait peut-être pas dans le cas donné. Il peut s'y ajouter après coup, expressément ou tacitement. Si cela n'a pas lieu, la nomination n'est pas valable. Mais il ne faut pas croire que, par le fait de la contradiction, la nomination tombe d'elle-même, — comme une offre de contracter lorsqu'on ne peut pas faire la preuve qu'elle a été acceptée; sans quoi, il serait bien étonnant qu'on n'eût pas soin de s'assurer, pour un acte de cette importance, la preuve d'un fait nécessaire pour lui permettre de produire son effet. C'est ici que se manifestent la nature de droit public et la force spéciale de cet acte. L'acte d'autorité qui ordonne une chose — que ce soit un jugement ou un acte administratif, — constate, par cela même, que les conditions de sa validité à cet effet sont remplies. Ce principe général trouve ici son application (8). La personne qui a reçu sa nomination ne peut pas simplement refuser en déclarant : je n'ai pas voulu; il faut qu'elle forme un recours contre l'acte. La nullité n'est qu'un moyen de justifier ce recours. Tant que la nomination n'a pas été retirée ou annulée, elle continue à produire son effet, lequel provient de sa force intrinsèque (9).

(8) Comp. t. 1<sup>er</sup>, § 8, II n. 3; t. 2<sup>e</sup>, § 20, n. 1, note 16 et 17.

(9) Si quelques législations (Schwarzburg-Rudolstadt, loi du 1<sup>er</sup> mai 1850 § 6; Oldenburg, loi du 28 mars 1867, art. 18) admettent un refus « dans les trois jours de la remise de la patente », cela signifie qu'un délai est accordé pour former le recours en annulation. Ce délai expiré, la nomination ne pourra plus être attaquée pour défaut de consentement. Il va sans dire que ces lois ne veulent pas dire qu'une déclaration de consentement faite à l'avance sera nulle si une déclaration de refus intervient dans les trois jours de la notification de la nomination. Toutefois, ici comme ailleurs dans le cas de protestation immédiate, on sera très disposé à couper court à toute discussion.

Mais, à ce point décisif, les partisans les plus décidés d'un véritable contrat de service d'État cherchent eux-mêmes à justifier la particularité que présente l'acte de nomination. Par les tournures — différentes entre elles — qu'ils donnent aux choses, ils parviennent à concentrer toute la force de production du rapport juridique dans la volonté de la partie la plus élevée et à enlever à la volonté du sujet toute importance équivalente (10). C'est ainsi que l'idée fondamentale

et à retirer simplement la nomination. — *Dernburg*, Preuss. Pr. R., II, p. 561, note 8, mentionne le cas suivant : « Un individu a été nommé fonctionnaire : étant gravement malade, il ignore pendant plusieurs jours l'arrivée de la patente ; néanmoins, il est devenu fonctionnaire, — à moins qu'il ne refuse plus tard — et il l'est à partir de la remise de la patente ; et il n'aura pas cessé d'être fonctionnaire, s'il meurt au cours de cette maladie ». Le « refus », évidemment, n'est pas entendu ici au sens de refus d'une offre de contracter ; c'est une expression inexacte pour désigner la demande d'annulation de l'acte.

(10) *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 324 ss., considère le contrat comme « la seule forme possible pour créer un rapport de service du droit public ». Cependant, il déclare : « l'état de fonctionnaire est acquis par le décret de nomination ». Comment cela ? Parce que « par la notification du décret de nomination, l'auteur de la nomination est lié » (p. 341). De plus, « une acceptation expresse ou tacite n'est pas nécessaire pour que la vocation produise son effet ; mais il faut un refus pour qu'elle n'ait pas d'effet ». C'est « le décret qui donne acte du contrat » (p. 345) ; dès lors, il constate aussi l'acceptation de l'autre partie contractante, à laquelle il reste uniquement un moyen, celui d'attaquer cet acte. Qu'est-ce à dire, sinon que ceci est tout simplement notre acte administratif sur soumission ? — *Laband*, St. R. (éd. all.), I, p. 426 ; éd. franç., II, p. 136), adopte un système analogue : « le contrat est conclu par la remise de l'acte de nomination ». Nous appellerions cela la création d'un rapport juridique par la notification de l'acte administratif. Mais *Laband* veut avoir un contrat, qui se ferait à ce moment : il parvient à l'obtenir en qualifiant la remise de la patente d'« acceptation sans réserve », et cette acceptation de « consentement à un contrat de service ». Ce consentement, il est vrai, pourrait être exprimé dans cette acceptation ; cela est entièrement une *questio facti*, la loi n'établissant aucune présomption. Mais la première proposition, — qui voit toujours dans la remise accomplie une acceptation sans réserve, — est tout à fait insoutenable ; car, par la remise, on entend la notification ordinaire d'un acte écrit, la signification au sens de la procédure civile. Dans ce sens, *Laband* lui-même reconnaît que la signification pourra se faire valablement, parlant au domicile de l'intimé à un membre de sa famille ou à un domestique, pendant l'absence du premier ou pendant une maladie grave qui l'empêche d'en prendre connaissance. Dès lors, *Laband*

de l'acte juridique du droit public reçoit quand même sa réalisation; et tout semble s'arranger. Seulement il est difficile de comprendre comment on peut croire pouvoir concilier avec tout ceci l'idée d'un véritable contrat. Avec la notion de l'acte administratif prise dans toute sa force, l'explication est simple et complète.

II. — Le rapport de service de droit public, qui a pour point de départ l'acte de nomination, se développe encore, d'une manière spéciale, par une série de degrés.

1) Le cercle des personnes dans lequel le choix peut se faire, est plus ou moins étroitement limité par les *conditions de capacité* prescrites pour chaque espèce de fonction. Ce n'est pas le premier pas dans le sens d'une obligation, une disposition à être obligé, comme il en existe une pour les services forcés et pour les fonctions d'honneur. Ces conditions ne sont fixées que dans l'intérêt public; si l'on ne les observe pas et si l'on excède les limites du cercle, la personne nommée n'est pas lésée dans ses droits. Dès lors, l'obligation de servir se produit ici, sans état juridi-

a tout à fait raison lorsque, de la remise de l'acte, il fait découler la perfection du rapport juridique à créer; mais, pour en faire un contrat, il ajoute la fiction très arbitraire d'une déclaration d'acceptation; ce n'est pas autre chose qu'une fiction. — *Rehm*, dans *Annalen*, 1885, p. 142, s'associe à *Laband*, pour le fond du moins, « De même que dans la naturalisation, dit-il, la remise du décret est ici encore l'acte d'acceptation concluant ». De même que, pour *Seydel*, le décret donne acte de l'acceptation de l'autre partie, de même ici la signification du décret est concluante dans le sens de cette acceptation.

Le but — très raisonnable d'ailleurs — est le même dans toutes ces constructions: rattacher l'effet produit à l'acte d'autorité seul. Tous les auteurs qui n'ont pas, d'une manière ou de l'autre, eu le soin de caractériser leur « contrat de service d'Etat » comme un acte de droit public, de le dénaturer, pour ainsi dire, à la façon de *Seydel* et de *Laband*, mais qui lui laissent le caractère de simple contrat de droit civil, n'ont évidemment autre chose qu'un contrat de droit civil: et toute l'énergie qu'ils mettent à lui conférer le nom de « contrat de droit public » nous laisse complètement indifférents.

que préparatoire, spontanément par l'acte de nomination.

Cela signifie que l'obligé est maintenant à la disposition de son maître de service, l'Etat, lequel va pouvoir exiger de lui des services de la catégorie de ceux visés par la nomination. L'Etat en use en lui assignant un cercle d'affaires déterminé, dans lequel il devra exercer son activité. Sans cette assignation, l'individu ne doit aucune activité ; et même, il n'est pas autorisé à s'occuper des affaires de l'Etat. L'acte par lequel s'effectue cette assignation, c'est la *délation de la fonction*. C'est par cet acte que l'obligation de servir reçoit la forme plus prononcée du *devoir de la fonction* (11).

L'obligation de service forcé reçoit une intensité correspondante par le fait de l'entrée en service actif ; dans la fonction d'honneur, l'obligation de servir et le devoir de la fonction coïncident. C'est seulement dans le service d'Etat professionnel que l'on trouve deux actes d'autorité distincts produisant chacun l'un de ces deux effets.

Il n'est pas nécessaire que ces deux actes se présentent séparés ; ils peuvent être réunis dans un seul et même acte : avec le placement au service de l'Etat peut se faire directement la délation d'une fonction déterminée. Mais il se peut que le placement au service ait lieu seul, la délation de la fonction étant réservée à un acte ultérieur.

Dans tous les cas, la nomination, par sa nature,

(11) Laband, St. R. (éd. all., I, p. 404 ss. ; éd. franç., II, p. 100 ss.) ; Jellinek, Subj. öff. Rechte, p. 170 ss. ; Rehm dans Annalen 1885 p. 170 ss. Pour la terminologie, ce dernier propose de distinguer entre *serviteurs de l'Etat* (Staatsdiener) et *fonctionnaires de l'Etat* (Staatsbeamten), ce qui serait certes plus logique que l'habitude commune d'appeler fonctionnaire tout individu entré au service de l'Etat pour administrer des fonctions qui lui seront déléguées.

a pour but de déferer une fonction d'une certaine espèce ; c'est le seul moyen de donner à l'obligation créée son utilité. L'indication de la fonction dans la nomination même détermine d'avance le contenu de cette obligation. C'est seulement à des services compris dans l'espèce de fonction indiquée que la personne nommée est engagée.

Dans ce cadre, le patron détermine librement la fonction à déferer ; dans ce cadre également, il est libre de changer plus tard la fonction, à moins qu'il n'en soit empêché par l'effet de l'inamovibilité, laquelle lui défend de retirer ainsi une fonction déferée (comp. n. 2 ci-dessous). C'est ainsi que des avancements, des déplacements dans une autre fonction du même caractère, avec ou sans changement de domicile officiel, peuvent être ordonnés. La délation de la fonction, ainsi que toutes les modifications qui pourront intervenir, sont des actes unilatéraux, qui, pour être valables, n'ont plus besoin du consentement de l'intéressé. Ce consentement est remplacé par l'obligation de servir, créée une fois pour toutes. Ces actes secondaires ne font que la mettre en œuvre.

Au contraire, la délation d'une fonction non comprise dans le contenu de l'obligation de servir constituée, n'est possible qu'au moyen d'un changement dans cette obligation, changement qui l'étendrait à ces nouvelles exigences. Cela suppose, pour être valable, un nouveau consentement de l'intéressé, consentement qui peut être déclaré tacitement par le fait de l'entrée dans la nouvelle fonction.

2) La fonction a pour condition l'obligation de servir ; elle prend fin avec elle. Mais la fonction pourra seule prendre fin, en laissant subsister l'obligation de servir. Il y a encore là une différence avec la fonction d'honneur acceptée.

Comme l'exercice d'une fonction est la forme dans

laquelle s'accomplit l'obligation de servir, l'obligé ne peut pas se démettre de sa fonction quand bon lui semble. L'obligation de servir continuant d'exister, la fonction ne peut prendre fin que par un acte du maître, qui retire la fonction déferée.

Cet acte correspond au non-emploi de l'obligé dans le rapport de service du droit civil. Mais à la différence de ce qui a lieu en droit civil, ici le patron, en principe, n'est pas libre de retirer la fonction. La fonction confère au fonctionnaire un pouvoir juridique sur la portion d'administration publique qu'il est appelé à gérer ; par conséquent, cela peut devenir pour lui l'objet d'un droit public individuel. Il ne doit gérer la fonction qu'au nom de l'Etat et comme représentant. Mais c'est justement cette représentation qui fait l'objet de son droit (12). Par la délation de la fonction, qui concède ce pouvoir, le droit est créé directement ; et en tant que droit, il est intangible, à moins que, par la loi ou par une réserve faite dans l'acte de délation même, il y ait, pour la révocation, un fondement légitime. C'est en ce sens que l'on parle ici d'un *droit de retirer la fonction*, droit qui peut appartenir ou ne pas appartenir au gouvernement (13).

(12) Comp. t. 1<sup>er</sup>, § 5, II, n. 2 ; Rosin dans *Annalen*, 1883, p. 270. *Jellinek*, *Subj. öff. Rechte*, p. 170, refuse aux fonctionnaires le droit à la fonction, pour ce motif qu'on ne saurait y trouver ni « intérêt juridiquement appréciable ». L'intérêt de l'influence et de l'honneur, d'après lui, ne peut pas être « construit comme un intérêt juridique » (p. 169 note 2). Cependant *Jellinek* lui-même admet un droit des électeurs pour la représentation nationale et un droit de l'élu (p. 152 et p. 158), même un « droit publicistique incontestable » sur le titre, le rang et les emblèmes de la fonction (p. 172) ; nous ne voyons pas pourquoi il serait moins possible de « construire » un droit à la fonction.

(13) A la différence du retrait de la fonction, le *congé* signifie seulement un relâchement momentané de l'obligation de servir, une renonciation, de la part du créancier, à son accomplissement pour un temps déterminé. Le *congé* laisse subsister la fonction dans toute sa force ;

Ce retrait de la fonction apparaît, dans notre langue officielle, sous des désignations renfermant toujours une allusion à l'obligation de servir, qui subsiste malgré le retrait : mise en disponibilité (*Stellung zur Verfügung*), mise à la retraite provisoire.

Ce retrait se trouve, dans les législations actuelles, réglé de trois manières différentes.

Dans une certaine mesure, nous voyons maintenue purement et simplement la *libre disposition* du maître sur la fonction qu'il défère. Cela a lieu d'une manière générale, pour les officiers (14). D'après le droit de la Bavière, de la Saxe et d'une série de petits Etats, cela s'applique aussi à tous les fonctionnaires autres que les fonctionnaires judiciaires, par conséquent aux fonctionnaires administratifs (15). D'après le droit prussien, qui en particulier a servi de modèle à la loi sur les fonctionnaires de l'Empire, ce libre retrait de la fonction n'est admis que vis-à-vis d'une certaine catégorie de fonctionnaires administratifs qu'on désigne sous le nom de fonctionnaires politiques (16).

A côté de cela, il existe un *droit de retrait restreint*, qui ne peut être exercé que pour des motifs déterminés. C'est le cas, d'après le droit de l'Empire, pour tous les fonctionnaires administratifs, lorsqu'il s'agit de changer l'organisation des autorités, et que la

il ne retire pas le droit à la fonction, pas même provisoirement. Des actes de la fonction accomplis pendant le temps du congé sont des actes valables ; ils peuvent être contraires à la discipline, le fonctionnaire en congé dérangeant ainsi la marche des affaires telle qu'elle a été réglée en prévision de son absence.

(14) *Laband*, St. R. (éd. all., II, p. 394 ; éd. franç., IV, p. 345).

(15) *Bavière*, Staatsdiener-Edikt, § 19 ; *Saxe*, l. du 7 mars 1855, § 19 ; *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 385 ; *G. Meyer*, St. R., § 154, note 2.

(16) R. B. G., § 25 ; Prusse, l. du 21 juillet 1852 § 87.

fonction dont cet individu avait été investi doit disparaître à cette occasion (17).

Enfin, le droit de retirer la fonction peut être *exclu complètement*. Cela a lieu non seulement quand la loi l'ordonne d'une manière expresse, mais toutes les fois que ne sont pas remplies les conditions dont la loi a fait dépendre l'autorisation qu'elle donne de retirer la fonction. De même, quand la loi, à l'égard d'une certaine catégorie de fonctions, n'a rien ordonné du tout en ce qui concerne le retrait, la possibilité du retrait ne serait pas sous-entendue (18). Dans ce cas, néanmoins, il y aurait un moyen de s'assurer ce droit; ce serait d'insérer une réserve expresse dans l'acte de nomination (19).

Il existe encore, à côté du retrait proprement dit de la fonction, un *retrait provisoire* qui est appelé *suspension*, suspension provisoire du service, suspension provisoire de la fonction. La suspension a toujours lieu seulement pour causes déterminées; elle peut être prononcée directement comme peine au cours d'une procédure disciplinaire (comp. § 45, II, ci-dessous); ou bien elle se présente comme effet

(17) R. B. G., § 29 : Prusse, l. du 21 juillet 1852 § 87 (on n'exige même pas que la nouvelle organisation ait pour effet de faire disparaître cette fonction : *Fr. Seydel, Dienstvergehen*, p. 271). D'après quelques législations particulières, cette mesure est même admise au cas de maladie prolongée : *G. Meyer, St. R.*, § 154, note 3.

(18) Dans ce sens spécialement il a été décidé que, d'après la législation de la Prusse, la mise en disponibilité ne s'applique pas aux fonctionnaires des corps d'administration propre, aux fonctionnaires « mediats » de l'Etat, parce que la loi du 21 juillet 1852 qui forme la base du droit de retrait de la fonction, ne les vise pas ; *Fr. Seydel, Dienstvergehen*, p. 274.

(19) Une réserve de ce genre pourrait donc être faite dans la nomination d'un fonctionnaire de corps d'administration propre en Prusse. Les fonctionnaires de l'Empire, au contraire, pourraient bien, d'après R. B. G., § 7, être nommés avec réserve d'une dénoctation ou d'une libre révocation, mais non pas avec réserve de mise en disponibilité pour des cas autres que ceux prévus par les §§ 24 et 25 de la loi.

accessoire d'une instruction pénale ou disciplinaire introduite (20).

Le retrait de la fonction et la suspension ont ceci de commun, qu'ils laissent tous deux subsister le rapport de service quant à l'obligation. La suspension laisse aussi subsister la fonction, — en droit, tout au moins —; elle la met seulement en inactivité de fait. Elle est ordonnée pour un certain délai ou pour la durée de certaines circonstances qui sont censées être incompatibles avec l'exercice convenable de la fonction. Ce délai ou ces circonstances une fois passés, la fonction reprend d'elle-même tous ses effets; si l'on parle souvent ici d'une « réinstallation dans la fonction », cela signifie non pas une délation nouvelle de la fonction, mais seulement une admission de fait à l'exercice de l'activité qui lui est propre.

Le véritable retrait de la fonction opère annulation de l'effet de la délation de la fonction. Comme l'obligation de servir continue, l'ancienne fonction ou une autre fonction rentrant dans le même cadre général pourra toujours être déférée de nouveau à l'obligé, dont le consentement n'est pas même nécessaire. Mais il y a alors un nouvel acte créateur, ayant le même caractère que la délation originale de la fonction.

3) De même qu'à la délation de la fonction correspond le retrait de la fonction, de même à la nomina-

[20] *G. Meyer*, St. R., p. 481, voudrait aussi admettre une défense de faire des actes de la fonction pour cause « d'inconvénients », — par suite arbitrairement, — lorsqu'il y aurait péril en la demeure. Mais les prescriptions qu'il invoque (R. B. G. § 131; Prusse, loi du 21 juillet 1852 § 54; Württemb. Staatsdienerges., art. 114, etc.) disent seulement que, dans les cas où une suspension pour cause d'introduction d'une procédure disciplinaire ou pénale pourrait être ordonnée régulièrement par l'autorité administrative suprême, cette même mesure pourra être prise par un supérieur immédiat, s'il y a péril en la demeure. Il s'agit donc simplement d'un déplacement de compétence. Les causes qui autorisent la suspension ne se trouvent pas augmentées.

tion pour le service de l'Etat correspondent *les causes qui mettent fin à l'obligation de servir*. Si, par la nomination, la fonction devenait juridiquement possible, cette possibilité s'éteint d'elle-même à la suite de ces causes.

Il nous faut distinguer, comme dans le rapport de service du droit civil, les causes ordinaires et les causes extraordinaires qui mettent fin à notre rapport de service professionnel.

Des *causes ordinaires* peuvent être prévues spécialement lors de la nomination. L'acte administratif qui crée le rapport juridique et qui le détermine, est susceptible de comprendre toute sorte de clauses, pourvu qu'elles s'accordent avec la nature de ce rapport juridique et qu'elles ne soient pas exclues par une prescription de la loi. L'assentiment de la personne nommée, — assentiment dont dépend la validité de l'acte en général, — couvre également ces détails. Il y a donc des nominations *pour une durée fixe* (21), à *dénonciation* avec un certain délai, à *révocation conditionnelle* (22), à *révocation libre*.

Des nominations ainsi qualifiées n'existent, dans nos usages, que pour certaines espèces de fonctions, c'est-à-dire pour créer les obligations de servir qui concernent ces fonctions. Il s'agit de certains agents et employés inférieurs. Mais elles peuvent aussi caractériser un *provisorium*, par lequel le fonctionnaire doit passer avant d'obtenir sa nomination définitive; avec cette signification, elles sont d'une application plus étendue.

La *nomination définitive*, qui implique donc l'absence

(21) Exemple : les contrats de rengagement, d'après l'ordre de cabinet (Pruss.) du 8 juillet 1876; Laband, St. R. (éd. all., II, p. 699; éd. franç., V, p. 354).

(22) C'est le cas de révocation pour omission de fournir le cautionnement prescrit; comp. § 46, II, n. 3 ci-dessous.

de ces clauses restrictives, est la règle. Si la loi prescrit, pour certaines fonctions, une nomination définitive, c'est que l'intérêt public ne veut pas que ces fonctions soient exercées par des individus placés dans une situation plus ou moins précaire. Par conséquent, sans doute, la personne nommée qui a donné son consentement ne serait pas fondée à se plaindre ; mais, dans l'intérêt public, la délation d'une fonction de ce genre à un fonctionnaire non qualifié ne serait pas valable et le rapport de service, ainsi créé dans un but illicite, ne le serait pas non plus (23).

Quand le contrat de service, en droit civil, ne décide rien sur la manière dont ce rapport doit prendre fin, il y aura — par l'effet d'une convention tacite et sous entendue — un droit de dénonciation, des deux côtés, à l'effet de résoudre le rapport avec un délai convenable ; la loi ou les usages déterminent le délai qui est censé avoir été convenu.

Il en est tout autrement dans le rapport de service d'Etat professionnel, dépendant du droit public.

Quant à l'Etat, il n'existe, à son profit, aucun droit de se désister ou de dénoncer ; pour parler le langage du droit public, le renvoi pur et simple du fonctionnaire professionnel est exclu. Telle est, du moins, la situation dans le droit actuel ; c'est le résultat presque nécessaire d'un développement qui a eu pour point de départ des manières de voir bien différentes.

Voici ce qui s'est passé. Lorsque, au commencement de l'époque moderne, on discutait encore la

(23) Cela s'applique surtout aux fonctions judiciaires, d'après G. V. G. § 6. Les jugements rendus par un juge nommé contrairement à cette règle ne seraient pas entachés de nullité. En effet, la nomination, même non valablement faite, produit son effet juridique, tant qu'elle n'a pas été retirée ou qu'elle n'a pas été soumise à un contrôle institué à cet effet. C. Pr. O., § 513, 1 et Stf. Pr. O. § 377, 1 n'autorisent pas un contrôle dans ce sens.

question de savoir s'il y avait contrat de louage de service selon le droit civil ou imposition d'autorité de l'obligation de servir, on était, des deux côtés, presque unanime pour reconnaître au gouvernement un droit illimité de renvoi. Mais un autre principe avait obtenu aussi l'approbation générale, à savoir qu'on ne devait pas pouvoir enlever au fonctionnaire renvoyé sans sa faute son « état de subsistance » ; le droit au traitement devait rester intact (24). On finit par le formuler comme un droit subjectif public, constitué par l'acte de nomination et qui ne pourrait être révoqué ou restreint que pour causes déterminées (25). Dans cet état de choses, le droit de libre renvoi ne signifiait qu'une renonciation possible à l'équivalent du traitement, à l'obligation de servir. Cela pouvait avoir un but raisonnable dans deux sens : c'était, tout d'abord, la forme pour retirer la fonction, celle-ci tombait d'elle-même avec l'obligation de servir ; en outre, cela régularisait définitivement la situation au cas où une incapacité de servir intervenait : on renonçait à l'obligation qui ne présentait dorénavant aucune utilité (26).

Mais pour ces deux choses, le droit des fonctionnaires se perfectionnant de plus en plus, des institutions particulières et bien déterminées ont été développées : le retrait de la fonction a été admis, nous l'avons vu, pour certaines hypothèses, tout en laissant

(24) *Goenner*, Staatsdienst, p. 276. Si, dans cette doctrine, pour motiver la continuation du traitement, on parle des services que le fonctionnaire librement renvoyé continue à offrir à l'Etat, il ne faut pas penser pour cela que *Goenner* vise une simple mise en disponibilité. Ce qui continue de la part de ce fonctionnaire, c'est la fameuse « obligation préexistante vis-à-vis de l'Etat », qui incombe à tous les sujets : comp. la note 4 ci-dessus.

(25) Ce droit est reconnu dans R. G., 11 oct. 1883 (Samml., X, p. 183). Comp. aussi *Zachariae*, St. R., II, p. 135. II.

(26) C'est la manière de raisonner pendant l'époque de transition : *Perthes*, der Staatsdienst in Preussen, p. 152 ss.

subsister l'obligation de servir ; et là où le retrait n'est pas admis, le gouvernement ne peut pas tourner la loi en se servant, pour atteindre le même but, du libre renvoi ; dès lors, le libre renvoi est exclu ici. D'un autre côté, la mise à la retraite pour cause d'incapacité a été aussi soumise à des conditions et à des formes spéciales et réglée précisément dans ses effets sur le traitement ; elle ne laisse non plus aucune place au libre renvoi. Par suite, le libre renvoi, dans l'ordre des choses actuel, a perdu toute utilité pratique. Il ne resterait, pour en faire usage, que le cas d'une renonciation pure et simple : on pourrait, à l'égard d'un individu capable de faire son service et auquel on a retiré la fonction (mise en disponibilité), se servir du droit de renvoi pour affranchir cet individu de son obligation subsistante, c'est-à-dire du devoir qui lui incombe de se laisser employer de nouveau dans une fonction équivalente. Le droit au traitement, bien entendu, ne serait pas touché par cette mesure ; évidemment, cette mesure n'aurait aucun sens raisonnable. Dès lors, il n'y a plus de libre renvoi (27).

(27) *G. Meyer*, *St. R.*, p. 475, croit pouvoir constater encore deux systèmes de valeur égale, qui existent en Allemagne l'un à côté de l'autre : celui de l'exclusion du libre renvoi, tel qu'il existe dans la plupart des Etats, — et celui du libre renvoi avec continuation du traitement, c'est-à-dire avec pension. Des exemples qu'il avait cités dans les premières éditions de son ouvrage, il ne reste plus maintenant que le droit de la Bavière et celui de la Hesse. Mais, pour ce dernier, *G. Meyer* a reconnu lui-même (2<sup>e</sup> éd., p. 447) qu'il s'agit plutôt d'une mise en disponibilité. Pour la Bavière, il est vrai, l'Edit sur les fonctionnaires (*Staatsdiener*. — Edict, § 19), décide que le gouvernement peut, à tout moment, donner au fonctionnaire sa démission (appelée « *Dimission* ») en lui laissant son « traitement d'Etat ». C'est le libre renvoi. Mais c'est aussi, comme l'observe très justement *Rehm* dans *Annalen* 1885, p. 208, l'ancienne doctrine de *Goerner* qui a été ainsi élevée au rang de loi et qui, comme nous pouvons l'ajouter, a pu, sous cette forme, survivre à son époque. — Pour la fonction de ministre, qui, en général, est d'un caractère exceptionnel, on admet communément qu'il existe aussi, à côté d'un libre retrait de la fonction, un libre renvoi, le souverain ayant le choix.

Au contraire, le fonctionnaire est, de son côté, toujours libre de mettre fin au rapport de service en donnant sa *démission*. Les lois qui règlent ce point d'une manière expresse reconnaissent unanimement cette faculté, avec cette conséquence — qui va de soi — que, par le même fait, s'éteint également le droit à des prestations ultérieures de la part de l'Etat. Mais, d'après la doctrine et la jurisprudence, le droit de démission existe même dans le cas où la loi n'en parle pas. Cela s'explique uniquement par ce fait que ce droit est prévu comme contenu tacite de la nomination, acte qui, dans le silence de la loi, détermine le rapport juridique créé par lui. De même que cet acte peut ajouter au rapport juridique des termes ou des clauses de dénonciation, de même il peut accorder à la personne qu'il oblige la faculté juridique de se libérer à tout moment; l'obligation de servir ne sera créée qu'avec cette modalité. Cela pourrait se faire au moyen d'une clause expresse. Cela peut se faire tout aussi bien d'une manière tacite. Il faut seulement qu'il y ait, dans les circonstances, une présomption suffisante que telle est la volonté de l'acte. Or, des circonstances permettant une pareille présomption ne manquent assurément pas dans cette hypothèse. Cela résulte déjà de l'exemple du contrat de louage de service du droit civil conclu pour un temps indéterminé, et, plus encore, du fait que, pour la plupart des services d'Etat en Allemagne, tel est l'usage en vertu d'une prescription légale ou même en dehors de toute prescription. Quand rien n'a été dit à cet égard, il faut présumer qu'on n'a pas voulu s'en écarter (28).

(28) L'exemple le plus important nous est fourni par la loi sur les fonctionnaires de l'Empire (R. B. G.), qui ne mentionne pas le droit pour le fonctionnaire de démissionner. Néanmoins, l'opinion presque unanime admet ce droit même pour les fonctionnaires de l'Empire. La

Qu'il soit prévu expressément dans la loi ou admis tacitement par l'acte de nomination, toujours le droit de démissionner du fonctionnaire ne signifie qu'une chose, le droit qu'a le fonctionnaire d'être, sur sa demande, renvoyé par l'autorité. Dans le rapport de droit public, c'est toujours la volonté de la puissance publique qui prévaut ; c'est elle qui, dans la nomination, fait commencer ce rapport, c'est elle aussi qui y met fin. La volonté du sujet ne fournit qu'une condition de la validité de l'acte ou une condition de la nécessité juridique avec laquelle il est accompli. Ainsi, le rapport de service prend fin ici, non pas par l'effet de la déclaration de démission du fonctionnaire, mais par *l'acte de renvoi*. Il faut que cet acte soit émis, aussitôt que le renvoi est demandé. Le refus est une illégalité ; mais néanmoins il laisse subsister le rapport de service, avec tous ses effets juridiques, jusqu'à ce que, par l'annulation de cet acte injuste, la demande a été accordée et que l'illégalité disparaisse ainsi.

L'acte de renvoi n'est cependant pas obligatoire d'une manière absolue. La loi, dans quelques Etats, permet expressément aux autorités de refuser provisoirement le renvoi, si l'intérêt du service exige que le fonctionnaire reste en fonction. Il ne faut pas voir là une sévérité particulière de l'obligation de service. Il n'y a d'autre chose ici que la traduction, dans la langue du droit public, de la défense de dénoncer à contre-temps, qui existe pour le contrat de droit civil.

plupart des auteurs, pour expliquer cela, ont encore recours à un prétendu droit coutumier : *G. Meyer*, St. R., p. 468 ; *Rehm*, dans *Annalen*, 1885, p. 201 ; *Laband*, St. R. (éd. all., I, p. 501 ; éd. franç., II, p. 244). *Loening*, V. R., p. 134, note 1, s'y oppose avec raison. Mais il va trop loin, quand il croit pouvoir nier tout à fait le droit de démission du fonctionnaire. Il faut seulement s'habituer à compter avec l'acte administratif qui crée le rapport, comme avec un acte juridique ayant une vie propre.

Quant à savoir s'il a été dénoncé *intempestivement* ou non, cette question est décidée souverainement par la volonté qui, dans ce rapport juridique, est la plus forte. Par conséquent, il faut reconnaître le refus provisoire de renvoi comme admissible et valable, même dans le cas où la loi ne l'a pas prévu spécialement (29).

Des causes *extraordinaires*, destructives du rapport de service résultent encore de certains troubles qui peuvent survenir dans ce rapport. Elles ont toutes des correspondants dans la résolution du contrat de louage de service pour cause d'impossibilité de le remplir. L'Etat étant toujours solvable, l'impossibilité ne peut se produire que du côté du fonctionnaire. C'est l'*indignité* ou l'*incapacité*.

La première cause produit son effet sous la forme de *destruction par la voie disciplinaire* (comp. § 45, II, n. 1 ci dessous) ou sous la forme de *peine accessoire* accompagnant certaines condamnations infligées par les tribunaux, soit que la loi attache à ces condamnations directement l'exclusion du condamné du service de l'Etat, soit qu'elle autorise les tribunaux à la prononcer (30).

L'incapacité de servir met fin au rapport de service au moyen d'un acte de l'autorité qui en tire les conséquences : le *congé*, la mise à la retraite (*Pensionie-*

(29) *Rehm*, dans *Annalen* 1885, p. 201, fait l'énumération des différentes formes dans lesquelles on peut prévoir ici ce qu'exige l'intérêt du service. — Il se peut qu'il soit prescrit au fonctionnaire qui veut donner sa démission d'observer un certain délai de dénonciation (exemple : loi Bad. du 26 mai 1876 art. 51) : il faut alors supposer que, en fait, on n'aura pas besoin de retarder encore la solution : juridiquement, cela n'est pas impossible même dans cette hypothèse.

(30) *Stf. G. B.* §§ 31-36, 81, 83, 84, 87-91, 94, 95. En déclarant que la condamnation entraînera la « perte des fonctions dont le condamné pourra être investi », la loi veut dire que le rapport de service est annulé, ce qui entraîne nécessairement la perte de la fonction.

*rung, Quiescierung, Emeritierung, Zur-Ruhe-Setzung, Verabschiedung*). Cet acte intervient à la suite d'une procédure réglementée, d'office ou sur la demande du fonctionnaire. Ce dernier a intérêt à ce que le renvoi se fasse, non pas purement et simplement en accordant sa demande, mais avec la constatation que c'est pour cause d'incapacité de servir; qu'il s'agit donc, non pas d'une démission à accorder, mais d'un congé ou d'une mise à la retraite. En effet, dans ce dernier cas seulement, la cessation du rapport de service laisse tout de même subsister le droit à une partie du traitement, le droit à la pension (comp. § 46, I, n. 1 ci-dessous) (31).

III. — A côté du service professionnel de l'Etat, il y a, comme à côté de la fonction d'honneur, une autre espèce d'obligation de servir, présentant une certaine affinité quant au but et quant aux formes : c'est comme une reproduction affaiblie de l'original. Il s'agit de la situation juridique des individus qui, destinés à entrer plus tard au service de l'Etat comme fonctionnaires, s'y préparent, en attendant, dans un stage pratique : *référéndaires* dans le service des tribunaux, *surnuméraires* de l'administration des finances, *élèves* de l'administration forestière.

Dans ce but, ils sont placés provisoirement au service de l'Etat; ils sont occupés dans les bureaux d'une autorité et employés de différentes manières dans le cercle d'affaires dépendant de cette autorité. Ils font alors presque la même besogne que des fonc-

(31) Toutefois cela n'a pas lieu dans tous les cas; comp. *G. Meyer*, *St. R.* p. 474. — Au lieu du renvoi pour cause d'incapacité, la loi peut faire ordonner, dans ce cas, un simple retrait de la fonction; *Württemberg. Staatsdienerges.*, art. 22; *Bade*, loi du 26 mai 1876, art. 7; comp. aussi la note 17 ci-dessus. Alors on reste libre de convoquer à nouveau cet individu pour le charger d'une fonction; dans le cas où l'incapacité existe encore, l'individu pourra naturellement attaquer cette mesure.

tionnaires de ce service, qui, à côté d'eux, remplissent leur devoir de fonction. Mais leur activité, d'après son but principal, tend plutôt à faire leur éducation personnelle qu'à la gestion des affaires de l'Etat : ils accomplissent une obligation de servir selon le droit public, en travaillant à leur personne, en particulier en prenant l'habitude d'avoir une pareille obligation. Ils ressemblent, à cet égard, aux soldats appelés sous les drapeaux en vertu de leur obligation légale de service militaire, et qui eux aussi sont employés à toute sorte d'affaires dans l'intérêt de leur éducation. Ni les uns ni les autres ne sont des fonctionnaires (32).

Le rapport de service se crée ici par une *nomination*. La nomination suppose la preuve d'une certaine éducation préparatoire, et surtout le consentement de celui qui doit être obligé ; ce consentement prendra la forme d'une pétition en vue d'être nommé. La nomination certifie alors pareille-même l'existence de toutes les conditions requises pour sa validité. Elle ressemble, dans sa construction juridique, purement et simplement à l'acte qu'on désigne sous le nom de contrat de louage pour le service de l'Etat : si la langue était logique, elle devrait parler ici d'un contrat d'apprentissage pour le service de l'Etat.

Le second acte — la délation d'une fonction — manque. Par la nomination, l'obligation est imposée de se laisser employer en conséquence ; et cet emploi s'effectue en *attribuant* l'individu à une certaine autorité qui

(32) C'est simplement par politesse de bonne société que l'on reconnaît surtout aux référendaires une espèce de qualité de fonctionnaire. F. Seydel, *Dienstvergehen*, observe, en parlant d'eux (p. 205) : « si, toutefois, on veut les appeler fonctionnaires, ce ne seraient que des fonctionnaires à l'essai ». Cela n'est même pas vrai : l'idée d'une nomination à l'essai est impossible, alors qu'il est constant que cet individu est actuellement incapable d'être fonctionnaire.

lui donnera du travail. La nomination et l'attribution pourront se réunir dans un seul et même acte. Si l'autorité qui doit employer a elle-même le droit de nommer, les deux choses s'unissent dans l'*admission* du surnuméraire, de l'apprenti, etc. L'attribution répond ici à l'indication de la troupe dans laquelle le service militaire doit être accompli. Avec l'entrée effective en service, l'obligation de servir prend le caractère plus rigoureux du service actif : prestation de serment, pouvoir hiérarchique, obligation d'obéir, discipline. Il y a, dans ce rapport de service, des éléments juridiques appartenant à la sphère du service forcé.

Puisqu'il n'y a pas de fonction, il n'y a pas de retrait de fonction. Les affaires à gérer sont, sans formes, coupées et retirées par le supérieur.

Cette obligation de servir prend fin, en règle, par la nomination au service effectif de l'Etat. Elle peut également se terminer par le simple renvoi. L'obligé a toujours le droit de l'exiger ; on peut alors le lui refuser provisoirement dans l'intérêt du service.

Quand il s'agit de savoir si le renvoi peut avoir lieu même malgré l'individu, le caractère spécial du rapport de service aura son importance. Il n'y a pas ici de droit à la fonction ou à un traitement acquis irrévocablement. Mais ce rapport de service a cependant été créé dans le but de l'éducation, principalement dans l'intérêt de l'obligé et non pas de l'Etat. Dès lors, l'Etat ne peut pas y renoncer arbitrairement ; un simple renvoi, avant que ce but soit atteint, serait en contradiction avec ce que la nomination avait promis.

Par conséquent, le renvoi ne doit être possible que pour des causes déterminées : indignité ou incapacité. La première sera appréciée d'après les mêmes principes qui décident sur le renvoi du fonctionnaire ; seulement la procédure sera ici plus simple, plus patriar-

cale. L'incapacité, au contraire, ne peut devenir une cause de renvoi qu'avec une modification notable : car l'incapacité est supposée dans la création même du rapport qui doit y remédier par sa force éducatrice. Par suite, l'incapacité est ici remplacée par une absence des progrès que l'on peut exiger, absence qui semble démontrer l'inutilité de toute cette entreprise (33).

(33) Ainsi, pour les référendaires : Prusse, loi du 21 juillet 1852, § 84. En ce qui concerne le renvoi des surnuméraires, comp. *F. Seydel*, *Dienstvergehen*, p. 265 ss. Les causes spéciales qui autoriseront le renvoi sont constatées et communiquées dans le procès-verbal de l'admission. Encore une « stipulation contractuelle » (!) pour ceux qui aiment se servir de ce terme.

### **Le pouvoir hiérarchique (*Dienstgewalt*).**

L'obligation de servir, quelle qu'ait été son origine, crée une puissance juridique spéciale qui sera exercée au nom de l'Etat ou du corps d'administration propre sur l'obligé, pour maintenir celui-ci et le diriger dans l'accomplissement exact de ses devoirs. Cette puissance, c'est le *pouvoir hiérarchique* (*Dienstgewalt*).

Pour chaque obligé, il y a, dans la hiérarchie, une autorité placée au dessus de lui pour exercer ce pouvoir, c'est son *supérieur* (*Dienstvorgesetzter*), son *autorité hiérarchique* (*Dienstbehörde*).

Le pouvoir du supérieur hiérarchique se développe dans deux formes distinctes : l'*ordre hiérarchique* et le *pouvoir disciplinaire*.

#### **I. — L'ordre hiérarchique.**

Ce qui fait l'objet de l'obligation de servir se trouve en partie fixé par des règles de droit, en partie déterminé d'une manière générale par l'acte administratif qui a créé cette obligation.

Tirer les conséquences correctes pour le cas spécial, c'est justement l'un des objets de l'obligation de servir. Mais ces conséquences pourront aussi être tirées par des instructions que le maître fait donner.

L'obligation de servir selon le droit public signifie

un rapport de sujétion spéciale (1). L'instruction est l'acte par lequel ce rapport produit son effet : elle détermine, d'une manière obligatoire, la conduite du subordonné. Elle a la nature d'un *ordre* (comp. t. II, p. 35). Elle s'appelle un *ordre hiérarchique*, pour indiquer le rapport de sujétion spéciale qui est à sa base.

L'instruction peut être émise dans la forme d'un ordre individuel ou dans la forme d'une règle générale, comme prescription de service (*Dienstvorschrift*), ordonnance d'administration (*Verwaltungsverordnung*), réglementation de l'armée (*Armeebefehl*). Dans ce dernier cas, malgré sa forme générale, l'instruction n'est pas une règle de droit. Elle n'est pas soumise aux formes de publication prescrites pour celle-ci ; elle est notifiée *par la voie du service*, c'est-à-dire d'une manière qui suffit pour que l'obligé faisant son devoir puisse en prendre connaissance (2). Elle ne participe pas non plus à la prépondérance de la règle de droit sur l'acte individuel ; au contraire, l'ordre individuel visant le cas plus directement et d'une manière plus déterminée l'emporte ici sur la prescription générale (3).

(1) Comp. t. I<sup>er</sup>, p. 137. C'est donc à bon droit que *Laband*, St. R. (éd. all., t. p. 408 et 412 ; éd. franç., II, p. 107 et p. 113), parle tantôt de « rapport de sujétion » et tantôt de « rapport de service de droit public ». De même, *Rehm* dans *Annalen*, 1885, p. 146.

(2) Comp. t. I<sup>er</sup>, p. 131 et t. 2, p. 257. Un exemple très instructif nous est fourni par la « publication » de l'ordonnance sur l'armée dans la *Feuille officielle de l'armée* (*Armeeverordnungsblatt*), 1888, p. 226.

(3) Comme dans les rapports de sujétion du droit des finances ; comp. t. 2, p. 269. La conséquence, c'est qu'on comprend par désobéissance à un ordre hiérarchique tout spécialement l'inexécution d'un ordre individuel, ce qui entraîne aussi une pénalité spéciale : *Hecker* dans *Gerichtssaal*, XXI, p. 506. — Les ordres ici peuvent émaner de supérieurs auxquels l'usage de notre langue refuserait la qualité d'autorité ; du moins, il est contraire à cet usage de désigner comme autorité un chef de bureau ou un sous-officier. Quand on parle de « l'autorité préposée au service » (*Vorgesetzte Dienstbehörde*), on a toujours en vue une fonction plus élevée, ayant le rang et la situation extérieure

L'effet de l'ordre hiérarchique est le *devoir d'obéissance du subordonné*. Désobéir à l'ordre, c'est violer l'obligation de servir en vertu de laquelle cet ordre a été émis ; cela entraînera les conséquences qui y sont attachées (4).

Le supérieur hiérarchique, de son côté, ne peut pas, en vertu du rapport de sujétion, commander tout ce qui lui plaît. Son droit de commander a certaines limites, dans lesquelles il doit se maintenir pour être valablement exercé. Le subordonné a le droit d'*examiner*, avant d'obéir, si ces limites ont été observées ou non. Ces limites forment, en même temps, *les limites de son devoir d'obéir* (5).

La question est de savoir quelles sont ces limites.

d'une autorité administrative générale. Toutefois, les ordres de ces supérieurs d'un rang beaucoup moins élevé ont exactement la force et la nature juridique d'actes administratifs. Comme il existe entre ces deux notions un rapport nécessaire, l'acte administratif signalant toujours l'autorité (comp. t. 1<sup>re</sup> p. 120), nous aurons à constater que, dans les rapports de sujétion, la qualité d'autorité peut appartenir à une fonction d'une importance moindre. C'est encore une particularité de ce rapport ; nous la verrons se développer encore plus largement dans la sphère du pouvoir des établissements publics (comp. § 52, II, ci-dessous).

(4) S'il n'avait pas ces conséquences, l'ordre hiérarchique ne serait pas un ordre ; comp. t. 2<sup>e</sup>, p. 50. — Il est complètement faux de vouloir simplement identifier le devoir d'obéir et celui de servir. Ainsi *Schultze*, Preuss. St. R., I, p. 315. Cela constituerait un bien piteux accomplissement du devoir, puisque l'on ne ferait que ce qui a été commandé. Du reste, la notion de l'obéissance du subordonné ne comprend pas les devoirs de la fonction qui sont déterminés par des prescriptions et par des commandements exprès. Des commandements peuvent être donnés aux fonctionnaires, comme à tout sujet, par la règle de droit de la loi ou de l'ordonnance. On ne parle d'obéissance du subordonné que vis-à-vis de commandements qui reposent sur la base particulière de l'obligation de servir et du pouvoir hiérarchique ; *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 320.

(5) Lorsqu'il n'y a pas de droit d'examen, l'obligation d'obéir est absolue ; l'ordre contre la *responsabilité* du subordonné pour les actes illégaux accomplis (t. 2<sup>e</sup> § 17, I, n. 1) ; d'un autre côté, l'acte de la fonction, accompli conformément à un ordre reçu, est censé être légal, lorsqu'il s'agit d'apprécier, au point de vue du droit pénal, la *résistance* qu'il éprouve (t. 2<sup>e</sup> § 25, I, n. 2). Nous trouvons donc ici un complément à ces deux doctrines ; *Binding*, Stf. R., I, p. 305.

1) Pour que le devoir d'obéir existe pour le subordonné, il est nécessaire que l'ordre se présente, extérieurement, sous la forme d'un ordre hiérarchique pour ce subordonné (6).

Pour cela, il faut :

qu'il *émane de son supérieur* ; sur ce point, il n'y aura guère de doutes. — Il faut aussi

que, par son contenu, l'ordre soit relatif à la *conduite dans le service*, c'est-à-dire prescrive une chose qui puisse être comprise dans l'obligation de servir (7).

Sont exclues, à ce dernier point de vue, les activités qui, par leur nature, sont tout à fait en dehors du cercle d'affaires à gérer par l'obligé ou qui ne sont exigées que dans l'intérêt personnel de celui qui donne l'ordre. D'un autre côté aussi, la vie privée du subordonné ne peut pas faire l'objet d'un ordre ; sa conduite, à cet égard, n'est pas indifférente pour le service ; mais elle ne peut pas être déterminée par des

(6) *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 391 : « Par conséquent, dans ce sens formel, celui auquel un ordre a été donné comme ordre hiérarchique aura le droit et le devoir d'examiner si vraiment il y a ordre hiérarchique ».

(7) *Laband*, St. R. (éd. all.), I, p. 442 ; éd. franç., I, p. 147), relève trois points à observer : il faut que l'ordre soit donné dans la forme prescrite : il faut que celui qui l'émet ait la compétence formelle ou abstraite de le donner : il faut enfin que le subordonné ait la compétence formelle ou abstraite de faire l'acte dont on le charge. En ce qui concerne les formes prescrites pour l'ordre hiérarchique, il n'y en a guère. Aussi il ne nous plaît pas de dire que le subordonné doit examiner sa compétence et s'il « est autorisé, en général, à exécuter des actes semblables ». Il n'y a pas seulement, en effet, à agir sur le dehors, il y a aussi des affaires à gérer dans le service intérieur : rédiger un écrit, ranger un bureau, faire des exercices au pas gymnastique, faire du manèment d'armes. Tout cela peut être l'objet d'un ordre hiérarchique, dont l'examen sera possible : on ne voudra pas parler ici de compétence du subordonné, ni d'une autorisation (*Befugnis*) d'agir ainsi. Nous ne relèverions pas ces impropriétés de langage, s'il n'y avait pas, derrière ces expressions, des divergences d'opinion quant au fond, sur lesquelles nous reviendrons. Dans le sens de *Laband* se prononcent : *Rehm* dans *Annalen*, 1885, p. 83 ; *Zorn*, St. R., I, p. 237 ; *Freund*, dans *Arch. f. öff. R.*, I, p. 135 ss. ; *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 391 ; on peut ajouter *G. Meyer*, St. R., p. 450.

ordres du supérieur. Avant tout, le devoir d'obéir a sa limite dans la loi pénale : un acte par lequel l'obligé se rendrait punissable ne peut jamais être compris dans son obligation de servir ; par conséquent, un ordre hiérarchique n'est pas possible à cet égard (8).

Tout ce qui ne sort pas du cadre de l'obligation de servir pourra faire l'objet d'un ordre valable pour l'obligé. Il suffit que le supérieur, avec son ordre, reste vis-à-vis de lui dans cette compétence générale ; alors, son opinion et sa volonté sont seules décisives sur la question, pourvu que l'ordre soit admissible et convenable ; et il est raisonnable qu'il en soit ainsi (9).

2) Mais une question se pose : le droit reconnu au subordonné d'examiner l'ordre du supérieur, doit embrasser encore autre chose. La difficulté consiste à en donner la mesure exacte.

Quand le droit public moderne a apparu, il était naturel que, de prime abord, il y eût partout une certaine tendance à en exagérer les principes. Ainsi, on a établi l'axiome que chaque fonctionnaire doit être responsable des mesures prescrites par ses supé-

(8) Goerner, Staatsdienst, p. 208 ; Seydel, Bayr. St. R., III, p. 390 note 3 ; R. G. Stf. S., VI, p. 432. — Cela revient donc à étendre l'obligation d'obéir, lorsque la loi attribue à l'ordre la force d'écartier la pénalité de faits qui sans cela seraient punissables. Tel est le cas, par exemple, pour le § 47 du Code pénal militaire, qui met le soldat à l'abri de poursuites, quand il a commis une contravention sur l'ordre d'un supérieur. L'intensité de l'obligation du service militaire éclate justement dans le fait que toutes les limites de l'ordre hiérarchique, que nous venons d'indiquer s'effacent ici : l'obligation d'obéir ne dépasse pas seulement la loi pénale : elle est, d'une manière générale, difficile à définir ; elle ménage bien peu de chose dans la vie privée du soldat.

(9) Dans ce sens Laband, St. R. (éd. all., I, p. 442 ; éd. franç., II, p. 147), insiste sur le côté « formel » de l'ordre hiérarchique, qui, seul, peut être l'objet d'un examen. C'est du reste le caractère général de l'acte administratif : comp. t. 1<sup>er</sup>, § 8, p. 125 et note 7 ; t. 2, § 20 p. 49.

rieurs et qu'il met à exécution ; par conséquent, il a le droit et même il a le devoir d'examiner ces mesures et de refuser d'obéir, quand il trouve qu'elles ne sont pas tout à fait régulières. De cette manière, on a cru avoir trouvé une nouvelle garantie de l'autorité absolue de la loi : chaque fonctionnaire en est constitué le gardien vis-à-vis de ses supérieurs (10).

En fait, cela ne s'est jamais réalisé ; ce serait vraiment le monde renversé ; il y aurait là une négation complète de la force propre à l'ordre hiérarchique : cet ordre a pour but de déclarer péremptoirement au subordonné ce que, d'après le droit et la loi, il doit faire pour remplir son devoir de servir ; il faut qu'il puisse s'y fier, et il faut aussi qu'il s'y conforme ; sans quoi, le pouvoir de commander qui appartient au supérieur n'aurait aucune valeur (11).

Par suite d'une réaction que ces exagérations ne pouvaient manquer de provoquer, l'opinion dominante à l'heure actuelle est que le subordonné n'a un droit d'examen qu'en ce qui concerne la question de *compétence générale*. Cela comprendrait les deux conditions sur l'existence d'un ordre véritable hiérarchique, que nous venons d'établir sous le n. 1. Mais autre chose est visé par là et qui n'y est pas

(10) *Perthes*, *Der Staatsdienst*, p. 126 : « Nulle autorité ne doit déroger au droit existant par un ordre contraire. Si toutefois cela se produit, aucun fonctionnaire ne doit donner suite à un pareil ordre ». Parmi des auteurs plus récents, il faut citer *Loring*, *V. R.*, p. 122, note 5. *G. Meyer* se range à cette opinion ; il énumère (*St. R.*, p. 450) parmi les ordres hiérarchiques qui ne lient pas le subordonné, « des dispositions qui sont contraires au texte non équivoque de la loi ». Ici encore, la question est la suivante : Qui décidera ce que signifie le texte non équivoque de la loi ? est-ce l'ordre du supérieur ou l'opinion du subordonné ? D'après *G. Meyer*, c'est cette dernière opinion qui l'emporte.

(11) En conséquence, *Perthes*, *l. c.*, reconnaît lui-même que les supérieurs n'ont pas à tolérer tout refus d'obéissance pour cause d'illégalité de l'ordre ; sans quoi « le gouvernement ne serait pas possible ». La solution de la contradiction dans laquelle il se met ainsi viendra, espère-t-il, de la « sagesse du corps des fonctionnaires ».

encore compris. Le subordonné ne doit pas seulement examiner la compétence de son supérieur vis-à-vis de lui-même, c'est-à-dire la compétence d'émettre cet ordre hiérarchique ; on vise en première ligne la *compétence extérieure*, vis-à-vis des autres sujets qui ne sont pas compris dans le lien de l'obligation de servir et sur lesquels le supérieur veut produire un effet par l'intermédiaire du subordonné (12). C'est donc la vieille doctrine, quoique très atténuée : le subordonné est encore constitué gardien de l'ordre légal à l'encontre de son supérieur ; il est chargé de lui refuser obéissance dans le cas où cet ordre légal serait violé ; seulement, au lieu de veiller sur la légalité de l'acte de son supérieur en général, il ne le contrôle que sur ce point spécial. Mais cette opinion n'en reste pas moins exposée aux critiques que l'on pouvait soulever contre la première, laquelle était encore plus prétentieuse : s'il y a ordre hiérarchique, l'appréciation qui est faite dans cet ordre de la légalité de la mesure à exécuter doit lier le subordonné pour la question de compétence générale aussi bien que pour

(12) *Laband*, St. R. (éd. all., I, p. 443 ss. ; éd. franc., II, p. 148) ; *Seydel*, Bayr. St. R. III, p. 391 ; *Zorn*, St. R., I, p. 237. C'est parce qu'on ne vise que ce côté extérieur qu'on exige « la compétence de l'autorité préposée par rapport à la circonscription et celle de l'objet », quand cependant l'ordre du supérieur ne repose que sur un rapport personnel. C'est dans la même pensée qu'on exige « la compétence ou le pouvoir du subordonné » d'exécuter la mesure, tandis qu'il peut ne s'agir que d'affaires du service intérieur (comp. la note 7 ci-dessus), et qu'on parle d'une « exécution » de la mesure, ce qui dit autre chose que l'obéissance à l'ordre du supérieur : on pense à l'effet à produire sur les autres sujets. De même, indiquer l'observation des formes prescrites comme un objet spécial de l'examen du subordonné, cela n'aurait aucun sens pratique, comme nous l'avons vu, si l'on s'en tenait à l'ordre du supérieur. Mais on y substitue, sans s'en apercevoir, la mesure à exécuter contre le tiers. C'est ainsi qu'on a pu citer comme exemple d'un examen des formes de « l'ordre qui lui a été donné » tout simplement l'examen des formes de l'expédition du jugement à exécuter : *Laband*, St. R. (éd. all., I, p. 443, note 2 ; éd. franc., II, p. 152, note 2). Comp. sur une confusion analogue dans la question de l'acte fonctionnel légal », t. II, § 25 note 2.

les autres questions de droit. Du reste, en règle, le subordonné ne sera pas à même d'apprécier l'acte qu'il doit aider à exécuter, tous les détails n'étant pas à sa connaissance. Dès lors, le droit d'examen dont on voudrait l'investir n'aurait guère d'importance pratique.

Ce qu'il y a de vrai dans tout cela, et ce qui effectivement apparaît comme une limite nouvelle à l'obéissance dûe par le subordonné, c'est encore une question de compétence, mais d'une *compétence spéciale pour déterminer l'obligation de service du subordonné*.

L'ordre du supérieur, même si les conditions indiquées au n. 1 sont remplies, est sans effet et l'obéissance pourra être refusée, quand l'ordre se heurte contre un *ordre hiérarchique, plus fort*. L'obligé peut avoir plusieurs supérieurs, placés aux différents degrés de la hiérarchie : si le supérieur plus élevé commande, le subordonné est délié de l'obéissance vis-à-vis de l'ordre contraire du supérieur d'un rang inférieur. Dans le service militaire, c'est toujours le supérieur qui parle le dernier qui a raison.

Il y a aussi des cas où le même fonctionnaire est attaché à différentes branches de l'administration, représentées par des autorités différentes ; d'ordinaire, ce n'est pas à lui à distinguer ce qui appartient à chacune de ces branches et à refuser obéissance quand il croit voir, dans ce qui lui a été commandé, un empiètement sur le domaine de l'autre autorité ; mais si les deux autorités lui commandent, dans le conflit, il n'aura à obéir qu'à celle dont la compétence prévaut en cette affaire. Le conflit des autorités qui lui sont préposées le force à procéder à un examen, et lui en donne le droit. L'ordre de l'autorité que cette matière concerne le moins, — quoiqu'il soit en lui-même un ordre hiérarchique valable — est refoulé par le droit plus fort de l'autre supérieur.

Ce droit plus fort pour déterminer l'obligation de servir pourra aussi être donné à l'obligé lui-même. Cela n'a lieu que pour certaines espèces de fonctions, et même pour certaines espèces d'actes. Le bon ordre du service consiste essentiellement dans la liberté du subordonné de décider lui-même et sous sa propre responsabilité ce qu'il aura à faire. Il est, pour ainsi dire, sa propre autorité supérieure. Dans ces hypothèses, on dit qu'il y a *fonctions autonomes*.

L'exemple le plus frappant nous est fourni par les *fonctionnaires de la justice*. Ils sont soumis à un pouvoir hiérarchique qui peut leur donner des ordres. Mais, en ce qui concerne l'activité juridictionnelle proprement dite, ils doivent trouver, par eux-mêmes, ce qui constitue leur devoir. L'ordre que le supérieur voudrait leur adresser touchant cette activité, est considéré comme une *immixtion inadmissible* ; il se heurte contre un droit plus fort ; il ne produit pas d'obligation d'obéir (13).

Ce principe n'existe pas seulement pour les tribunaux civils et criminels ; on n'hésite pas à l'appliquer aux tribunaux administratifs comme sous entendu, même si la loi n'en parle pas expressément. Une autonomie de même nature se trouve aussi établie, par prescription spéciale, au profit de fonctions purement administratives (14) ; ou même, elle résulte de la nature de l'activité fonctionnelle, quand il s'agit, par exemple, de la mission de professer une science. Sur-

(13) *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 391, note 1 : « Des lors, il n'y a pas d'ordre hiérarchique dans l'injonction adressée au juge, contenant une immixtion illicite dans la juridiction ». A notre avis, cela serait cependant un ordre hiérarchique dans le « sens formel » de *Seydel* (comp. la note 6 ci-dessus) ; seulement, cet ordre hiérarchique ne serait pas valable et ne lierait pas l'appréciation du subordonné.

(14) Comp. par exemple le serment à prêter par les membres de l'administration du fonds des invalides d'après la loi d'Emp. du 23 mai 1873, § 12.

tout la fonction d'honneur, qui sert par exemple à constituer les soi-disantes autorités délibérantes (*Beschlussbehörden*), a obtenu, pour ce qui fait l'essentiel de son activité, la même indépendance que celle du juge de profession. De plus, cela a lieu dans une large mesure pour les fonctions des corps d'administration propre, fonctions d'honneur ou de profession. Enfin, pour les agents d'exécution (*Vollstreckungsbeamte*), l'autonomie est au moins reconnue en ce qui concerne l'observation des formes auxquelles la loi a soumis certains actes de leur fonction : l'huissier, de même que le porteur de contrainte qui lui est assimilé, ne doit procéder à une saisie qu'en vertu d'un titre exécutoire, dûment expédié, qu'il doit avoir entre ses mains, et aucun ordre hiérarchique ne pourra l'en dispenser. De même, l'arrestation dépend de l'expédition du mandat d'amener, l'emprisonnement de la remise des titres et certificats prescrits ; le fonctionnaire qui y procède aura à examiner, pour lui seul, si les formalités suffisent pour lui permettre d'agir.

Ainsi s'établit, il est vrai, une espèce de mécanisme dilatoire qui pourra aussi avoir une certaine valeur politique. Mais la forme juridique est non pas celle d'un contrôle exercé par le subordonné sur l'acte du supérieur pour en vérifier la légalité ou la compétence générale quant à l'effet extérieur à produire, mais celle de l'autonomie du subordonné pour apprécier la conformité de son acte à son devoir, appréciation qui ne peut pas être entravée par un ordre du supérieur.

Le subordonné reste responsable de cette appréciation. S'il n'a pas observé l'ordre du supérieur, alors que cet ordre n'exigeait de lui que ce qu'il devait faire, cela pourra avoir son importance pour la gravité des suites, parce que par là il avait été rendu attentif et mis en demeure. Mais il n'est pas en faute

par cela seul qu'il n'a pas obéi. L'ordre du supérieur n'a pas qualité pour donner à l'obligation de servir le caractère plus déterminé de l'obligation d'obéir. C'est tout.

## II. — *Le pouvoir disciplinaire.*

Le maître, en droit public, n'a pas d'action pour astreindre à l'accomplissement de l'obligation de servir, telle qu'elle a été constituée originairement, ni telle qu'elle a été déterminée par un ordre hiérarchique.

On use très largement de l'application de la *peine*, d'un mal à infliger par la puissance publique à raison d'une conduite reprehensible.

Ces peines appartiennent en partie aux formes juridiques du *droit pénal commun*. Les *délits de service ou professionnels* ne diffèrent des délits ordinaires que par leur connexité intérieure avec l'obligation de servir qui incombe au délinquant.

La peine est encore employée par le supérieur comme *moyen de contrainte* pour amener à la conduite qui est due en vertu de l'obligation de servir. Le modèle est donné par la peine coercitive en matière de police (15).

(15) *G. Meyer*, St. R., § 158 note 1 ; le même dans *Annalen*, 1876, p. 673. Il oppose à l'amende, comme moyen de contrainte indirect, les arrêts comme moyen direct : mais cela ne nous paraît pas justifié. — *V. Bar*, Stf. R., I, p. 353, parle ici d'une « soi-disante peine d'ordre proprement dite », qui est également une peine disciplinaire, mais, avant tout, un moyen de contrainte. C'est l'un ou l'autre ! — L'ancien droit de la Prusse confondait ces peines de la désobéissance avec la peine coercitive en matière de police (comp. t. II, p. 112). *Foerstemann*, Pol. R., p. 503, s'y oppose avec raison. Mais la loi sur la discipline du 21 juillet 1852, § 100, est partie de cette manière de voir pour fixer le droit des peines coercitives à prononcer contre les fonctionnaires : aujourd'hui, cela n'est plus considéré comme étant matière de police ; la *ratio legis* a disparu ; mais naturellement, cela n'empêche pas cette législation de continuer à être en vigueur. Comp. t. II, § 18, note 13 *infra*. — Le moyen de l'exécution par substitution ne s'applique pas facilement ici ; un exemple dans *ma Théorie d. Franz*, V. R., p. 62. Quant à l'usage de la force pour contraindre le subordonné à obéir, *Mil. Stf. G. B.*, § 124.

Il y a encore une troisième espèce de peines, qui est propre au rapport de service de droit public ; c'est la *peine disciplinaire*. Elle a sa source dans la nature même de ce rapport et dans sa destination particulière. Elle se rencontre encore ailleurs, lorsque, dans un rapport de sujétion spéciale, des conditions analogues se retrouvent ; mais c'est ici qu'elle a reçu son développement caractéristique.

Le rapport de service du droit public implique nécessairement la fidélité et le dévouement spécial. Toute contravention ne présente donc pas seulement en elle-même un désordre à réprimer. Ce fait isolé gagne encore une importance de beaucoup supérieure par la conclusion qu'il permet de tirer sur l'existence de sentiments qui ne sont pas conformes à cette exigence fondamentale. Il ne convient pas au service public d'avoir à sa charge un pareil élément. Par conséquent, on réagit contre la personne fautive par des peines. Ces peines sont des *poenae medicinales* dans le sens du droit canonique. Elles ont leur entière raison d'être dans le but qu'elles poursuivent, *dans l'amélioration du service*. Cette amélioration, on pourra tâcher de l'obtenir dans la personne même du délinquant. Est-elle impossible, il ne reste, comme moyen suprême, qu'à éliminer du service le membre gangrené, pour que tout au moins ce service — la chose importante avant tout — soit purifié et amélioré : *quod medica-menta non sanant, ferrum sanat* (16).

(16) Sur l'affinité qui existe avec la *censura* du droit canonique, comp. Hinschius, dans Holtzendorff Rechtslex. I, p. 458 ; Le même, System des Kath. K. R., IV, p. 748 et p. 749 note 8. — Binding, Grundriss des Stf. R., p. 153 : « pas de peine dans le sens juridique, mais un moyen de correction pédagogique ». Cette dernière appellation est excellente ; seulement, à notre avis, un moyen de correction peut être en même temps une peine, quoique cela ne soit pas une peine du même caractère que celle du droit criminel commun. — Laband, St. R. (éd. all., I, p. 463 ; éd. franç., II, p. 184) : « Ce n'est pas

1) Il faut déjà considérer comme *moyen de peine disciplinaire* les simples réprobations et réprimandes que tout supérieur est naturellement autorisé à adresser à son subordonné. Mais on comprend spécialement sous le nom de peines disciplinaires celles qui, par des degrés réglés, sont infligées suivant une procédure plus ou moins formelle et constatées officiellement pour caractériser définitivement le coupable.

Ces *peines disciplinaires formelles* sont divisées, selon les deux formes dans lesquelles la discipline peut tâcher d'atteindre son but, en *discipline correctrice* et

une peine dans le sens du droit pénal, mais un moyen de maintenir dans le rapport de service la discipline et l'ordre et d'assurer l'accomplissement des devoirs du service ». Dans la tendance que l'on constate à appuyer fortement sur l'opposition contre l'ancienne doctrine qui admettait ici une sphère spéciale du droit pénal commun, un droit spécial particulier, on est allé trop loin, il est vrai, et l'on a assimilé, d'une manière excessive, la peine disciplinaire à la peine coercitive. On l'a désignée de « moyen de contrainte pour obtenir l'accomplissement du devoir » (*Laband*, I. c., éd. all., I, p. 464 ; éd. franç., II, p. 185) ; elle doit être « à la place de la demande en prestation » de ce qui est dû en vertu d'un contrat (*Laband*, I. c., éd. all., I, p. 465 ; éd. franç., II, p. 186) ; elle est une « forme de la contrainte à la prestation » (*Binding*, Stf. R., I, p. 278). *G. Meyer*, dans *Annalen* 1876 p. 673 ss., a fait observer avec raison que justement la peine disciplinaire la plus grave, la destitution, en renonçant à toute prestation ultérieure, doit exclure toute idée d'une contrainte à la prestation. *Laband*, St. R. (éd. all., I, p. 464, note 2 ; éd. franç., II, p. 165 note 2), oppose à *G. Meyer* « qu'il reconnaît lui-même que la menace d'une peine est un moyen de contrainte indirect ». Mais *Laband* nous semble quitter ainsi le terrain sur lequel il a construit tout d'abord sa propre doctrine. En effet, le moyen de correction qui correspond à la demande judiciaire en vertu du contrat, ne pourra être représenté que par l'infliction de la peine, et non par la délégation faite aux autorités du pouvoir juridique de le faire au besoin, — délégation qui seule pourrait être considérée comme l'acte de « menace » vis-à-vis du fonctionnaire ; car il n'y a pas ici d'autre menace. Mais si l'on se contente de cette espèce de menace pour appeler la peine disciplinaire un moyen de contrainte pour obtenir la prestation, alors toutes les menaces contenues dans les règles du droit criminel ordinaire doivent être appelées des menaces au même titre et considérées également comme des moyens de contraindre à l'accomplissement du devoir ; ainsi disparaîtra la distinction que *Laband* s'était efforcé de faire. — L'idée d'une contrainte de prestation, qu'on a combinée sans aucune nécessité avec l'idée du moyen de correction, doit simplement être laissée de côté.

*discipline épurative (Zuchtdisciplin, reinigende Disciplin).*

Les moyens de discipline corrective sont : l'avertissement, le blâme, les amendes et les arrêts. La discipline épurative opère par l'exclusion du service, la *destitution disciplinaire*. Entre les deux groupes se trouvent encore les déplacements par voie disciplinaire et les suspensions, représentant d'un côté des moyens de correction vis-à-vis du coupable, et ayant, d'autre part, un certain effet épuratif au profit du service dans l'intérêt duquel il suffit que l'individu n'exerce plus ses fonctions à tel endroit ou pendant un certain temps.

Ces moyens ne sont pas tous admis partout. Le choix de ceux qui doivent être admis dépend de la nature de l'obligation de servir. La distinction entre fonctionnaires supérieurs et fonctionnaires subalternes devient ici d'une certaine importance. Les premiers sont déjà très sensibles à l'égard d'une réaction très modérée ; celle-ci suffira donc souvent pour produire l'effet voulu. Ainsi la peine des arrêts, d'ordinaire, n'est admise que pour des fonctionnaires subalternes. Vis-à-vis des juges, on considère peut-être même l'amende comme un moyen de correction trop lourd.

On comprend que la discipline militaire ait dû se développer avec le plus d'intensité. L'armée ne peut, à aucune condition, tolérer des sentiments contraires aux devoirs qu'exige son service. De plus, dans le service militaire forcé, il s'agit d'une école destinée à former aussi rapidement que possible le moral même ; il faut ajouter que la discipline épurative se trouve exclue ; le renvoi par la voie disciplinaire ne s'accorderait pas avec un service forcé (17). Il faut donc des

(17) C'est ainsi que Hecker dans *Gerichtssaal*, XXXI, p. 595 ss., explique cette « renonciation aux moyens de la discipline épurative ».

moyens de discipline corrective d'autant plus forts pour atteindre le but.

• Selon l'énergie avec laquelle elles frappent, on divise encore les peines disciplinaires formelles en simples *peines d'ordre* et *peines disciplinaires proprement dites*. Des différences de procédure s'y attachent.

2) La peine disciplinaire suppose une *faute*. Mais elle n'est pas encourue directement par cette faute, comme la peine de police ou la peine en matière de finances. Le fait de la faute commise procure seulement une arme à l'autorité pour obtenir du délinquant l'amélioration du service qu'elle jugera nécessaire (18). S'il convient d'en faire usage et dans quelle forme, cela rentre dans l'appréciation de l'*intérêt du service*. Donc, le pouvoir disciplinaire ne porte pas devant les yeux un bandeau à travers les ouvertures étroites duquel il ne verrait qu'une partie de la réalité, celle qui contient la matière du délit. Elle a égard aux mérites antérieurs et aux espérances que le coupable peut présenter, au préjudice que la renommée du fonctionnaire éprouvera par la punition, à la mauvaise impression que, de l'autre côté, son immunité pourrait faire sur les autres fonctionnaires, bref à tout ce que la prudence politique peut trouver digne d'être pris en considération.

Dans la *procédure* suivie pour infliger la peine disciplinaire, il se produit peut-être une séparation des différents points de vue à examiner. Pour statuer sur les fautes les plus graves et infliger les peines les plus sévères qui y correspondent, des autorités disciplinaires spéciales sont constituées à côté des supérieurs ordinaires ; ou bien l'on fait fonctionner comme telles

(18) *Laband*, St. R. (éd. all., I, p. 355; éd. franç., II, p. 167) : « un droit, non pas une obligation juridique de l'Etat ». *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 482 : « son exercice est à la libre disposition du détenteur ».

des tribunaux civils ou administratifs. Ces autorités disciplinaires sont alors chargées de l'examen formel de la cause, de la constatation de la faute et de la fixation de la peine, tout cela au point de vue de la justice et de l'application égale des principes existants. Les autres vues et considérations qui caractérisent la peine disciplinaire sont de la compétence du détenteur ordinaire du pouvoir hiérarchique, lequel prend part à cette procédure de différentes manières.

Il peut y concourir en ce sens que la cour spéciale de discipline prononce d'abord, et que le supérieur ordinaire du plus haut degré ordonne ensuite définitivement ce qui doit être, en se basant sur cette déclaration, mais en appréciant encore et librement les autres points de vue de l'intérêt public. Cela a lieu surtout dans les tribunaux d'honneur des officiers.

Pour les fonctionnaires civils, au contraire, l'arrêt du tribunal disciplinaire marque la fin de la procédure. Mais ce tribunal ne procède que sur la demande du supérieur ordinaire. La procédure offre ainsi une grande ressemblance avec l'instruction criminelle; mais tandis que, dans cette dernière, le ministère public est obligé de poursuivre toutes les fois qu'il est possible d'obtenir une condamnation, ici le supérieur n'agit que dans le cas où il le juge nécessaire dans l'intérêt du service (19).

(19) Dans cette séparation, le décret du tribunal de discipline, considéré isolément, aura la nature de la décision de juridiction; comp. I. 1<sup>re</sup>, p. 126, p. 210. *Seydel*, *Bayr. St. R.* III, p. 483, fait des efforts pour conserver cette notion même pour des cas où l'infliction de la peine disciplinaire est entièrement dans les mains du supérieur, lequel toutefois apprécie librement s'il est aussi de l'intérêt public de poursuivre, et de poursuivre de telle ou telle manière (comp. *Seydel* lui-même, *l.c.*, p. 482). Pour lui, la question a cette importance pratique qu'il s'agit de savoir si ici la forme du contentieux administratif est applicable ou non. En effet, s'il était vrai que la justice administrative ne pourrait absolument avoir lieu que dans les cas de véritable « juridiction » au sens indiqué, elle serait évidemment écartée ici. Mais tel n'est pas le cas, pas même d'après le droit Bavarois; comp. I. 1<sup>re</sup>, p. 215 ss. et note 11.

3) La peine disciplinaire peut être exclue de différentes manières.

L'exclusion n'a pas lieu, en principe, dans le cas où, à raison des mêmes faits constituant la faute disciplinaire, il y a déjà eu condamnation à une peine du droit pénal ordinaire. L'axiome *ne bis in idem* ne s'applique pas entre ces deux genres de peines. La discipline a son but propre ; l'individu qui a été condamné par la justice criminelle ordinaire doit encore satisfaire à cet intérêt, de même qu'il doit encore payer les indemnités pour le dommage matériel qu'il a causé (20). Toutefois, les constatations du jugement de la procédure criminelle auront toujours une grande importance de fait pour l'une et l'autre, — demande en dommages-intérêts et poursuite disciplinaire. — La loi prescrit donc, pour la poursuite disciplinaire, qu'on doit toujours attendre le résultat de la procédure criminelle, ou que ce jugement la lie quand il renferme un acquittement. Ainsi il peut arriver que la poursuite disciplinaire soit exclue parce que formellement la faute est censée ne pas exister.

Par contre, la peine disciplinaire est exclue d'elle-même par le fait de l'extinction de l'obligation de servir : quand le coupable est sorti du rapport de service, il n'y a plus rien à améliorer dans le service

(20) Ceux qui ne veulent voir ici qu'un droit criminel spécial n'échapperont jamais à la règle : *ne bis in idem*. G. Meyer. St. R., p. 458, croit pouvoir se tirer d'affaire en montrant la différence qui existe entre les punitions infligées dans l'une et l'autre de ces procédures. Mais tout d'abord, il nous semble que, en général, cela ne peut pas suffire pour écarter cette règle ; et puis, il y a des cas où les moyens employés se ressemblent, ce qui ferait disparaître cette différence : il serait donc, par exemple, inadmissible de procéder à une destitution par la voie disciplinaire dans le cas où le tribunal criminel pouvant priver le fonctionnaire de la jouissance des droits civiques et, par conséquent, le déclarer déchu de sa position officielle, aurait refusé de le faire.

en agissant sur lui ; la peine disciplinaire a perdu son but et, par suite aussi, son droit (21). Cette cessation naturellement n'a pas lieu si, malgré la fin du rapport de service, il subsiste un motif spécial de poursuivre la procédure disciplinaire. Il ne peut s'agir que d'un but accessoire, du règlement des frais occasionnés par une procédure déjà pendante, ou du retrait des droits qui pourraient sans cela rester au coupable en ce qui concerne le titre, le rang, la pension (22). Cette cessation ne comprend pas non plus l'exécution des peines disciplinaires déjà infligées avant la dissolution du rapport de service (23). Ces peines peuvent seulement être devenues, par ce fait,

(21) Cette idée dominante se trouve exposée avec toute la clarté possible dans Bl. f. adm. Pr., 16, p. 39. Comp. aussi *Kanngiesser*, Reichs. R. R., p. 162, 163 ; *F. Seydel*, Dienstvergehen, p. 150 ss. ; *Gaupp*, Württemb. St. R., p. 97. — Evidemment, cela est incompatible avec un simple droit criminel spécial ; par conséquent, *G. Meyer*, qui tient à cette manière de voir, déclare, dans *Annalen* 1876 p. 677, que les prescriptions des §§ 75 et 100 du R. B. G. consacrant cette règle proviennent uniquement d'une inadvertance du Reichstag. Mais nos législations particulières ordonnent la même chose. — Il nous semble que c'est là le véritable motif, pour lequel il n'a pas été constitué de pouvoir disciplinaire sur les échevins et les jurés : la discipline punitive est écartée en ce qui concerne le service forcé ; quant à exercer une discipline correctrice sur un homme que, la clôture de l'audience prononcée, on ne reverra jamais, cela n'a pas de but raisonnable. Les peines du non-accomplissement du service forcé, à infliger selon les principes du droit pénal commun, suffisent donc : *Seuffert*, *Erörterungen über die Besetzung des Schöffengerichts und Schwurgerichts* p. 81 ss. *Laband*, *St. R. éd. all.*, I, p. 448 ; éd. franç., II, p. 160, 161), voudrait expliquer ce fait par le prétendu principe « que les suites disciplinaires ne peuvent atteindre que des fonctionnaires proprement dits ». Mais le soldat — qui n'est certes pas fonctionnaire — est cependant soumis à ces suites.

(22) Comp. la jurisprudence dans *F. Seydel*, *Dienstvergehen*, p. 150, 151. — O. Tr. 1<sup>er</sup> déc. 1871 *J. M. Bl.*, 1872, p. 14) retient la procédure disciplinaire même après la démission accordée, pour infliger un blâme. C'était le coupable lui-même qui, condamné en première instance, avait interjeté appel ; le tribunal croyait donc peut-être agir en faveur de l'accusé en continuant l'instance. *Kanngiesser*, *R. B. G.*, p. 163, remarque avec raison que c'était aller trop loin.

(23) De même que des peines coercitives déjà prononcées, quoiqu'étant de pures peines à tendance, doivent être exécutées même si leur but a disparu : comp. t. II, § 23, p. 117.

sans objet ou sans force : sans objet, quand elles ne tendent pas à autre chose qu'à la dissolution de ce rapport ou même à moins que cela, par exemple, à une simple suspension ; sans force, quand il s'agit de peines dont l'effet repose uniquement sur l'autorité du supérieur vis-à-vis du subordonné, telles que l'avertissement et le blâme ; dès qu'il n'y a plus de supérieur, il n'y a plus moyen de les exécuter.

Enfin, la peine disciplinaire est exclue par l'*extinction du pouvoir disciplinaire* qui, par la faute commise, avait été appelé à poursuivre.

Cela peut coïncider avec le cas que nous venons d'exposer ; mais il en peut être autrement. L'extinction d'un pouvoir disciplinaire peut se produire avec cet effet que le coupable n'est plus soumis à aucune obligation de servir selon le droit public (24) ; ou en ce sens seulement qu'il change de patron, passe du service d'un corps d'administration propre dans celui de l'Etat, et vice-versa (25) ; ou bien que, tout en gardant le même patron, il entre dans une autre branche de service, pour laquelle a été établie une autre organisation du pouvoir disciplinaire : cette dernière

(24) *Kanngiesser*, Reichs. B. R., p. 163, entend expliquer l'impossibilité d'une poursuite disciplinaire après la démission, par une espèce de force purifiante de l'acte de mise à la retraite, lequel signifierait « une constatation définitive du service consciencieusement rempli ». Mais la même règle s'applique aussi dans le cas où l'obligation de servir cesse de plein droit parce que le temps est expiré, comme cela arrive pour les fonctions d'honneur, et cependant ici, on ne trouvera pas d'acte spécial auquel on pourrait attacher cet effet.

(25) Présidence (Kreisbauhmannschaft) de Zwickau 31 mai 1880 (Sächs. Ztschr. f. Pr., I, p. 333 ss.) : Un fonctionnaire communal a passé dans le service d'une autre ville et il s'agit maintenant, pour son autorité supérieure nouvelle, de lui infliger un blâme à raison d'une faute commise dans son rapport de service. Pour cela, l'autorité nouvelle n'est pas compétente : « l'accusation n'a aucun rapport avec le serment professionnel que le fonctionnaire a prêté au conseil de ville actuel ». L'ancienne autorité supérieure, il est vrai, est aussi incompétente, par la raison qu'elle n'est plus l'autorité supérieure ; « la procédure disciplinaire reçoit ses limites chaque fois par le rapport de service existant ».

branche de service n'est pas du tout appelée à poursuivre à cause de la faute antérieure, et l'ancien pouvoir disciplinaire n'en est plus chargé (26). Cette cause d'extinction n'a pas d'effet, quand, au moment où elle survient, la procédure disciplinaire a été déjà *introduite*. Il se peut que, pour ce cas, on ait donné à l'autorité supérieure le droit d'empêcher le fait même qui amènerait l'extinction du pouvoir disciplinaire, c'est-à-dire le droit de refuser la démission demandée tant que la procédure disciplinaire introduite ne sera pas terminée. Ce droit ne va pas de soi, car il ne s'agit pas alors de retenir provisoirement l'obligé dans l'intérêt du service (comp. § 44, I, n. 3 ci-dessus). Si, toutefois, le rapport de service, après l'introduction de

(26) C'est encore une conséquence de l'axiome que le droit pénal disciplinaire repose sur le pouvoir hiérarchique; Laband, *St. R.* (éd. all., I, p. 465; éd. franç., II, p. 167); le même dans *Marquardsen Handb.* I, 1 p. 65; *Rehm* dans *Annalen* 1885 p. 192. Le consul de carrière ne peut pas être poursuivi disciplinairement à raison d'une faute commise par lui antérieurement en qualité de juge de commerce en fonction d'honneur, non plus que le fonctionnaire de l'administration des finances à raison des infractions à la discipline qu'il aurait commises dans sa carrière d'officier de l'armée. Un simple changement de l'autorité disciplinaire compétente à raison de la circonscription locale est indifférent, pourvu que la branche d'administration dans laquelle on sert reste la même. Chaque pouvoir disciplinaire n'existe que pour sa branche et n'agit pas au delà. — C'est dans cet ordre d'idées que l'on trouvera la réponse à la question soulevée par *Seydel* dans *Bayr. St. R.*, III, p. 500 ss. D'après le droit Bavarois, les fonctionnaires mis à la retraite définitivement non seulement ont encore à remplir certains devoirs, mais sont aussi soumis à un pouvoir disciplinaire: ils restent donc, comme il nous sera permis de le dire, dans un rapport de service prolongé, quoique sensiblement atténué. Or ici on rencontre le fait «quelque peu frappant» que des fautes commises pendant le service actif et découvertes plus tard ne peuvent plus être poursuivies, alors que ces mêmes faits, s'ils étaient commis dans la retraite, pourraient être poursuivis. Cela s'explique de la manière suivante: ces individus ne sont plus placés sous le pouvoir disciplinaire constitué pour des fonctionnaires actifs; le pouvoir disciplinaire pour des fonctionnaires mis à la retraite — pouvoir sous lequel ils sont placés — n'existe que pour cette autre espèce d'obligation de servir qui est toute différente et qui ne peut pas être mise en mouvement dans l'intérêt du service actif.

la procédure, se termine d'une manière quelconque, alors le principe de la procédure civile devra trouver son application, à savoir que, par l'ouverture de l'instance, la compétence est fixée irrévocablement et reste intacte, quoique les raisons sur lesquelles elle s'était fondée disparaissent après coup. Donc, le pouvoir disciplinaire auquel cet individu, pour toutes les mesures qu'on prendra désormais, ne sera plus soumis, reste en vigueur pour achever ce qui a été commencé. La force, il est vrai, avec laquelle ce pouvoir pourra encore agir, sera restreinte par l'effet même du fait de la cessation du rapport de service : la condamnation disciplinaire, comme il a été dit ci-dessus, pourra ainsi perdre son objet ou la forme caractéristique de son exécution (27).

(27) C'est ainsi que s'expliquent les prescriptions du R. B. G., § 75, 4. 2.

---

### **Droits pécuniaires résultant du rapport de service.**

Au rapport de service du droit public s'attachent des droits à des prestations en argent ou en valeurs pécuniaires, des droits pécuniaires. En partie, ils naissent de ce rapport même ; par conséquent, ils y sont compris et participent de sa nature de droit public. En partie, ils ne s'y rattachent qu'extérieurement en vertu d'institutions spéciales du droit public ou du droit civil. Nous aurons à faire le classement de ces différents éléments (1).

1. — Les droits pécuniaires de celui qui doit le service se trouvent placés au premier rang ; ils forment le contrepois de la prépondérance des droits de l'État dans l'obligation de servir en elle-même. D'après leur cause juridique, nous distinguons ces droits pécuniaires en traitement et indemnité de service.

1) Le *traitement* (salaire) a sa place ordinaire dans le service professionnel, tel qu'il résulte de la nomi-

(1) Droit pécuniaire et droit civil ne sont pas identiques ; comp. t. 1<sup>er</sup>, § 11, note 2. La confusion, qui ne s'explique que par le passé historique, se produit cependant encore souvent justement dans cette matière. Une tentative, avec la bonne intention d'en sortir, est faite dans les motifs de la loi d'organisat. jud., p. 74 (Hahn, Mat., p. 94) : « des droits pécuniaires des fonctionnaires, qui, outre le côté droit civil, ont encore un côté droit public ».

nation du fonctionnaire. Le traitement signifie matériellement la même chose que le salaire dans le contrat de louage d'ouvrage du droit civil : il donne au rapport de service ce côté spécial qui en fait, pour le fonctionnaire, sa profession et le fondement économique de son existence ; il fournit ainsi un motif — et ordinairement le motif le plus important — du consentement nécessaire de cet individu, lequel doit être engagé de cette façon. Le traitement est donc *l'équivalent en argent de l'obligation de servir créée par la nomination, équivalent qui est dû en proportion de la durée de cette obligation et qui échoit à des termes réguliers* (2).

Le droit au traitement est fondé sur un acte administratif qui l'alloue. Cet acte se joint à l'acte de nomination ; il est réuni avec lui dans un seul titre ou séparé extérieurement. Il peut fixer librement le montant dans le cas individuel — ce qui se fait très souvent, — par exemple, dans la nomination des professeurs d'université. Il peut aussi être lié dans son contenu par des règles générales établissant pour les

(2) Ainsi O. V. G. 26 sept. 1885 (Samml., XII, p. 45). — *Goenner*, Staatsdienst, p. 104, voit dans le droit au traitement une conséquence de l'imposition du service d'Etat d'après le modèle de l'indemnité d'expropriation. Depuis qu'on a recommencé à considérer la nomination comme un contrat, il faut surtout avoir soin de distinguer le droit au traitement de l'équivalent payé par le maître dans le rapport de service du droit civil. A cet effet, on a maintenant pris l'habitude de désigner le traitement de « rente alimentaire ». *Laband*, St. R. (éd. all., I, p. 478 ; éd. franç., II, p. 207) ; *Rehm* dans *Annalen*, 1885, p. 88 ; *Ihering*, Zweck im R., I p. 201 ; *Zorn*, St. R., I, p. 239 (2<sup>e</sup> éd., p. 318). Mais ce que le traitement a de commun avec la rente alimentaire se trouvera tout aussi bien dans le salaire du contrat civil. Ce qui est caractéristique dans la rente alimentaire ne se trouve ni dans l'un ni dans l'autre : à savoir, l'adaptation au besoin individuel de la personne à entretenir, ce qui rend la rente alimentaire essentiellement variable. Qu'on se serve de ce nom, nous n'y voyons pas d'inconvénient ; mais, comme *Seydel*, Bayr. St. R., III, p. 415, l'a déjà remarqué très justement, il ne faut pas croire que cela nous avance à quelque chose.

différentes classes de fonctions un tarif fixe de traitements. Des règles analogues sont établies par la loi du budget dans les *états de traitements*. L'administration peut les réunir spécialement dans un *régulatif des traitements*, ayant, en comparaison de la loi du budget, un caractère permanent. L'une et l'autre de ces fixations ne signifient d'abord qu'un plan, d'après lequel se fera l'emploi des sommes que le budget rend disponibles pour les traitements. Elles n'auront d'effet qu'au moyen de l'acte administratif qui en fera l'application. Si rien n'a été dit spécialement, la nomination elle-même renferme tacitement l'allocation de la somme destinée à une fonction analogue d'après l'état ou le *régulatif*. Si la loi ou l'ordonnance ont fixé, pour certaines classes de fonctions, les traitements en forme de règle de droit (3), le droit à ce traitement est créé par la nomination ; il y a là une nécessité juridique ; une dérogation, même avec le consentement du fonctionnaire, ne serait pas valable.

Le traitement alloué signifie, pour le fonctionnaire, un droit subjectif de droit public au paiement de cette somme.

La protection de ce droit s'effectue, conformément aux principes généraux (t. 1<sup>er</sup>, § 16, II), en règle, au moyen d'une demande à introduire devant les tribunaux civils. Les termes échus du traitement sont soumis à la libre disposition du créancier, ces dispositions elles-mêmes étant soumises aux règles du droit civil (t. 1<sup>er</sup>, § 11, IV n. 2).

Pendant la durée du rapport de service, le traitement dû originellement peut recevoir une *augmentation*, soit à l'occasion de l'avancement dans une autre

(3) C'est ce qui fut proposé, par exemple, dans la discussion de la loi d'Emp. sur l'organis. jud., pour les traitements des juges (Proc. verb. de la Commission, p. 574). Les législations particulières sont entrées dans ces vues ; comp. la note suivante.

fonction, soit par la simple allocation d'un supplément. Cela a lieu suivant des règles générales, de la même manière que la détermination du traitement originaire (4). L'acte administratif contenant l'allocation a son effet par lui-même, sans qu'il y ait besoin d'une acceptation déclarée : il ne s'agit pas de conclure, ni de changer un contrat existant.

Au contraire, la privation totale ou partielle du traitement ne devient possible que par le consentement de l'intéressé, à moins qu'il n'y ait une cause juridique spéciale autorisant le maître à y procéder unilatéralement.

Ce consentement peut spécialement se trouver dans l'acceptation d'une fonction ayant une *dotación infé-*

(4) Ainsi, la loi Pruss. d'exécution du G. V. G. du 24 avril 1878 établit des règles de droit pour les augmentations ; elle ordonne dans son § 9 : « L'allocation aux juges des traitements et suppléments prévus dans l'état se fait dans l'ordre fixé par l'ancienneté et selon les moyens que l'état rend disponibles ». Comp. R. G., 25 sept. 1885 (Samml., XI p. 289) ; avec plus d'énergie encore, R. G., 1<sup>er</sup> mars 1886 (Samml., XV p. 274) : Un juge est mort le 24 sept. 1884 ; le 25 oct. 1884, il est alloué à deux juges d'une ancienneté relativement inférieure le supplément prévu par l'état, payable à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1884. Les héritiers réclament ce supplément comme étant dû au défunt pour l'époque écoulée du 1<sup>er</sup> juillet jusqu'au 1<sup>er</sup> oct. 1884 ; le Tribunal de l'Empire le leur adjuge par le motif qu'une omission illégale du défunt aurait eu lieu. Pourtant, la loi ne dit pas : dès qu'un supplément prévu par l'état est disponible, il faut qu'il soit alloué au juge, dont, en vertu de son ancienneté, le tour est venu. Elle dit : quand l'autorité alloue des suppléments prévus par l'état, il faut qu'elle suive l'ordre d'ancienneté ; elle ne doit pas faire d'omission, sans quoi elle lèse le droit de celui qui est omis. Le Tribunal, tout en suivant la première interprétation de la loi, s'exprime en des termes qui conviennent plutôt à la seconde : de cette façon, elle arrive à la thèse un peu surprenante que l'autorité, dans l'allocation du supplément, a « commis une omission » du juge trois mois après son enterrement. — On ne saurait, du reste, méconnaître que le tribunal civil, qui exerce ici le contrôle, est investi, vis-à-vis de l'administration, de pouvoirs extraordinaires : il ne statue pas seulement selon les allocations faites ; il les contrôle au point de vue de leur légalité ; au besoin, il fait lui-même ce que l'acte administratif aurait dû faire. Loi Pruss. du 24 mai 1881 § 1 : *Oppenhoff*, *Res. verb.*, p. 552 n. 11 ; R. R. G., § 149.

rière. La fonction restant la même, le consentement est sans effet, si le traitement est fixé dans la forme d'une règle de droit. Des *retenues consenties* ont surtout lieu dans le but de former un cautionnement prescrit, d'alimenter une caisse de pensions (5), de couvrir le prix des uniformes achetés à frais communs ; elles peuvent aussi servir à payer un remplaçant, quand telle a été la condition d'un congé accordé. La retenue est ordonnée par l'autorité préposée en vertu du consentement.

Même sans consentement, la privation du traitement peut avoir lieu unilatéralement pour *une cause spéciale*. Mais cela dépend ici de règles essentiellement autres que celles qui existent pour le rapport de service du droit civil. Pour ce dernier, tout est placé sous le point de vue de *l'exceptio non adimpleti contractus* : le salaire peut être refusé quand, pour une cause dont le serviteur doit répondre, l'obligation d'être à la disposition du patron n'est pas accomplie. Cela ne s'applique pas purement et simplement au rapport de service du droit public (6).

(5) C. C. H., 12 oct. 1872 (J. M. Bl., p. 295) admet que, par ordre du supérieur, la participation à une caisse de secours pour les veuves de fonctionnaires peut être rendue obligatoire ; dans une décision antérieure, du 14 janv. 1854, le C. C. H. avait déclaré que cela appartient non pas au côté publicistique, mais au côté droit privé du rapport ; en conséquence, il avait reconnu les tribunaux civils compétents pour statuer sur la question des retenues qu'on veut ordonner à cet effet. Cela a dû amener pratiquement un résultat satisfaisant. En effet, en tout cas, ces choses sont placées en dehors de la sphère de l'ordre hiérarchique ; sans le consentement du fonctionnaire, — contenu tacitement dans l'acceptation d'un rapport fonctionnel qui aurait été réglé dans ce sens, ou déclaré après coup, — la retenue ne pourrait se faire qu'en vertu d'une loi.

(6) Dans la fameuse controverse sur le traitement et les frais de remplacement des juges de district élus au Landtag, les prétentions du gouvernement prussien ont été fondées dans le temps sur une application inadmissible des principes du droit civil, touchant les réductions de salaire : v. *Ronne*, Preuss. St. R., I, p. 243 ss. Le gouvernement avait encore compromis sa position, en adoptant antérieu-

D'un côté, une privation de traitement correspondante ne s'attache pas ici aussi directement à l'inaccomplissement du devoir. Il faut une *irrégularité formelle* : contravention au devoir de résidence, c'est-à-dire le fait de s'être éloigné, sans congé, du domicile de la fonction, ou, ce qui revient au même, d'éviter illicitement les localités où le service doit se faire (7). Cette conduite est justifiée par un congé donné ; mais c'est justement avec ce congé qu'une retenue proportionnelle peut avoir été imposée comme condition : le fonctionnaire accepte-t-il ce congé, la retenue devient possible par son consentement ; n'accepte-t-il pas, et s'absente-t-il sans congé, il encourt la retenue par cette irrégularité (8).

D'un autre côté, une privation de traitement se produit même en dehors du cas où il y a manquement au devoir d'être à la disposition pour servir, par suite de la privation de la fonction que le maître peut être autorisé à prononcer contre le fonctionnaire (comp. § 44, II n. 2 ci-dessus). Il faut citer avant tout

rement les opinions contraires au sujet des Landrätte (sous-préfets) qui avaient été élus : *Kamtz*, *Annalen*, année 1830, p. 264. Néanmoins, le gouvernement, au fond, était dans son droit : les élus avaient besoin d'un congé, et le gouvernement étant libre de le refuser pouvait le faire dépendre de cette condition que les élus paieraient les frais du remplacement ; comp. la note 8 ci-dessous.

(7) De même que le droit canonique exige non seulement *residentia*, mais aussi *interessentia*, pour que la jouissance du *beneficium* soit conservée : *Hinschius*, *K. R.*, III, p. 236. De ce côté là, il y a, en général, des affinités très proches.

(8) *Harzeien* dans *Wörterbuch*, I, p. 187. Ce n'est pas une peine disciplinaire, comme *F. Seydel*, *Dienstvergehen*, p. 66, l'a cru ; si le fonctionnaire n'y acquiesce pas, il est statue, il est vrai, selon la procédure disciplinaire : mais cela a lieu aussi pour la mise à la retraite pour cause d'incapacité (loi Pruss. du 21 juillet 1852, § 93). Ce n'est pas non plus l'imposition d'une indemnité à payer ; ce serait, en effet, par une fiction tout à fait arbitraire, que le dommage serait égal au traitement ; de plus, la même privation de traitement frappe le fonctionnaire qui, étant suspendu de ses fonctions, s'est absenté sans congé.

la *mise en disponibilité*, qui réduit le traitement à une fraction, le traitement de disponibilité (*Wartegeld*) ; puis la *suspension*, ayant le même effet ou même enlevant provisoirement tout droit à un traitement ; enfin le *déplacement par voie disciplinaire*, quand la fonction nouvelle est dotée d'un traitement inférieur.

Avec le rapport de service s'éteint également le droit au traitement. Mais il y a des différences, suivant la manière dont ce rapport a pris fin. Le droit au traitement ne cesse, d'une manière absolue, que dans le cas de démission volontaire du fonctionnaire (renvoi sur sa demande) ou d'indignité (condamnation judiciaire, destitution par la voie disciplinaire). Il n'en est pas de même quand le rapport de service a pris fin par suite d'incapacité survenue (mise à la retraite) ou par la mort du fonctionnaire. Dans ces cas, le traitement continue à être payé en entier, encore pendant un certain temps, à l'ancien fonctionnaire ou à sa famille : pendant le mois courant ou même un mois de plus ou trois mois de plus, *mois de grâce, trimestre de grâce*. Cette expression est devenue inexacte, depuis le jour où partout cette prolongation a été réglée de manière à constituer un droit résultant du rapport de service.

Mais, avant tout, cette dernière manière de faire cesser le rapport de service — et avec lui le droit au traitement — fait naître en même temps un droit nouveau, le droit à la *pension*, à la *retraite*. La pension est une prestation en argent effectuée par l'Etat, payable à des termes réguliers et fixée proportionnellement au montant du dernier traitement. Le droit à pension est encore acquis par suite d'une allocation. Cette allocation peut être faite, lors de la cessation du rapport de service, par l'autorité compétente qui apprécie librement ce qu'exige l'équité. En règle, elle est faite d'avance, lors de la création du rapport de service ou pendant sa durée, de la même manière que

les allocations de traitement ; elle est réglée, comme cette dernière, par l'état des pensions ou par des régulatifs, ou même par des règles de droit auxquelles l'administration ne pourra pas déroger. L'allocation une fois faite n'est plus révocable. Les changements qui pourront survenir dans les tarifs des états ou des régulatifs ne la touchent pas. Par la voie de la législation, naturellement, tout peut être mis dans un ordre nouveau ; toutefois, la loi elle-même, lorsqu'elle fait des innovations, ménage les droits acquis à une pension future (9).

L'allocation ainsi faite dépend de la condition que le rapport de service se terminera de la manière prévue, par la mise à la retraite pour cause d'incapacité ou par la mort. Cette condition remplie, le droit se réalise au profit du retraité ou de sa famille. Il est constitué directement aussi au profit de la famille — au profit de tiers, par conséquent, — et ne dépend pas de l'acceptation de la succession ou de la communauté (10). Toujours, dans le cas du droit à pension alloué d'avance, il y aura lieu, la condition une fois remplie, à une fixation formelle de la pension due au retraité ou à sa famille. Mais il n'y a pas là un acte de libre appréciation ; c'est un acte juridiquement lié, une décision.

Le droit à la pension ayant produit son effet par

(9) Exemple : R. B. G., § 70. — R. G., 26 oct. 1880 (Samml., II, p. 114) : Un employé des postes badoises, — remplacées depuis par les postes de l'Empire, — était entré au service de l'Empire ; la veuve réclame la pension, telle qu'elle aurait dû se calculer d'après l'ancien droit Badois. Par la nomination, déclare le tribunal, un droit acquis a été créé, le droit de la veuve d'avoir une pension selon le droit Badois. La loi sur les fonctionnaires de l'Emp. à laquelle le défunt s'était soumis plus tard n'avait pas changé le contenu droit privé de la nomination, avec cet effet que des droits acquis auraient été éteints.

(10) R. G., 17 juin 1885 (Reger, VII, p. 100).

la condition remplie ou créée par l'allocation faite librement après coup, doit être considéré comme l'équivalent de l'obligation de servir dont le fonctionnaire s'est déjà acquitté ; par conséquent, le droit à pension est indépendant de la conduite ultérieure du créancier ; spécialement, il ne peut pas être révoqué pour cause d'indignité, ni par la voie disciplinaire, ni dans la forme d'une déchéance prononcée par un tribunal criminel à l'occasion d'une condamnation (11).

2) Dans le rapport de service du droit civil, l'engagé a droit non seulement à son salaire, mais aussi à la bonification de tous les dommages pouvant résulter pour lui de l'accomplissement de son service. De la même manière, dans le rapport de service du droit public, à côté du traitement, nous trouvons l'*indemnité de service*. Nous entendons par là des prestations en argent faites par l'Etat à celui qui est à son service, afin de le couvrir des dépenses spéciales résultant de l'accomplissement de son obligation de servir. Il y a trois choses à distinguer.

En principe, des mesures sont prises pour éviter

(11) R. G., 11 février 1887 (Samml., 17, p. 250) : Un fonctionnaire a été mis à la retraite au mois d'août pour le 1<sup>er</sup> octobre ; au mois de septembre, il est suspendu à raison d'une accusation criminelle ; au mois d'octobre, il est condamné à deux ans de réclusion : le droit à la pension est conservé, parce que le Code pénal ne prévoit comme peine accessoire que la perte de la fonction et du traitement, mais non pas celle de la pension. Comp. aussi R. G., 9 oct. 1888 (Samml., 21 p. 186). R. G., 28 mai 1880 (Reger, III, p. 170) estime que la législation particulière peut combler cette lacune, non pas, il est vrai, par une loi pénale, à cause du § 6 de la loi d'introd. au C. pén., mais par une loi sur les fonctionnaires. Il nous semble cependant que le nom qu'on donnerait à la loi ne serait pour rien dans la question de fond : comp. Mantry, Civilrechtl. Inh. der Reichsges., p. 91. On pourrait seulement songer à un renvoi incomplet : le retraite aurait encore à observer certains devoirs de sa condition ; et un pouvoir disciplinaire correspondant subsisterait (comp. § 45 note 25 ci-dessus) : dans ce cas, une privation de la pension serait possible, comme peine disciplinaire, sans que les prérogatives de la loi pénale de l'Empire y fassent obstacle.

toute dépense au débiteur du service pour l'accomplissement de ce service et pour rendre cette dépense superflue. L'individu est employé dans l'ensemble d'une certaine entreprise publique ; il entre dans l'organisation d'un établissement public, d'une autorité, et là il doit trouver tous les moyens matériels dont il pourra avoir besoin pour l'accomplissement de son service. L'Etat lui fournit les bureaux, tout ce qu'il faut pour écrire, les ustensiles, les armes, les voitures. Beaucoup de choses semblent profiter directement à sa personne : dans l'intérêt du service, il est logé ; il est, pendant les heures de service, éclairé, chauffé ; il reçoit un costume officiel. Cela se produit de la manière la plus éclatante dans le service militaire : cette grande institution s'empare de l'individu, s'occupe de lui et lui procure tout ce dont il pourra avoir besoin : nourriture, habillement, abri ; elle lui fournit même, pour les menues dépenses, un peu d'argent de poche — ce qu'on appelle la solde n'est pas autre chose. La nature juridique de toutes ces choses est généralement la même : ce sont des avantages provenant des institutions de l'Etat, qui doivent rendre possible et faciliter la prestation du service. Mais il n'y a aucun droit au profit de celui qui doit le service. C'est l'intérêt propre de l'Etat au bon fonctionnement de son entreprise qui les lui garantit exclusivement, mais aussi suffisamment (12).

Il n'y a donc lieu à une indemnité de service que dans le cas où ces mesures ne suffisent pas pour évi-

(12) *Laband*, St. R. (éd. all., II, p. 649; éd. franç., V, p. 271) : « L'entretien des hommes en service dans l'armée de terre et dans la marine a entièrement le caractère d'activité administrative de l'Etat ». Par conséquent, le soldat n'a aucun « droit subjectif pécuniaire à cet entretien, et le fise n'est pas obligé en droit civil ». De droit civil, il ne saurait, en tout cas, être question ici. — Dans le même sens, en ce qui concerne les uniformes livrés aux agents de police : O. V. G. 26 sept. 1885 (Samm.), XII, p. 38 ss.).

ter à celui qui sert toutes les dépenses spéciales. Les autorités préposées au service ont quelquefois à leur disposition des moyens pour accorder des bonifications toutes les fois que l'équité l'exige ; mais c'est alors une affaire de bienveillance ; on ne donne point satisfaction à un droit (13). Le droit formel d'obtenir une indemnité semblable n'est accordé par le rapport de service du droit public que pour certaines choses déterminées, pour lesquelles ce droit est prévu et spécialement reconnu. C'est en ce sens que le service professionnel de l'Etat confère des indemnités de logement (*Wohnungsgeldzuschüsse*) (14), des frais de représentation, des frais de bureau, des frais de déplacement, des frais de déménagement (15). La fonction d'honneur confère des indemnités pour frais de fonction, des indemnités pour les écritures ; la solde et les frais d'équipement payés à l'officier de réserve qui doit faire un service actif rentrent aussi dans cette catégorie (16).

(13) Ainsi il est d'usage d'indemniser les agents d'exécution de la police des dommages qu'ils ont éprouvés quant à leurs vêtements dans l'exercice de leur fonction. Bonification pour des travaux extraordinaires : *Sächs. Ztschft f. Pr.*, I, p. 359. Quand une fois la bonification a été allouée dans le cas déterminé, il y a naturellement droit acquis à recevoir le paiement ; *G. G. H.*, 10 oct. 1865 (*J. M. Bl.*, 1869, p. 2) ; *V. G. H.*, 17 février 1888 (*Samml.*, IX, p. 411). — Les promesses si fréquentes des supérieurs ne sont pas des actes administratifs « constitutifs de droits », ce ne sont que des engagements moraux et personnels.

(14) Accordées pour compenser les frais particuliers causés par la nécessité de résider dans un endroit où la vie est relativement chère. Dans les indemnités de logement du droit de la Prusse et de l'Empire, il se cache cependant aussi un supplément de traitement : *O. Tr.*, 11 nov. 1864 (*Str.*, 55, p. 275).

(15) *Bl. f. adm. Pr.*, 1885, p. 204 : « des prestations réglementaires, fondées sur le droit public ». Comp. aussi *V. G. H.*, 15 juillet 1881.

(16) *Laband*, *St. R.* (éd. all., II, p. 673 ; éd. franç., V, p. 313). L'indemnité a été accordée sous cette forme avec l'intention de manifester ainsi l'égalité extérieure avec les officiers de profession. Ce n'est cependant pas un traitement dans le sens juridique. — En ce qui concerne les indemnités des frais de fonction des chefs de commune et de baillage, comp. le § 60 ci-dessous.

Le droit à ces prestations a pour fondement la règle de droit d'une loi ou d'une ordonnance ; ou bien il résulte d'un acte administratif qui, de son côté, est ordinairement dirigé par des principes généraux établis dans des réglementifs ; ce qui est dit dans ces réglementifs est censé être assuré tacitement par l'acte qui donne lieu à la dépense de service correspondante, par conséquent, par la nomination, par le déplacement, par l'appel au service. Le droit à l'indemnité s'attache alors, avec des sommes fixes, aux faits qui sont reconnus comme pouvant occasionner de pareilles dépenses ; peu importe qu'elles aient été faites réellement ou non dans le cas spécial et dans quelle mesure. En dehors de cela, il n'y a pas de droit à indemnité résultant du rapport de service (17). Cela ne veut pas dire qu'un autre droit à indemnité ne serait pas possible entre les personnes qui sont liées par ce rapport. Au contraire, les règles qui accorderaient un pareil droit à tout autre personne, abstraction faite du rapport de service, profiteront aussi à celui qui sert, du moins en tant que le rapport de service ne s'oppose pas à l'application de ces règles ou n'exclut pas ce droit.

Ainsi, dans le service professionnel ou d'honneur et même dans le service forcé, l'obligé peut, dans l'accomplissement de son service, être amené à faire, pour le compte de la communauté qu'il sert, un achat nécessaire, ou à régler une dépense urgente. Un droit à être remboursé de ces débours peut naître à son profit, par application des règles de la *gestion d'affaires*, de la *répétition de l'indu*, de la *versio in rem* (18). Ce

(17) La « règle générale du service de droit public », que Seydel, Bayr. St. R., III, p. 401, veut établir, n'est obligatoire, en réalité, qu'autant qu'elle est réalisée dans ces formes. Ce que Seydel a en vue, ce sont plutôt les institutions générales du droit civil, dont nous allons parler au texte.

(18) C. C., 25 sept. 1852 ; O. V. G., 23 déc. 1886 ; V. G. H., 17 mai 1897.

droit a alors tout à fait la nature du droit civil. Quand le droit civil exclut l'indemnité pour le cas où la dépense a été faite malgré le *dominus negotii*, le rapport de service sera pris en considération pour examiner si, d'après ce rapport, le demandeur n'aurait pas dû s'abstenir de s'immiscer dans l'affaire qu'il a ainsi gérée.

De même, l'obligé pourra, à raison des dommages qu'il a éprouvés dans l'accomplissement de son service invoquer la responsabilité civile de l'Etat, de la commune, etc., comme pour un fait illicite (comp. t. 1<sup>er</sup>, § 17); ou bien il pourra, ce qu'il ne faut pas confondre, réclamer l'indemnité de droit public, telle qu'elle serait due à n'importe qui (comp. § 53 ci-dessous). Ici encore, le rapport de service n'est pas la base du droit; il peut, au contraire, être un obstacle à la réclamation, si celui qui a éprouvé le dommage était, par suite de ce rapport même, chargé d'éviter, par ses propres soins, l'évènement dommageable (19).

(19) On a mainte fois essayé de faire reposer la responsabilité de l'Etat, pour les dommages que le fonctionnaire pourra éprouver, sur une faute contractuelle d'après les règles du droit civil. Ainsi, R. G., 5 nov. 1885 (Samml., XVIII, p. 171) : Un employé du chemin de fer d'Etat est tombé d'un escalier en mauvais état qui se trouvait à la gare; le fisc est déclaré responsable, parce que, « d'après le droit civil, le contrat de service rend le maître responsable du défaut de soins en ce qui concerne la sûreté corporelle de celui qui sert dans les fonctions dont il est chargé ». Dans le même sens, R. G., 10 nov. 1887 (Samml., XIX, p. 348). Pour pouvoir se représenter les choses de cette manière, on devrait, dans le sens de la vieille doctrine du fisc, imaginer un contrat de droit civil, qui, au moment de la nomination et à côté d'elle, serait conclu tacitement et qui renfermerait les bases nécessaires de cette responsabilité. Admettons-le pour un instant. On ne voudra cependant pas attacher aussi un semblable morceau de contrat de service aux services forcés du droit public. Qu'arriverait-il alors ? Quand l'estrade en mauvais état, sur laquelle le tribunal a dû prendre place, s'écroule, et que le juge est blessé, ainsi que ses deux échevins, ne sera-ce que le juge qui occupait la place du milieu qui aura droit à indemnité ? Ce ne sont là que des efforts désespérés en vue d'améliorer d'un côté la manière dont le droit civil a réglé la responsabilité, et, d'un autre côté, de trouver quelque chose qui remplace l'institution inconnue de l'indemnité de droit public.