

Préface

Plus de neuf cents pages qui ne cèdent jamais à la moindre facilité, quatre notes en moyenne au bas de chacune d'elles qui revendiquent un enracinement dans la recherche pure et dure ; un sujet, l'égalité, qui fleure l'ancien temps dans l'idéologie ambiante ; et un champ d'application, la fonction publique, que facultés de droit et instituts d'études politiques ont laissé en jachère : en première apparence, l'auteur est l'homme de tous les défis. Mais loin des stéréotypes et des prudences afférentes, des tabous et des modes, Alexis Zarca est en réalité plus simplement l'homme d'un engagement scientifique véritable, totalement dénué de provocation ou de naïveté, au cœur d'une question emblématique de la pensée politique et juridique, du droit public français en tout cas, qui appelait impérieusement l'épreuve d'une mise à jour. J'avais vécu la lecture et la soutenance de la thèse qui le fit docteur comme un moment de bonheur professionnel et intellectuel à la découverte d'un travail exceptionnellement riche – par son ampleur, par sa profondeur – qu'irradiait à l'évidence une personnalité forte et équilibrée : nourrie d'une vaste culture, critique sans frilosité mais avec mesure, évidemment prometteuse. J'avais chaudement félicité l'impétrant, heureux de comprendre qu'il frappait à la porte de l'alma mater, et remercié mon collègue Jacques Ziller, son bon maître, d'avoir osé l'orienter et l'accompagner aux sources d'inspiration du service public, vers le principe directeur de toutes les règles applicables à ses agents, ses acteurs.

À préfacier aujourd'hui l'ouvrage issu de cet essai, dix ans après, je retrouve le bonheur d'antan ; parfumé d'un zeste de ce sentiment honorifique qui s'attache insolemment au bénéfice des privilèges... car ce livre est un chef d'œuvre.

Ce livre est un chef d'œuvre d'analyse, voilà ce qui frappe d'abord au fil de la lecture à la rencontre du principe d'égalité avec les concepts voisins et concurrents – d'impartialité, de parité, d'équité, de comparabilité et de non-discrimination – dans le décryptage de toutes les subtilités, c'est à dire de toute l'ambiguïté, des textes et de la jurisprudence : à l'issue d'une lumineuse introduction problématique, les analyses d'Alexis Zarca mûries par une décennie d'approfondissement et d'actualisation, épurées et clarifiées par l'expérience de l'enseignement, se succèdent comme autant de monographies qui brillent à la façon des pierres précieuses sur le chemin qu'il défriche chapitre après chapitre, titre par titre ; pour conduire le lecteur vers les conclusions partielles de chacune des trois grandes parties – les exigences de

la sélection individuelle au mérite, les contraintes du traitement professionnel équitable, l'ancrage du droit à la non-discrimination – puis à la conclusion générale qui ramasse l'ouvrage en dix pages étincelantes. Il suffira de renvoyer à quelques exemples.

Ainsi dans la première partie la démonstration que la maîtrise de l'admission à concourir dont dispose l'administration pour encadrer dès l'amont le choix de ses fonctionnaires, loin de porter atteinte au principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics fondé sur l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), contribue au contraire à le mettre en œuvre sous le contrôle désormais plein qu'exerce le juge de la différenciation des citoyens selon leur capacité à occuper un emploi public (pp. 56 à 74) ; ou d'autres démonstrations toutes bien menées et utiles : que malgré l'ambivalence de telle décision récente du Conseil constitutionnel, les recrutements sans concours sont soumis eux aussi aux exigences de capacité et de mérite de l'article 6 DDHC pour l'accès aux emplois contractuels de tous niveaux (p. 80) comme aux emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement (p. 87) ; ou encore que l'enrichissement par la jurisprudence constitutionnelle dudit article 6 DDHC prescrit aujourd'hui une mise en rapport de la « capacité professionnelle concrète » avec la fonction postulée (pp. 178 à 198).

De même dans la deuxième partie, à propos des règles de déroulement de la carrière dans le titre I, l'explication « en creux » du principe de l'égalité entre fonctionnaires d'un même corps par sa mise en relation dialectique avec la solution de son inapplicabilité entre fonctionnaires de corps différents – solution mal amendée en 2005 que démentaient déjà implicitement nombre de décisions embarrassées du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel – est un festival du raisonnement juridique au service d'un esprit critique aiguisé qui débouche, comme toujours chez Alexis Zarka, sur des propositions rationnelles, réalistes, constructives (pp. 290 à 333) ; il le montre encore deux cents pages plus loin, au constat que les cas dans lesquels le juge administratif admet des dérogations à l'égalité de traitement entre fonctionnaires d'un même corps sans exiger de « circonstances exceptionnelles » ne recourent pas vraiment la césure explicative entre mesures statutaires et non statutaires. Le titre II tout entier est par ailleurs un régal de méthodologie et de précision sémantique au fil de la présentation exhaustive mais jamais lassante, critique encore mais toujours positive, de toutes les méthodes et solutions du juge administratif exerçant le contrôle d'égalité pour chacune des situations professionnelles dans la fonction publique (synthèse pp. 607 et s.).

Chaque section, chaque paragraphe de la troisième partie pourrait livrer aussi une illustration de ce talent d'analyste perforant et novateur qui donne sa sève au livre, particulièrement ici en ce qui concerne la transposition en droit interne de la fonction publique de toutes les avancées du droit européen à la non-discrimination (selon l'origine et la race, les opinions politiques ou

syndicales, les croyances religieuses et philosophiques, le sexe, l'âge...). On soulignera subjectivement, au fil de la lecture, la remarquable mise en lumière des techniques d'interprétation constructive des textes qu'utilise le juge administratif dans la perspective égalitaire de neutralisation des discriminations fondées sur le sexe (pp. 684 et s.) ; ou dix pages plus loin un éclairage nouveau de l'arrêt Perreux sous l'angle de la preuve des discriminations (p. 696) puis l'étude approfondie des solutions relatives à l'interdiction statutaire des discriminations fondées sur la religion (pp. 712 à 722), et à plusieurs reprises dans le titre I l'appréciation inquiète des nouvelles dispositions du statut général relatives aux agissements et au harcèlement discriminatoires dont le manque de clarté est mis en évidence. L'intérêt des développements du Titre II est à l'avenant : démonstration que la discrimination indirecte fondée sur la nationalité réduit la marge étatique de définition de l'aptitude attendue (p. 813), analyse des effets combinés de la discrimination indirecte et de la discrimination à rebours (pp. 828 et 848), illustration du décalage entre la conception ambitieuse de l'égalité hommes/femmes portée par la Cour de Justice et les réponses embarrassées des États, dont la France (pp. 884 et 892 et p. 903).

Et voilà qu'au bout de ces monographies analytiques, par l'effet d'un agencement qui les fertilise et les transcende dans des synthèses partielles, puis globales, ce livre est aussi – est par-dessus tout – un chef d'œuvre de doctrine administrative ; le travail de doctrine le plus important qui ait été mené sur la fonction publique depuis très longtemps.

C'est d'abord qu'étant parvenu à dégager et mettre en lumière l'ensemble des manifestations du principe d'égalité dans la fonction publique (des trois versants, toutes catégories d'agents compris), à tous ses stades de mise en œuvre (recrutement, carrière, retraite), dans toutes ses déclinaisons normatives (égale admissibilité aux emplois, égalité devant la loi, principe de non-discrimination), sous toutes ses formes explicites, implicites et connexes (parité, souveraineté, impartialité...) et depuis toutes ses sources (internes et européennes), Alexis Zarca en propose une vision complètement renouvelée à travers une distinction essentielle : la distinction entre l'égalité comme règle de traitement individuel et l'égalité comme règle de traitement catégoriel des personnes. Dépassant la dichotomie classique mais réductrice qui oppose l'égalité d'accès aux emplois publics à l'égalité dans le déroulement de la carrière, l'approche qu'il propose permet de rendre compte de toute la diversité du contenu normatif du principe de l'égalité dans la fonction publique à travers une triple exigence qui construit l'ouvrage : celle d'abord de l'égalité admissibilité aux emplois publics qui est spécifique au droit de la fonction publique et impose – prescrit – un traitement individuel différencié des candidats comme des agents, fondé sur les seuls mérites, vertus et talents ; celle ensuite de l'égalité beaucoup plus large devant la loi, principe cardinal du droit public dans son ensemble, dont il démontre qu'il n'interdit pas un

traitement différencié des candidats ni des agents mais le subordonne – le circonscrit – à des différences objectives de situation, toutes les fois du moins que le cadre statutaire le permet ; celle en troisième lieu du droit à la non-discrimination qui dépasse l'ordre juridique français, issu de la culture juridique de l'union européenne, et qui exclut toute différenciation discriminatoire – la proscrit – induisant la protection de toutes les différences entre candidats comme entre agents, voire la promotion de leur diversité au nom d'une conception renouvelée de l'égalité des chances.

Mais au-delà de la méthode qu'il a forgée, du plan qu'il retient et des typologies qu'il dégage, l'apport fondamental d'Alexis Zarcia est dans l'explication des influences – leur origine, leur nature, leur portée – qui transforment et affaiblissent depuis quelques décennies la conception traditionnelle de l'égalité dans la fonction publique française.

Partant de ses deux piliers historiques, le concours dans l'acception formelle et méritocratique de l'égalité des chances des candidats, et le statut dans la conception abstraite et juridique de l'égalité de traitement des agents, l'auteur distingue et étudie – à l'échelle nationale d'abord – deux mouvements qui les sapent progressivement mais rapidement : les politiques dites « de modernisation » en vue d'une fonction publique plus efficace, et les politiques de diversification de l'administration à la recherche d'une fonction publique plus représentative de la société. Il montre au titre des premières comment de simples assouplissements en eux-mêmes salutaires de la religion du concours (VAE, PACTE) ou de la rigidité des corps (valorisation des parcours et des responsabilités par la NBI ou le GRAF, rôle des régimes indemnitaires) se prolongent par des réformes plus profondes aussi bien des modes de recrutement avec le recul de la sélection par les connaissances devant le nouveau dogme des « compétences » et la professionnalisation des épreuves de concours, que de la définition de la manière de servir et du service même des agents avec la logique budgétaire de performance et de rendement ; au titre des secondes il souligne combien la juridicisation de la parité par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi du 12 mars 2012 – même si le dispositif des quotas ne s'applique qu'à des emplois supérieurs, marqués par un régime discrétionnaire – pourrait affecter la définition traditionnelle de l'égalité en faisant prévaloir le genre sur le mérite.

L'influence sinon extérieure du moins supranationale du droit européen affecte de façon plus déterminante encore la conception française de l'égalité dans la fonction publique, et au-delà le « modèle français » de fonction publique. L'étude de ce mouvement « d'eupéanisation » du droit de la fonction publique – sous les assauts d'une approche nouvelle, concrète, de l'égalité – constitue à mon avis l'apport scientifique le plus original et le plus important du travail d'Alexis Zarcia. Certes la question de l'impact sur la fonction publique de la construction à l'échelle de l'UE d'un espace de libre circulation

des travailleurs n'est pas inédite. Mais l'auteur montre ici pour la première fois d'aussi nette façon les effets tangibles de la notion de discrimination indirecte sur le droit interne : la déformation, la réduction du pouvoir étatique de définir à priori les critères de capacité à l'emploi public, les inégalités formelles induites par la nécessité de prendre en compte « l'expérience professionnelle comparable » acquise dans un autre état-membre, les conséquences pratiques de l'intégration directe par voie de détachement dans les corps qui remet en cause frontalement le concours comme entrave à la libre circulation. Et ce faisant il démontre comment la mobilité des travailleurs européens oblige la fonction publique française à modifier ses règles de sélection et de traitement des agents publics dans la foulée de l'arrêt *Burbaud* – parfois au prix de contorsions législatives et réglementaires – jusqu'à faire vaciller le système dans ses fondements mêmes par l'effet d'un double jeu permanent entre l'interdiction des discriminations indirectes du droit communautaire et la discrimination à rebours en droit interne. C'est bien la politique européenne de lutte contre les discriminations qui constitue le plus puissant facteur de transformation de l'égalité dans la fonction publique, et qui inspire les réflexions les plus fortes d'Alexis Zarcia.

Car bien au-delà des simples aménagements ou initiatives parfois inattendues qui ont accompagné la transposition des directives dans le statut général – sapant le concours au passage avec l'ouverture au CDI, diluant la carrière dans des parcours professionnels plus ou moins aléatoires avec l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge – l'essentiel du livre est dans la découverte, l'explication, l'appréciation d'une culture émergente de la non-discrimination qui atteint l'âme même de la fonction publique française. L'auteur commence par exposer les manifestations du phénomène, ce qu'il appelle « les nouveaux visages du droit à la non-discrimination » (le passage de la prohibition des actes à celle des comportements avec l'inscription des agissements discriminatoires dans le statut et le passage du droit à l'obligation de non-discrimination, sujette à sanction disciplinaire, qui assimile de surcroît le harcèlement sexuel à une discrimination) puis il en dégage les instruments, selon ses termes « les nouveaux outils du droit à la non-discrimination ». Deux de ces outils donnent lieu à des développements particulièrement originaux ; l'un concerne l'aménagement de la charge de la preuve des discriminations et pourra conduire par exemple en matière de recrutements à ce que la qualité incontestablement supérieure du candidat retenu ne suffise plus à justifier le choix opéré dès lors que le candidat écarté, assurément moins qualifié, l'aurait été pour de mauvaises raisons : le mérite et l'égalité – comme principe de non-discrimination – deviennent ainsi potentiellement deux valeurs contradictoires ! Le deuxième outil ramène à la régulation (par la Halde notamment, aujourd'hui le Défenseur des droits) qui véhicule la nouvelle culture de la non-discrimination et tend à en imprégner le juge qui ne peut plus, en tout cas, ne pas en tenir compte.

Au total, le fil rouge de l'égalité qui trame la toile tissée par Alexis Zarca sur le métier de la fonction publique ne donne pas seulement à comprendre l'ensemble des politiques nationales et européennes qui ont précisément l'égalité pour objet et pour effet ; il permet d'en mesurer scientifiquement les conséquences – au lieu des approximations plus ou moins polémiques attachées aux peurs que suscite la remise en cause de valeurs traditionnelles – sur les deux principes majeurs de l'idéologie française en la matière : le mérite et le statut. Oui, les mouvements qu'impriment ces nouvelles politiques affectent la méritocratie à la française, oui elles affectent le culte du statut c'est à dire la place de la loi, le principe de légalité dans la fonction publique ; ils les affectent considérablement, davantage qu'on pouvait le penser avant le livre, et il ne se passera pas longtemps – nonobstant les velléités de résistance embarrassées du Conseil d'État – avant que le contrôle de constitutionnalité a posteriori, entre autres avancées prévisibles du droit à la non-discrimination, provoque par quelque QPC l'abandon pur et simple de l'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents... et la suppression véritable des corporations plus de deux siècles après la loi Le Chapelier.

De telles perspectives justifient-elles les inquiétudes ou la nostalgie qu'on ressent ici ou là ? Il se pourrait que, loin du renversement de paradigme tant redouté, les exigences du mérite et d'un statut sortent revigorées d'une aventure d'après-guerre qui se traduira peut-être par des progrès de l'état de droit démocratique, par une victoire inattendue mais très heureuse de la pensée de Gerhard Leibholz sur celle de Karl Schmitt. Rien n'interdit d'être optimiste, ni personne, en tout cas pas Alexis Zarca.

J'oubliais la cerise sur le gâteau : aux antipodes de la pseudo « écriture scientifique » en cour, qui procède d'un assemblage aseptisé de phrases courtes – dans tous les sens du qualificatif – ce livre n'est pas seulement l'ouvrage d'un juriste qui rédige. Ce livre est celui d'un écrivain, dont chaque mot est juste, dont chaque phrase fait sens et oblige la pensée dans les rebonds dialectiques d'une idée. Ce livre n'instruit pas seulement son lecteur, il le conduit, il le séduit aussi par le talent d'une plume.

Jean-Claude FORTIER

Professeur des facultés de droit émérite

Fondateur et rédacteur en chef de *l'Actualité juridique fonctions publiques*