

Grève et service public / Strike and Public Service

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

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

Abstract

In recent months, we have witnessed a phenomenon that since the middle of the last century was foreign to the public administration, the civil service, and public services: it is the strike. Similarly, currently in Western countries, hardly a month or even weeks go by in a calendar year without a strike in the public services. Whether it is part of a day of trade union action, whether it is the expression of a corporatist demand at national, regional, or local level, whether legal or illegal, the strike in public services is today a phenomenon that is both banal – because of its recurrent nature – and exceptional because of the almost immediate and considerable discomfort it causes to people outside the conflict, namely the users.

Key words: Public service – Strike – Public agent.

Récemment, et depuis quelques mois, nous témoignons au Liban – et nous vivons – un phénomène qui depuis la moitié du siècle dernier était étranger à l’administration publique, à la fonction publique et aux services publics : c’est la grève ! De même, actuellement dans les pays occidentaux, il ne se passe guère de mois, voire de semaines, au cours d’une année civile sans que ne soit déclenchée une grève dans les services publics. Qu’elle s’inscrive dans le cadre d’une journée d’action syndicale, qu’elle soit l’expression d’une revendication corporatiste à l’échelon national, régional ou local, qu’elle soit légale ou illégale, la grève dans les services publics est aujourd’hui un phénomène tout à la fois banal – du fait de son caractère récurrent – et exceptionnel à cause de la gêne quasi immédiate et considérable qu’elle provoque auprès des personnes étrangères au conflit, à savoir les usagers.

Certes, de tels mouvements ne constituent nullement une nouveauté et il n’est sans doute pas un seul pays qui, dans la période contemporaine, soit resté longtemps sans grève d’agents des services publics, même s’il ne s’agissait que de conflits assez sporadiques et isolés. Toutefois, depuis le milieu de la décennie 1980, on a pu voir, dans le cas français, et depuis le milieu des années 2010 au Liban, se multiplier et s’amplifier ces conflits comme jamais auparavant, au point d’éclater dans les services – par exemple la justice – qui, non seulement en raison des dispositions législatives qui y interdisent la grève, mais également par tradition, n’avaient jamais recours à de telles pratiques. Cette multiplication des conflits doit, sans nul doute, être mise en relation avec l’effacement de la grève industrielle – ce secteur étant en net déclin – au profit de la grève des travailleurs des services qui apparaissent, dans le monde du travail, comme étant la force montante. Cependant, les récentes grèves du secteur public ne doivent pas être considérées comme de simples démonstrations de la force syndicale et des actions de contestation de la politique gouvernementale ; elles révèlent également d’importantes carences dans le domaine de la gestion des relations sociales au sein des services. Autrement dit, elles sont la traduction d’un profond malaise des personnels de l’administration.

Mais, si désormais le phénomène de la grève semble devoir durablement occuper une place importante dans la vie des services publics, il faut bien admettre qu’il demeure paradoxalement fort mal connu et, par conséquent, mal compris.

La grève dans les services publics est un phénomène mal connu, parce qu’on constate qu’il est relativement difficile d’obtenir des statistiques fiables. En effet, si le ministère du Travail établit chaque année le nombre de journées perdues du fait de la grève, ces statistiques ne visent que les entreprises du secteur privé. Quant au ministère chargé de la Fonction

publique, il ne recense – et encore de façon parcellaire du fait de la répugnance des chefs de service à mentionner que leur service a fait l’objet d’un conflit collectif du travail – que les conflits déclenchés par les fonctionnaires *stricto sensu*. Par conséquent, toutes les grèves affectent les agents des services publics *lato sensu* sont, globalement, peu ou mal connues¹, ce qui est fort regrettable, l’analyse statistique étant susceptible de fournir aux pouvoirs publics des données fondamentales pour la compréhension des conflits en question, notamment sur la diversité des buts de la grève, buts dont la connaissance s’avère indispensable pour désamorcer les mouvements revendicatifs.

Mal connue, la grève dans les services publics l’est aussi parce qu’il s’agit d’un phénomène apparu très récemment dans l’histoire des conflits collectifs du travail. En effet, s’il est vrai que la grève est présente aux origines même de l’humanité, elle concerne quasi exclusivement les activités privées, et déjà, elle présente un caractère dualiste : tout à la fois protestation contre une condition matérielle défavorable et aussi révolte contre un traitement qui indignifie l’humaine condition. Ainsi, l’injustice sociale qui a successivement marqué les diverses civilisations orientales et occidentales anciennes devait trouver un exutoire dans la grève². Mais, seule Rome, parmi les civilisations antiques, semble avoir eu à connaître le problème de la grève dans les services publics, puisqu’agitée de mouvements revendicatifs au Bas-Empire, elle a dû édicter des textes répressifs à l’encontre des grévistes³. Les pouvoirs publics romains se sont spécialement préoccupés de deux sortes de grève jugées par eux comme particulièrement graves : les grèves dans les services publics et les grèves concernant les activités essentielles aux besoins vitaux de la population – grève des boulangers, des bateliers transportant les céréales, des ouvriers des monnaies et même des employés des pompes funèbres⁴. Toutefois, hormis cette « *curieuse anticipation* »⁵, on ne retrouve ensuite plus guère trace de grève dans les services publics jusqu’à la fin du XIX^e siècle. Est-ce à dire qu’exception faite de la Rome antique, aucune autorité n’a été confrontée à des grèves, ou au moins à quelques mouvements de protestation, des personnels des services publics durant toute cette

¹ On notera qu’en 1988, 686000 journées de travail ont été perdues pour fait de grève dans la fonction publique, alors que le secteur privé en enregistrait plus de 1,2 million. En 1989, ce sont près de 2,4 millions de journées de grève qui étaient comptabilisées dans la fonction publique, alors que le secteur privé n’en enregistrait pas tout à fait 1 million. Chiffres cités par Philippe TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, Sirey, Paris, 1991, p. 8.

² V. sur ce point, L. H. PARIAS ; *Histoire générale du travail*, Tome I, Paris 1962 ; P. JACCARD ; *Histoire sociale du travail, de l’Antiquité à nos jours*, Paris, 1960.

³ Notamment la Constitution de Zénon, de *aedificiis privatis*, et de *monopoliis* ; texte d’Aurélien relatif aux ouvriers des manufactures d’État.

⁴ Les inhumations tardives étaient, en effet, susceptibles de créer de sérieux risques d’épidémie.

⁵ H. SINAY et J.C. JAVILLIER, *Droit du travail. La grève*, 2^e éd., Paris, 1984, t. 6, p. 9.

période ? Il est fort probable que la réponse à cette question est négative, même s'il est vrai que la plupart des régimes en place au cours de cette période étaient plutôt d'inspiration autoritaire et, par conséquent, peu enclins à admettre de tels mouvements. Mais, il est tout aussi probable que si de tels débordements ont effectivement eu lieu, ils ont été soigneusement dissimulés par les autorités politiques du moment, par crainte du discrédit qu'une telle situation aurait pu jeter sur l'autorité de la puissance étatique. Il n'en reste pas moins que les conflits de ce type devaient être peu nombreux, car, dans le cas contraire, il se serait sans doute trouvé quelques textes y faisant allusion.

Ce n'est, en fait, qu'à la fin du XIX^e siècle que les grèves connaîtront un certain regain dans les services publics en France. Ce phénomène est à mettre en étroite relation avec les caractères nouveaux que commencent à présenter les grèves, notamment – et c'est là un élément fondamental dans l'explication de la généralisation de la grève dans les services publics – un début d'organisation des mouvements revendicatifs. En effet, si l'organisation du déroulement de la grève n'était pas absolument fondamentale dans le secteur privé pour faire face à l'autorité patronale, eu égard de l'inorganisation – relative – des employeurs, pour les agents des services publics – dans la pratique, principalement les fonctionnaires – ils s'agissait là, en revanche, d'un aspect essentiel de la lutte, car leur employeur – l'État – se trouve être une entité à la fois puissante et bien organisée, face à laquelle leurs mouvements ne pouvaient être efficaces que s'ils étaient coordonnés par une autorité 'fédératrice' des divers mécontentements, en l'occurrence les syndicats. Ce n'est, par conséquent, que vers la fin des années 1890, c'est-à-dire lorsque les organisations syndicales commencent à acquérir une certaine puissance et à recueillir un écho favorable auprès des agents des services publics, que vont se développer les premiers mouvements de manifestation dans le secteur public ; cependant, ils restent d'une ampleur très réduite⁶. Les conflits réellement significatifs n'apparaîtront, en fait, que dans les premières années du XX^e siècle. Parmi les principaux mouvements qui éclatent à cette époque, on note la grève des ouvriers des arsenaux en 1904⁷. L'année suivante, ce sont les agents de police lyonnais⁸ et les internes des hôpitaux bordelais qui cessent le travail ; à Paris, le personnel de l'Assistance publique menace d'arrêter également le travail⁹. Les postiers ont, eux aussi, recours à la grève, notamment en 1906, avec

⁶ Le service public des postes a connu quelques remous sociaux en 1874 et 1899. Voir sur ces derniers le « *Journal des Postes* » du 26 janvier 1899.

⁷ G. DEMARTIAL, *Le statut des fonctionnaires*, Paris, 1908, p. 1-30.

⁸ *Le Temps*, 20 mai 1905.

⁹ P. HARMIGNIE, *L'État et ses agents. Etude sur le syndicalisme administratif*, Louvaine, 1911, p. 115.

le conflit des facteurs parisiens soutenus par quelques télégraphistes¹⁰, et en 1909 ; cette dernière grève est probablement la plus sérieuse du début du XX^e siècle dans les services publics. Tout d'abord, elle dure nettement plus longtemps que les précédents conflits du secteur public : dix-sept jours¹¹. Ensuite, il s'agit d'un phénomène massif : alors que les conflits antérieurs n'avaient jamais dépassé le stade des revendications catégorielles et localisées, la grève de 1909 voit se regrouper toutes les catégories subalternes des P.T.T. et « *fait rapidement tache d'huile, s'étendant de Paris à la banlieue puis à la province... Dès lors, on est loin du simple fait divers. La grève des agents de police ressemblait à un épisode burlesque et inoffensif. Celle des postiers, née d'un conflit avec le sous-secrétaire d'État, qui a tout l'air d'une remise en cause du principe hiérarchique, est ressentie par l'opinion comme une entreprise de destruction de l'État*¹² ». Enfin, il faut signaler, dans cette série de conflits du travail, celui des cheminots en 1910. Mais, ces mouvements revendicatifs, pour spectaculaires qu'ils soient, ne doivent pas faire illusion. Jusqu'en 1945, ce sont les grèves du secteur privé – dont le nombre a connu une impressionnante augmentation au cours de cette période¹³ - qui restent prédominantes. Les grèves dans le secteur public, bien qu'ayant connu un développement indéniable, demeurent rares et de d'autant plus que l'opinion publique ne les admet pas encore.

En définitive, ce n'est qu'en 1945, en France, lorsque le déclin du libéralisme économique rend nécessaire une intervention étatique accentuée que la situation va évoluer de manière sensible. En effet, l'État devient un important utilisateur de main-d'œuvre du fait de l'extension des domaines d'activité placés sous son contrôle, et l'on constate, dès lors, qu'une fraction conséquente des agents des services publics se trouve dans une situation socio-économique guère différente de celle des salariés du secteur privé. Si l'on ajoute à cela reconnaissance, en 1946, du droit de grève à tous les travailleurs, y compris ceux du secteur public, on comprend que tous les éléments sont réunis pour que la grève connaisse un véritable essor dans les services publics. C'est d'ailleurs ce qui s'est effectivement produit, mais l'irruption historiquement tardive de ce phénomène au sein de l'appareil étatique n'a pas été sans poser de graves difficultés aux pouvoirs publics, le brutal rééquilibrage des forces entre les agents et leur employeur qui en a résulté ayant engendré des bouleversements profonds et

¹⁰ G. FRISCHMANN, *Histoire de la fédération C.G.T des P.T.T.*, Paris, 1967, p. 70-95.

¹¹ Soit, en moyenne, trois fois plus que les autres conflits du secteur public.

¹² J. LAFON, « Le contrat de fonction publique ». Note sur la naissance de l'État patron, *R.H.D.F.E.*, 1974, p. 658.

¹³ C'est ainsi que l'on est passé de 313 grèves en 1890 à 1502 en 1910 et 16907 en 1936 (il s'agit là de l'année où les conflits ont été les plus nombreux). En moyenne, à partir de 1906, le nombre de conflits annuels ne sera quasiment jamais inférieur à 1000.

surtout rapides dans les services publics. C'est ainsi qu'on a ouvertement contesté le rigide particularisme de l'administration, desserré les carcans hiérarchiques et psychologiques, aboli certains principes et règlements hérités d'un lointain passé. Des pratiques de relations professionnelles auxquelles le secteur privé avait mis de longues années à s'adapter ont été brusquement introduites dans la fonction publique, par étapes ou d'un seul coup. Or, c'est précisément le dynamisme des relations professionnelles dans le secteur public qui fait problème. Les pouvoirs publics, habitués à une grande stabilité dans leurs rapports avec leur personnel, n'étaient manifestement pas prêts pour faire face à une évolution aussi rapide de ceux-ci, spécialement en ce qui concerne les conflits collectifs du travail qui demeurent leur plus grave sujet de préoccupation. Il existe, de toute évidence, un important décalage entre, d'une part, leur approche sociale des services publics et, par conséquent, leur approche des grèves qui s'y développent, et, d'autre part, la réalité sociale de ces services qui est en pleine mutation. Ce décalage provient, dans une large mesure, de ce que les autorités raisonnent encore essentiellement sur les schémas classiques du service public.

Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner outre mesure des difficultés qu'éprouvent les pouvoirs publics pour appréhender le phénomène de la grève dans les services publics. Mais, faire ce constat, même s'il s'agit là d'une démarche indispensable pour prendre conscience de l'ampleur des problèmes que soulève ce phénomène, ne constitue qu'une première phase du processus d'analyse. Il convient d'aller au-delà de cette première approche, c'est-à-dire de se demander pourquoi la grève dans les services publics a constitué, dès son apparition, le plus grave sujet de préoccupation des pouvoirs publics ?

Il est certain qu'à une telle question, il existe une multitude de réponses, mais il faut probablement rechercher l'origine de cette attitude essentiellement dans la conception qu'ont eu les pouvoirs publics des relations entre la grève et les services publics. En effet, dès l'apparition du phénomène de la grève, ils ont estimé qu'une telle action n'avait absolument pas sa place dans les services publics, car ils y voyaient un défi à la souveraineté de l'État, une menace pour la permanence des services essentiels, voire une perversion des procédés politiques qui font la démocratie. Il faut dire que certaines grèves avaient notablement désorganisé les services publics, et quelques-unes avaient même abouti à des concessions dont la prodigalité mit parfois les services concernés en difficulté financière, renforçant ainsi les arguments des adversaires de la grève et suscitant des pressions politiques en faveur d'une plus stricte réglementation de l'action directe dans les services publics. Autrement dit, pendant longtemps en France et c'est toujours le cas au Liban, la grève et les services publics sont

apparus comme deux notions incompatibles. Toutefois, les conceptions ont évolué au fur et à mesure que se multipliaient les arrêts de travail. Peu à peu s'est imposée l'idée que les grèves dans les services publics résultent d'un ensemble complexe de facteurs, les uns identiques à ceux des relations professionnelles dans le secteur privé, les autres étrangers aux relations du travail *stricto sensu*, mais liés aux spécificités du secteur public, c'est-à-dire qu'indirectement, les pouvoirs publics ont commencé à percevoir la dimension humaine et la signification sociologique de la grève dans les services publics. Et pourtant, des années après que l'on eut pris conscience de la gravité et de la spécificité des grèves dans les services publics, les autorités n'y répondent encore, dans une large mesure, que par des formules toutes faites ; effectivement, bien peu de solutions valables ont été trouvées jusqu'à présent. Le plus souvent, il n'y a d'autres réponses à l'action directe, que des mesures coercitives – interdiction, limitation, réquisition, etc... - ou bien des emprunts sommaires aux procédures de règlement des conflits du secteur privé. Mais, cette inadaptation des solutions proposées par les pouvoirs publics ne signifie pas pour autant que la situation soit demeurée figée. Au contraire, on assiste, dans les faits, à un rapprochement entre la notion de grève et celle de service public, rapprochement qui s'opère sous l'impulsion du juge et, dans certains cas, de la doctrine.

Paragraphe 1. Deux notions initialement incompatibles

On appelle grève toute cessation concertée de travail destinée à faire pression, en vue d'obtenir un avantage, sur celui dont cet avantage dépend¹⁴. Donc d'une manière très générale, dans l'esprit commun, est appelée grève un arrêt collectif du travail décidé par les travailleurs. Depuis la reconnaissance du droit de grève en 1946, ce phénomène qui, jusqu'alors, était largement cantonné au secteur privé, a connu un essor important dans le secteur public, puisque si l'on consulte les statistiques¹⁵ on se rend compte que les agents des services publics ont, bien davantage que les simples particuliers, usé de ce droit nouveau. « *On ne peut néanmoins leur en faire reproche, car pour eux, bien plus que pour les salariés privés, la grève peut être le substitut de la négociation, l'ersatz du dialogue. Certains ont même dit que la répétition des grèves des services publics sous la Vème République remplaçait les chutes de ministères sous la IVème. En effet, les luttes sociales paraissent avoir pris la relève de la lutte parlementaire, compte tenu de l'affaiblissement de*

¹⁴ H. SAKR, *Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences du Conseils d'État libanais et du Conseil d'État français*, (dir. S. BRACONNIER), Université de Poitiers, 2008, p. 312 et s.

¹⁵ Voir sur ce point H. SINAY et J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail, La grève*, p. 66 et s. Bien que les statistiques sur les conflits ne soient pas d'une fiabilité absolue, comme l'on a précédemment expliqué, elles traduisent toutefois très clairement l'augmentation des grèves du secteur public.

cette dernière et de l'influence déclinante des députés¹⁶ ». Cette opinion est confrontée par une remarque de M. Ray qui souligne que « certains responsables ne voient pas d'un mauvais œil un conflit collectif naître avant un arbitrage budgétaire, ou lors de la session d'automne : ce rhumatisme social annuel peut s'avérer source de subventions inespérées¹⁷ ».

Il n'en reste pas moins que les grèves dans les services publics présentent des caractères qui les rendent particulièrement irritantes aux yeux des pouvoirs publics. Tout d'abord, elles sont assurées d'une participation généralement très forte, car tous les agents impliqués dans le mouvement revendicatif ont le sentiment d'appartenir à une même grande « entreprise » dont l'État est l'employeur. Ensuite, ces grèves sont bivalentes¹⁸, comme le sont tous les mouvements qui ne peuvent aboutir à un résultat positif que par un infléchissement des conceptions budgétaires gouvernementales et, de proche en proche, à une évolution de la politique économique ; par conséquent, elles ont tendance à se politiser. Enfin, elles disqualifient l'État, ou plutôt le démythifient, en le dépouillant de sa parure de souveraineté pour ne voir en lui qu'un patron comme les autres.

Toutefois, ces griefs, bien que justifiés, demeurent mineurs au regard des difficultés juridiques que le recours à la grève a soulevé dans les services publics. Effectivement, dès que ce phénomène est apparu au sein de l'appareil étatique, de vives critiques, mettant l'accent sur l'incompatibilité juridique qui existait entre la grève et la notion de service public, ont été formulées à l'encontre des mouvements revendicatifs des agents du secteur public. « *Il s'agit de faits de guerre, dont on ne s'étonnera pas que le Gouvernement leur ait appliqué le droit de la guerre* ». Hauriou, dans son commentaire sous l'arrêt Winkell¹⁹ rejoignait donc les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu qui, après avoir indiqué que « *la continuité est l'essence du service public* » condamnait la grève des fonctionnaires, « *moyen révolutionnaire²⁰* ». Vingt ans plus tard, dans son cours de droit public²¹, Jèze constatait : « *Grève et service public sont antinomiques* ». Autrement dit, la grève dans les services publics était avant tout considérée comme une révolte contre l'ordre étatique, une contestation globale et non un simple moyen de pression économique. Pourquoi cette crainte, ce rejet de l'idée de grève dans les services publics, sinon parce que le droit ne parvient que difficilement et imparfaitement à préciser ces

¹⁶ *Ibid*, p. 58.

¹⁷ J.-E. RAY, « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *D.S.* 1991, 220.

¹⁸ J. RIVERO, « Les grèves d'août 1953 », *D.S.* 1953, 517.

¹⁹ M. HAURIOU, note sous C.E., 7 août 1909, Winkell, *S.*, 1909, 3, 145.

²⁰ Conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu sur C.E., 7 août 1909, Winkell, *S.*, 1909, 3, 145.

²¹ G. JEZE, *Cours de droit public*, Paris, 1928, t. 2, p. 246.

deux conditions – or, rien n’est plus difficile que de maîtriser quelque chose que l’on connaît mal –, la grève étant, du fait de sa nature, un phénomène rebelle au droit et la notion de service public étant, eu égard à la complexité et la variété des situations qu’elle recouvre, imprécise.

A. La grève : un phénomène rebelle au droit

Le phénomène de la grève a, depuis toujours, mis les juristes dans l’embarras, car les tensions entre groupes sociaux qu’il exprime sont, par essence, rebelles à une appréhension d’ordre juridique. Comment, en effet, des phénomènes de force seraient-ils susceptibles d’être saisis dans les mailles du droit ? Alain traduisait ainsi cet impossible jeu : « *Il me semble que faire grève, c’est prendre le parti de forcer. Est-il permis de forcer, si on ne peut forcer. Est-il défendu de forcer si on peut forcer ? Ou bien ne faut-il pas dire plutôt que l’expérience de la grève est un effet de force...*²² ». Et pourtant, parmi les principes particulièrement nécessaires à notre temps, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 reconnaissait en ces termes le droit de grève : « *Le droit de grève s’exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Ce faisant, le phénomène de force qu’est la grève acquérait droit de cité au plus haut niveau de l’ordre juridique, « promotion » qui a suscité bien des remarques. Ainsi, M. Laroque²³ notait que l’évolution juridique des conflits du travail est allée au rebours de l’évolution générale des institutions. Celle-ci s’est progressivement distancée de la loi du plus fort, chaque individu renonçant à se faire justice soi-même et recourant à l’offre d’arbitres, puis des juges. Celle-là, en revanche, conduit à ériger en règle juridique le droit d’une collectivité, la collectivité ouvrière, de se faire justice soi-même. Cette accession finale au royaume juridique ne devait d’ailleurs aboutir qu’à l’issue d’un combat dont la grève elle-même ne fut pas le moindre élément moteur.

La reconnaissance constitutionnelle du droit de grève n’a pourtant pas résolu tous les problèmes, car, en affirmant l’existence du droit de grève, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 exigeait implicitement que l’on délimitât les contours et le contenu de celui-ci et, pour commencer que l’on précisât le socle sur lequel il repose, c’est-à-dire la grève elle-même. Du phénomène sociologique, il s’agissait de dégager une définition juridique. Cette tâche aurait dû logiquement être accomplie par le législateur. En effet, les constituants de 1946 l’ayant chargé de réglementer l’exercice du droit de grève, l’accomplissement de cette mission impliquait qu’il définisse la notion même de grève. « *Mais n’est-ce pas une gageure que de vouloir*

²² Les propos d’Alain, *La Pléiade*, p. 1231.

²³ P. LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », *D.S.* 1954, 271.

ensermer dans un module juridique un phénomène de force, une manifestation volcanique telle que la grève ²⁴ ». Parfaitement conscient de la difficulté de la tâche qui l’attendait – et des conséquences politiques –, le législateur ne s’en est pas acquitté, et ce malgré les appels répétés que lui a adressés le Conseil Constitutionnel pour « *définir les conditions d’exercice du droit de grève et tracer la limite séparant les actes et comportements... licites de ceux qui en constitueraient un usage abusif* ²⁵ », si bien que la grève demeure, aujourd’hui encore, un phénomène mal connu en droit. Or, pour les besoins conjugués de la théorie et de la pratique, une telle lacune devait être comblée, tâche qui, fut, en définitive, entreprise par la jurisprudence.

L’œuvre était déjà bien avant 1946 tant par la jurisprudence que par la doctrine. Il n’y a d’ailleurs là rien d’étonnant : simple manifestation violente anti-juridique, la grève existait en fait depuis longtemps et, comme tout événement en ce monde, entraînait des conséquences dans le domaine du droit, la principale étant que le contrat de travail liant le gréviste à son employeur était considéré comme automatiquement rompu. Avant la Seconde Guerre Mondiale, il ressort de l’analyse du droit positif qu’il y avait grève lorsqu’il y avait eu interruption concertée du travail exécutée par une coalition de travailleurs sans l’assentiment de l’employeur. À cette époque, la jurisprudence s’efforçait d’interpréter strictement cette formule et refusait la qualification de grève à de courts arrêts de travail ou à des arrêts entrés dans les usages²⁶, ceci afin d’épargner aux travailleurs en cause la perte de leur emploi. En revanche, à la suite de la reconnaissance du droit de grève, le juge s’est bien gardé, dans un premier temps, de fournir une définition que la loi n’avait pas donnée. Aussi, jusque dans les années 1960, les diverses tentatives de définition de la notion de grève émanèrent-elles essentiellement de la doctrine. Ainsi, pour M. Durand²⁷, il s’agit de « *toute interruption de travail de caractère temporaire motivée par des revendications susceptibles de bénéficier à l’ensemble ou à une partie du personnel qui trouve appui dans un groupe suffisamment représentatif de l’opinion ouvrière* ». Pour M.M. Brun et Galland²⁸, la grève est « *une action concertée des salariés, qui ont pris la décision collective de cesser le travail, et qui est suivie d’effet* ». Ces auteurs précisent leur définition par ces termes : « *La grève est un procédé de lutte des salariés, sous la forme d’un arrêt de travail pour défendre ou améliorer les conditions de travail* ». Pour M.M. Rivero et Savatier²⁹, la grève consiste dans « *la cessation concertée du travail par les salariés en vue de contraindre*

²⁴ G. LEVASSEUR, « La notion de ‘grève’ », *D.S.*, 1960, 654.

²⁵ Cass. civ., 22 oct. 1982, n° 82-144 et Cass. civ., 28 juill. 1987, n° 87-230, *R.C.C.*, 48.

²⁶ Par exemple le 1^{er} mai.

²⁷ *D.S.*, 1951, 529.

²⁸ A. BRUN et H. GALLAND ; *Traité de droit du travail*, Tome 3, 1^{ère} éd, Sirey, Paris, 1955, p. 182.

²⁹ J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, P.U.F., Paris, 2^e éd., 1960, p. 186.

l'employeur, par ce moyen de pression, à accepter leur point de vue sur la question qui fait l'objet du litige ». Enfin, M. Camerlynck³⁰ propose la définition suivante : « *Une interruption de travail complète, de caractère collectif et motivée par des revendications professionnelles* ». Pourtant, dans un second temps, pour faire face aux problèmes juridiques de plus en plus nombreux que posait l'exercice du droit de grève, le juge a été conduit, en raison de l'inertie du législateur en ce domaine, à proposer une définition de la grève, démarche qui s'inscrit dans la logique des choses, car, « *comme souvent lorsqu'une question est politiquement délicate, c'est in fine le juge – administratif ou judiciaire – qui doit faire preuve de créativité, et sera soumis à de rudes critiques : mais l'art est difficile*³¹ ».

C'est à partir de ces divers éléments, fournis à la fois par la jurisprudence antérieure à 1946 et surtout, par la doctrine, que le juge va élaborer sa propre définition de la grève. Son élaboration a pu, *a priori*, sembler relativement longue, mais cela est aisément compréhensible eu égard aux difficultés auxquelles le juge a été confrontées dans son travail. La principale difficulté, en l'espèce, était la pénurie de textes et de principes. En effet, dans une telle situation, toute définition implique une large part d'élaboration ou du moins un effort d'interprétation et de synthèse où l'arbitraire peut aisément s'insérer. L'existence de décisions de jurisprudence ne peut toujours pallier le risque ; car il est très rare que, dans de telles hypothèses, les décisions se coordonnent assez harmonieusement pour former un corps juridique irrécusablement cohérent. Les juges du Conseil d'État et de la Cour de cassation sont toutefois parvenus à faire une synthèse des différents éléments composant la grève et définissent cette dernière, selon une jurisprudence constante, comme une cessation collective et concertée du travail, afin d'exercer une pression sur l'employeur à l'appui de revendications professionnelles. Dès que l'action collective présente ledit caractère, le juge estime que les travailleurs ont exercé valablement leur droit de grève et s'oppose, par conséquent, à toute sanction.

Deux types de facteurs sont donc mis en jeu pour définir la grève : des facteurs matériels – cessation du travail et cessation collective – et des facteurs psychiques – cessation concertée afin d'exercer une pression sur l'employeur à l'appui de revendications professionnelles –. Par de nombreux arrêts, la jurisprudence a précisé le contenu de ces différents facteurs, et c'est justement à ce stade qu'apparaît une discordance dans la définition de la grève entre le juge judiciaire et le juge administratif, discordance due tant à l'intervention du législateur pour réglementer la grève dans les services publics, qu'à la spécificité de ces derniers. On peut

³⁰ G.-H. CAMERLYNCK, Répertoire Dalloz de droit social, V^o « grève ».

³¹ J.-E. RAY, « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *D. S.*, 1991, 220.

cependant considérer que la définition de base de la grève qui, en définitive, a été retenue, est celle proposée par le juge judiciaire, et ceci pour deux raisons : d'une part, les principes fondamentaux qui régissent la grève dans le secteur privé trouvent une large application dans le secteur public ; d'autre part, on peut raisonnablement estimer que la définition proposée par le juge judiciaire s'avère plus élaborée, dans la mesure où celui-ci a été amené à se prononcer beaucoup plus fréquemment que le juge administratif sur la notion de grève. Aussi, pour toutes ces raisons, paraît-il judicieux de prendre pour base de travail les précisions apportées par les arrêts de la Cour de cassation, tout en y ajoutant les éléments spécifiques à la grève dans les services publics, dégagés par le Conseil d'État ou imposés par le législateur.

En ce qui concerne les éléments matériels, la Cour de cassation, n'admet que les cessations totales de travail, c'est-à-dire les cessations « nettes et franches ». Par conséquent, dans le secteur privé, comme dans le secteur public d'ailleurs, il n'y a pas grève lorsque le travail est exécuté au ralenti, partiellement ou dans les conditions volontairement défectueuses selon la pratique dite de la « grève perlée ». Les deux ordres de juridiction, administratif et judiciaire, ont, sur ce point, une jurisprudence concordante ; ils condamnent sans ambiguïté de telles pratiques, estimant que « le droit pour les salariés de recourir à la grève ne les autorise pas, sans couvet de ce droit, à exécuter leur travail dans des conditions autres que celles pratiquées dans la profession³² » et que « ces pratiques ne sauraient être confondues avec l'exercice du droit de grève³³ ». On peut trouver confirmation de l'idée qu'une grève doit constituer un « arrêt » de travail et non une exécution partielle ou au ralenti de celui-ci, dans la loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics³⁴, qui définit la grève comme « une cessation ...du travail » **et dans la décision du Conseil Constitutionnel du 28 juillet 1987³⁵ qui oppose** « l'absence de service fait ou de travail résultant d'une cessation concertée du travail » et « l'exécution partielle du travail ou de service ». Mais, dès lors que les cessations collectives et concertées respectent ces prescriptions, elles sont qualifiées de grève, et ceci quelle que soit leur durée, le problème de savoir si ce type de grève est licite lorsque les débrayages sont répétés et inopinés étant une tout autre question, qui n'affecte en rien la qualification juridique du mouvement. Quant au second élément matériel de la définition de la grève, à savoir l'aspect collectif de la cessation du travail, il a été, jusqu'à présent, nettement moins débattu. Seule la Cour de cassation s'est prononcée clairement sur le sens qu'il fallait donner au

³² Cass. soc., 10 oct. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 702.

³³ C.E., 23 oct. 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, *rec.*, p.484.

³⁴ L. n° 63-777 du 31 juill. 1963, *J. O.*, 2 août 1963, p. 7156.

³⁵ Cass. civ., 28 juill. 1987, n° 87-230, *R.C.C.*, p. 48.

terme « *cessation collective* ». À cet égard, elle a adopté une position relativement libérale, puisque, dans son arrêt du 3 octobre 1963³⁶, elle admet le principe de la grève minoritaire, étant entendu que le refus de travail doit cependant émaner de plusieurs salariés agissant collectivement. Le caractère concerté de la grève – élément intentionnel – emporte donc *ipso facto* le caractère collectif ; ce faisant, la jurisprudence consacre une conception subjective de la grève. En effet, l'élément matériel de la participation collective de la grève est déterminé lui-même à l'aide de l'élément intentionnel, le concert de grève. La grève étant un acte collectif, il s'ensuit que la cessation de travail pour des motifs revendicatifs, lorsqu'elle est le fait d'une personne isolée, présente le caractère d'un agissement individuel. Sur ce point, les jurisprudences judiciaire et administrative sont concordantes : un tel acte ne peut être qualifié de grève ; il s'agit d'un simple acte d'indiscipline³⁷ ou, si la personne est un agent public, d'un abandon de poste³⁸, qui, dans l'un et l'autre cas, expose la personne auteur de l'acte en question à de graves sanctions disciplinaires. Il faut toutefois préciser que la cessation concertée de travail d'une seule personne est qualifiée de grève, dès lors que cette personne s'associe à un mouvement revendicatif national³⁹.

L'appréciation par le juge des éléments psychologiques se révèle, en revanche, plus délicate. La grève, d'après le Conseil d'État⁴⁰ et le Conseil Constitutionnel⁴¹, est « *un moyen de défense des intérêts professionnels* » : elle a pour origine impulsive et déterminante la volonté d'assurer le succès des revendications professionnelles. Il s'ensuit que l'existence même des revendications constitue un élément de la définition de la grève, puisqu'elles tendent à l'obtention de nouveaux avantages socio-économiques et de nouveaux droits. Les agents luttent pour la création de normes contractuelles ou statutaires – selon leur situation – plus favorables. Mais circonscrire la grève aux seuls conflits de droits, c'est-à-dire aux seules revendications concernant la violation d'obligations contractuelles ou statutaires préexistantes, serait irréaliste et aboutirait à limiter la liberté de faire grève. Pourtant, certains arrêts adoptent cette solution⁴², mais il faut bien reconnaître qu'ils sont peu nombreux ; le juge donne, en général, une interprétation extensive de la notion de revendications professionnelles, en estimant qu'elle va au-delà des classiques revendications salariales. Ainsi, un mouvement de protestation contre

³⁶ D., 1964,3, note Gérard Lyon-Caen.

³⁷ Cass. soc., 19 avr. 1958, *Bull. civ.* IV, n° 528, 393.

³⁸ C.A. de Rennes, 18 janv. 1979, Leullier, *Jur.soc.*, n° 396,191.

³⁹ T.G.I. d'Albertville, 18 nov. 1969, *J. C. P.*, 1969, II, 15789.

⁴⁰ C.E., Ass., 7 juill. 1950, Dehaene, *rec.* 426.

⁴¹ Cass. civ., 25 juill. 1979, n° 79-105, *R.C.C.*, 33.

⁴² Cass. soc., 27 févr. 1980, n° 655, *Bull. civ.* V, 141.

de nouvelles conditions de travail est qualifié de grève⁴³. Les revendications pour l'emploi, de plus en plus fréquentes, sont également d'ordre professionnel. À cet égard, la Cour de cassation a considéré que les mouvements de protestation contre des licenciements économiques constituaient des grèves⁴⁴. Est aussi largement admise la grève de solidarité, lorsque les revendications intéressent en propre le personnel gréviste⁴⁵. La notion de revendications professionnelles est entendue dans un sens très large, puisque les mouvements animés par des revendications économicopolitiques sont également qualifiés de grèves, tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État⁴⁶. Quant à la prédétermination des revendications, la confusion semble extrême dans le secteur privé. Tantôt la Cour de cassation inclut dans la qualification de grève la reconnaissance préalable des revendications professionnelles, tantôt elle se place sur le terrain de la seule existence des revendications elles-mêmes, sans exiger une information patronale préalable. En ce qui concerne le secteur public, les données du problème ne sont pas exactement les mêmes, dans la mesure où, depuis l'adoption de la loi du 31 juillet 1963 – en France –, il est prévu que les responsables de l'organisme que la grève va affecter doivent être obligatoirement informés de la décision cinq jours francs, au minimum, avant le début du mouvement, par le biais d'un préavis, dans lequel sont exposés les motifs de la grève ; ainsi, les autorités administratives peuvent-elles prendre connaissance des revendications préalablement au déclenchement du conflit. Toutefois, contrairement à la solution parfois retenue par la Cour de cassation dans le secteur privé, il ne s'agit là que d'une condition de licéité de la grève dans les services publics et, en aucun cas, d'un élément dont la présence est indispensable pour que le mouvement revendicatif soit qualifié de grève.

Mais, l'existence de revendications professionnelles n'est pas suffisante pour que l'on soit en présence d'une grève. Sont également requises l'intention de grève – l'*animus* de grévistes – ainsi que la concertation dans la grève.

Il ne suffit pas de cesser le travail, et même d'être plusieurs personnes à le faire, pour être de ce chef considéré comme gréviste. Encore faut-il avoir l'intention de faire grève. C'est cette évidence qu'a rappelée le Conseil d'État dans l'arrêt Perreur⁴⁷, en considérant qu'« *en absence de toute intention des intéressés de cesser collectivement leur travail pour appuyer leurs*

⁴³ Cass. soc., 30 nov. 1977, *Bull. civ.* V, n° 655, 523.

⁴⁴ « *La manifestation d'une crainte d'ordre professionnel et social... telle que la peur d'une compression d'effectifs, correspond à la définition de la grève* ». Cass. soc., 30 juin 1976, *Bull. civ.* V, n° 403, 311.

⁴⁵ Cass. soc., 30 nov. 1977, *Jur. soc.*, n° 384, 168.

⁴⁶ C.E., 12 oct. 1956, Demoiselle Coquand, *rec.* 362.

⁴⁷ C.E., 18 janv. 1963, Perreur, *rec.* 34.

revendications professionnelles, l'organisation de la réunion dont s'agit...ne peut être regardée comme constituant une manifestation de l'exercice du droit de grève ». Effectivement, en organisant une réunion syndicale, le Sieur Perreur n'avait pas l'*animus* de gréviste, notion que l'on peut définir comme l'intention de se placer hors statut – ou hors contrat pour les agents contractuels et les salariés des services publics – par un changement apporté dans le comportement quotidien au travail et en sachant qu'il sera perturbateur. De plus, cette volonté de se placer hors statut – ou hors contrat – suppose nécessairement un élément conflictuel. Si l'employeur a autorisé son personnel à cesser le travail, les agents ne sont pas hors statut – ou hors contrat –, puisque c'est en raison des dispositions statutaires – ou contractuelles – mêmes qu'ils suspendent leur activité. Il s'ensuit que la cessation concertée du travail ne peut, dans un tel cas, être qualifiée de grève. L'élément conflictuel n'est cependant pas le seul élément de cette intention de se placer hors statut – ou hors contrat –. Elle suppose, en outre, non pas nécessairement une intention nuisible, mais au moins la conscience du préjudice susceptible d'être subi par l'employeur. La grève est effectivement inséparable de cet élément de nocivité, car, matériellement, elle ne peut constituer un instrument de pression efficace que si elle est nocive. Certaines juridictions en ont d'ailleurs pleinement conscience ; ainsi, la Cour de Paris, sur appel de référés, a estimé que la désorganisation du rendement est une conséquence inhérente à l'exercice du droit de grève.

Enfin, en ce qui concerne le caractère concerté de la grève, il s'agit là d'une exigence ambiguë et de nature à prêter éventuellement à confusion, le concert de grève pouvant s'entendre de deux façons. Ou bien on l'interprète comme impliquant simplement la rencontre de plusieurs intentions individuelles de grève, auquel cas, cela ne pose aucun problème, la conjonction des volontés se manifestant, en pratique, précisément par la cessation collective du travail. Et, en ce sens, le caractère concerté n'ajoute guère à son caractère collectif. Ou bien le caractère concerté de la grève s'entend d'une organisation technique du mouvement due, par exemple, à l'initiative syndicale. Cette dernière interprétation n'a pas été retenue par la jurisprudence ; autrement dit, l'aspect organisé et prémédité de la cessation du travail n'est pas pris en considération dans la définition de la grève, et ceci aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public, même si, dans ce dernier, depuis la loi du 31 juillet 1963, le législateur a consacré le rôle des organisations syndicales dans la préparation et le déclenchement des grèves en prévoyant que le préavis devrait émaner « *de l'organisation ou de l'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national, dans la catégorie professionnelle ou l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé* ». En réalité, ce formalisme, qui suppose une

préparation méthodique de la grève, est considérée comme faisant présumer la rencontre des intentions individuelles et emportant preuve d'un *animus* collectif de grève. Par conséquent, ce n'est pas en soi, en tant qu'exigence séparée de préméditation, que ces éléments sont pris en considération, mais par référence et en fonction du contrat de grève, entendu comme conjonction d'intentions.

Ainsi précisés, les éléments de définition juridique de la grève font apparaître celle-ci comme une modalité, considérée aujourd'hui comme légitime, de défense d'intérêts professionnels, faisant contrepoids au pouvoir de direction. C'est d'ailleurs précisément dans cette dernière optique que cet « *instrument de lutte essentiel pour les travailleurs*⁴⁸ » a été érigé, au XX^e siècle, en norme juridique. En effet, le recours à ce moyen direct de pression devait apporter, « *à défaut d'autre remède, un correctif efficace au déséquilibre persistant entre employeur et salariés. Car face aux pouvoirs du chef d'entreprise qui leur permettent d'être à l'origine des décisions économiques et sociales, le camp salarié est en perpétuelle situation de quémendeur, donc en position de faiblesse*⁴⁹ ». Cependant, s'il est vrai que pour les travailleurs du secteur privé, la grève constitue un contrepoids indispensable pour rééquilibrer les relations salariés/employeur et corriger l'inégalité économique, l'irruption de ce phénomène dans les services publics a été très mal perçue. Cette attitude provient de ce que la grève, qui se traduit dans les faits par une interruption, ou au moins une grave perturbation, des activités du service dans lequel elle se déroule, et qui peut être considérée comme un instrument juridique apte à modifier, déplacer ou contrecarrer le pouvoir de l'autorité responsable du fonctionnement du service public concerné, se heurte directement à la notion même de service public, notion dont les contours, contrairement à ceux de l'entreprise privée, demeurent imprécis, rendant là même encore plus difficile l'action des pouvoirs publics pour juguler le phénomène complexe qu'est la grève.

B. Le service public : une notion imprécise

Pour bien comprendre en quoi le phénomène de la grève et la notion de service public sont apparus initialement incompatibles, il faut, tout d'abord, s'interroger sur la formation du concept même de service public. Sans remonter jusqu'à la « *préhistoire* » du service public, dont M. Mestre⁵⁰ démontre qu'il s'agit d'une technique qui trouve ses racines dans les banalités

⁴⁸ G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 15^e éd., 1990, p. 105.

⁴⁹ H. SINAY et J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail, La grève*, p. 2.

⁵⁰ J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., Paris, 1995, pp. 36 et 270.

et les solidarités urbaines, ainsi que dans le concept médiéval d'*utilitas publica*, on retiendra que l'émergence de la notion de service public est étroitement liée à celle de l'État moderne. En effet, à partir de l'affirmation des États monarchiques européennes à la charnière des XV^e et XVI^e siècles, la théorie politique se focalise sur la personne du souverain et met très rapidement en évidence, après des analyses très fouillées, la double nature du roi. On distingue alors le service de la personne privée, du service de la personne publique, qui deviendra ultérieurement celui de la chose publique ou, plus simplement, service du public. Ainsi, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'expression « service public » désigne les interventions du souverain en faveur de ses sujets. Mais la réalité de cette intervention est bien plus ancienne ; l'histoire de la poste en constitue l'exemple le plus caractéristique : Louis XI en 1464 fit établir sur les routes des relais de chevaux fixes (les postes) pour rationaliser et faciliter les communications royales avec les différentes parties du royaume. Les maîtres de postes ne devaient d'abord assurer que les courriers du Roi puis admirent les plis des personnes privées par souci de commodité et de rentabilité. Des raisons identiques conduisent les pouvoirs publics à accorder à ce service royal un monopole au XVII^e siècle. C'est dans ces conditions que le service du Roi comme personne publique devint le service de tous les sujets du Roi ou service du public. Leur nombre s'accrût quand on se rendit compte qu'il était plus rationnel de remplacer les corvées – impôts en nature – par des impôts en argent afin de rémunérer des agents spécialisés qui, manifestement, faisaient mieux et plus rapidement le même travail. Le cas de la création du service des ponts et chaussées au XVIII^e siècle est, à ce titre, exemplaire.

De cette évolution, naquirent les caractéristiques fondamentales de ces services. Comme le fait remarquer M. Mescheriakoff, « *ils sont publics à trois points de vue différents. D'abord ils dépendent de la personne publique (le Roi) soit directement (la régie) soit par la technique de la ferme très usitée sous l'Ancien Régime... Ensuite ils servent le public, c'est-à-dire l'ensemble des sujets du Roi pris comme tels. Enfin, ils sont en eux-mêmes des « choses publiques », c'est-à-dire dépendants non pas du Roi personne physique mais de la couronne. Dès le XVI^e siècle, l'expression « domaine public » est utilisée comme synonyme de dépendances de la couronne. On voit ainsi apparaître les différents aspects du concept de service public que l'on retrouve aujourd'hui*⁵¹ ».

Par rapport à l'Ancien Régime finissant, la période révolutionnaire apporte peu à la notion de service public⁵². En revanche, la pensée révolutionnaire va approfondir les bases

⁵¹ A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, P.U.F., Paris, 1991, p. 19.

⁵² En témoigne la diversité, pour ne pas dire la confusion, dans l'emploi de l'expression, révélée par J.L. Mestre, in « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *E.D.C.E.*, 1988, n° 40,

doctrinales de la notion de service public. À partir de 1789, il y a une dissociation totale entre la personne physique des gouvernants et l'État ; ceux-ci deviennent des fonctionnaires au sens large et, par conséquent, des hommes au service de l'État. L'idée de service public s'approfondit jusqu'à devenir l'essence des fonctions publiques et notamment politiques. Ainsi, naît l'idée que les institutions publiques dans leur ensemble deviennent service public. Parallèlement, la notion de citoyen remplace définitivement celle de sujet ; le lien politique perd donc ce qui lui restait d'allégeance personnelle, pour devenir objectif et public. Autrement dit, le service public n'est plus seulement le service de tous, de l'ensemble des habitants du royaume, il devient service public, c'est-à-dire activité du corps politique représenté par l'État, réalisé au profit des citoyens. Par conséquent, comme le rappelle M. Mescheriakoff⁵³, la Révolution lègue sur ce point un héritage cohérent, les trois principaux éléments du service public, au sens classique du terme, étant nettement dégagés à l'issue de la période révolutionnaire. C'est ainsi que le service public est une activité assurée par une personne publique ; les prestations sont fournies au public et non pas aux particuliers ; enfin, le lien juridique existant entre le prestataire et le bénéficiaire est un lien de droit public.

Or c'est précisément avec l'un de ces éléments de définition, à savoir l'intervention d'une personne publique, que la notion de grève, lorsqu'elle est apparue, est entrée en conflit. En effet, par essence, le service public est une activité de l'État ; cette remarque est fondée sur le raisonnement suivant : l'État étant par définition la chose publique – *res-publica* –, le service public étant lui aussi chose publique, il y a donc coïncidence entre le service public et l'État. Cet aspect organique du service s'exprime dans la notion de services publics régaliens – conception qui domine tout le XIX^e siècle –, c'est-à-dire des services publics qui conditionnent l'exercice de la souveraineté. Or, c'est justement ce lien fondamental entre le service public et la souveraineté étatique qui rend, à l'origine, totalement incompatible les notions de grève et de service public, la grève apparaissant ici comme une atteinte directe à la souveraineté étatique, atteinte que les pouvoirs publics ne peuvent pas tolérer. Toutefois, au cours du XIX^e siècle, les autorités maîtrisent parfaitement la situation, les services publics étant cantonnés dans d'étroites limites. Effectivement, l'État-gendarme tel qu'il est issu de la pensée de 1789

p. 187 : Le service public désigne l'activité d'un citoyen au service de l'État (emploi public). Le service public peut aussi décrire une tâche destinée à l'utilité générale : on dira que le « *service ecclésiastique est un service public* ». Dans un sens plus restreint, le mot désigne un « *secours* », c'est-à-dire une prestation fournie à un citoyen. Enfin, l'expression vise aussi « *un établissement* », « *une administration* » (par exemple, le rapport du Dupont de Nemours du 11 mars 1790 consacré aux postes, estime qu'il s'agit là « *d'un service public susceptible d'amélioration* »).

⁵³ A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, p. 20.

n'est pas conçu pour produire des services ; s'il le fait, c'est accessoirement et de manière purement conjoncturelle, car si l'action administrative est dominée par le but fondamental du service public, l'utilité publique, elle, est conçue comme un simple moyen de mise en œuvre de la loi.

Cette approche classique et restrictive du service public va être sérieusement remise en cause avec l'apparition de l'État-providence, qui s'est manifesté en France par l'accroissement considérable du nombre et l'importance des services publics, dès le début de la III^e République. Effectivement, au lendemain des luttes qui les avaient portés au gouvernement, les républicains voulurent d'abord asseoir leur pouvoir et ensuite donner des gages à des couches de la population restées pendant longtemps à l'écart des avantages prodigués par l'État mais qui rapidement les revendiquèrent. Ces demandes furent adressées aux pouvoirs publics avec d'autant plus de vigueur que, par le biais du suffrage universel définitivement débarrassé des pratiques de la candidature officielle, ces catégories sociales allaient devenir électoralement influentes. Ainsi, à partir de 1880, les gouvernants créèrent le service public de l'instruction publique, puis le service d'assistance médicale – loi du 16 juillet 1893 – ; de même la loi du 15 février 1902 codifia les interventions publiques en matière d'hygiène et de santé. Apparurent, en 1890 la première organisation générale de lutte contre l'incendie, en 1910 les premiers bureaux de placement gratuit. Parallèlement, l'action des collectivités locales s'intensifiait avec les mouvements dit du socialisme municipal que le Conseil d'État freina, mais ne fit pas disparaître⁵⁴. Dans le même temps, le progrès technique provoquait la création de nouveaux services publics – distribution de l'eau potable, puis du gaz, enfin de l'électricité – ou le développement de services publics plus anciens : la poste⁵⁵, le chemin de fer, le réseau routier.

De cette multiplication des interventions administratives dans la vie sociale, qui s'est traduite, en pratique, par une multiplication des activités de service public, va naître une crise de la notion de service public. En effet, dans le droit administratif classique, le service public fournissait, comme on l'a vu, une notion de base relativement simple, car la définition matérielle, selon laquelle le service public est une activité qui tend à satisfaire l'intérêt général, et la définition organique, selon laquelle le service public est une activité gérée par une personne publique, coïncidaient à peu près, dans l'état de la société à ce moment-là. Dès lors, on pouvait prendre le mot de service public dans l'un ou l'autre sens, c'est-à-dire que le service

⁵⁴ Voir sur cette question J.J. BIENVENU et L. RICHER, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *R.H.D.F.E.*, 1984, 205.

⁵⁵ Dans ce service public, le développement se traduit par l'accroissement de la mobilité sociale et du nombre de personnes sachant lire et écrire.

public était toujours une activité d'intérêt général gérée par une personne publique – en général, l'État –. Or, avec le formidable accroissement des activités de service public, on s'est rendu compte que l'équation classique service public = personne publique n'était pas systématiquement vérifiée.

Au contraire, on assiste à une dissociation de ces deux notions, puisqu'il est apparu, tout d'abord, que toutes les activités des personnes publiques n'étaient pas systématiquement des activités de service public. Le commissaire du gouvernement Romieu qui, dans ses conclusions sur l'arrêt Terrier, était apparu comme un des défenseurs de l'École du service public⁵⁶, avait lui-même remis en cause ce schéma traditionnel, en considérant que la gestion par une personne publique de son domaine privé ne constituait pas une activité de service public, dans la mesure où elle agit ici comme une personne privée, comme un propriétaire ordinaire⁵⁷. Par ailleurs, le Tribunal des conflits, dans sa décision du 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac⁵⁸, admit que les associations syndicales de propriétaires présentaient les caractères essentiels des établissements publics, alors qu'elles agissaient dans l'intérêt privé des propriétaires intéressés et que, de ce fait, comme le souligne M. Carbajo, « *il est contestable de voir dans leur activité une activité de service public*⁵⁹ ». C'est ensuite l'élément organique de la notion classique de service public qui a été remis en cause. En effet, il ressort de la célèbre jurisprudence Caisse primaire « *Aide et protection* » du 13 mai 1938⁶⁰ que toutes les activités de service public ne sont pas nécessairement le fait de personnes publiques ; des organismes privés peuvent très bien se voir conférer une mission de service public. Certes, avant que n'intervienne cette décision, le droit positif connaissait déjà depuis longtemps une importante exception à l'équation service public = personne publique, avec la technique de la concession de service public. Mais, avec la jurisprudence Caisse primaire « *Aide et protection* », le phénomène va considérablement s'amplifier et s'étendre rapidement à des activités qui, jusqu'alors, n'entraient pas dans le cadre des activités de service public. Il

⁵⁶ En effet, dans ses conclusions sur cet arrêt du Conseil d'État du 6 février 1903, il avait posé le principe selon lequel « *tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative. Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative* », S., 1903, 3, 25.

⁵⁷ Le Conseil d'État continue, aujourd'hui encore, de ne pas considérer la gestion du domaine privé comme une activité de service public. C.E., sect., 28 nov. 1975, Office national des Forêts contre Abamonte.

⁵⁸ *Rec.*, 731

⁵⁹ J. CARBAJO, *Droit des services publics*, Dalloz, Paris, 1990, p. 8.

⁶⁰ C.E., 13 mai 1938, Caisse primaire « *Aide et protection* », *rec.*, 417 ; *D.* 1939, 3, 65, conclusion Latourenerie, note Pepy ; *R.D.P.*, 1938, conclusion Latourenerie ; *G.A.J.A.*, 135.

s'ensuit que le concept même de service public va se trouver profondément atteint dans sa composante organique, car, dès lors que l'on admet que le service public peut être géré par une personne privée, les expressions service public et personne publique ne peuvent être utilisées comme synonymes. L'expression service public ne désigne plus qu'une activité d'intérêt général gérée, soit par une personne publique, soit par une personne privée à laquelle cette mission a été conférée selon des formes variables. Enfin, la dernière atteinte à la notion de service public provient de la remise en cause de l'unité de son régime juridique⁶¹. Celle-ci est, dans l'ordre chronologique, le premier phénomène venant sérieusement affecter les théories de l'École de Bordeaux qui, sous l'impulsion de Duguit, avait voulu faire du critère du service public le critère de l'application du droit administratif et la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire. C'est ainsi que, dès l'apparition du critère du service public, le commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions sur l'affaire Terrier⁶², avait admis la possibilité d'une gestion privée à l'occasion d'une activité de service public, puisqu'il indiquait qu'« *il peut se faire que l'administration, tout en agissant... dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions d'un particulier...* », c'est-à-dire dans les conditions du droit privé. Cette analyse sera rapidement confirmée par le droit positif, cas dans l'arrêt du 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges⁶³, le Conseil d'État admet clairement la gestion privée à l'occasion du service public, considérant qu'en l'occurrence, le marché de fournitures « *passé entre la ville et la société était exclusif de tous travaux à exécuter par la société*⁶⁴, *et avait pour objet uniquement des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers* ». Cependant, la brèche ainsi ouverte dans le régime juridique des services publics demeure modeste ; en fait, le phénomène de pénétration massive du droit privé résulte essentiellement de l'apparition de la distinction entre les services publics administratifs

⁶¹ Ce dernier élément d'identification du service public a fait l'objet de sérieuses controverses, car, comme le rappelle M. Lachaume (*Grands Services Publics*, Masson, Paris, 1989, p. 19), « *certain auteurs sont réticents à prendre en considération le régime juridique spécifique comme élément entrant dans la définition du service public estimant, non sans raison, au regard de la logique juridique, que le régime juridique spécifique est une conséquence de la présence d'une mission de service public et non une condition de son existence (notamment Jean Rivero, Droit administratif, Dalloz, Paris, 12^e éd., 1987, p. 535 ; André de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, tome 1, 9^e éd., par Jean-Claude Venezia et Yves Gaudmet, L.G.D.J., Paris, 1984, pp. 15 et 43). Il n'en reste pas moins... qu'il semble difficile et hasardeux, au regard des données jurisprudentielles, d'éliminer des éléments constitutifs de la notion de service public les aspects spécifiques du régime juridique, car il y a des cas où ce sont justement ces aspects spécifiques qui révèlent la présence du service public au sens matériel du terme* ».

⁶² Conclusions précitées.

⁶³ *Rec.*, 909, conclusions Blum; *S.*, 1917, 3, 15, conclusion Blum; *D.*, 1916, 3, 35, conclusions Blum; *R.D.P.*, 1914, 145, note Gaston Jèze; *G.D.J.*, 287.

⁶⁴ Autrement dit, il ne s'agissait pas d'un marché de travaux publics.

et les services publics industriels et commerciaux qui, en principe, sont soumis au droit privé. Cette dernière catégorie de services publics est née d'une interprétation particulièrement audacieuse de l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, dit arrêt du bac d'Eloka⁶⁵, à partir de la volonté du commissaire du gouvernement Matter de distinguer les services publics essentiels à l'État, et ceux qu'il ne gère qu'accidentellement⁶⁶. Toutefois, comme le signale M. Carbajo⁶⁷, l'hésitation est permise quant à la date exacte de la consécration de cette notion nouvelle. On a pu effectivement faire observer que l'expression service public industriel et commercial ne figure, ni dans la décision du Tribunal des conflits, habituellement considérée comme la décision de principe, ni dans les conclusions du commissaire du gouvernement Matter. Il semble, en fait, que cette formule ait été utilisée pour la première fois par le Conseil d'État dans un arrêt du 23 décembre 1921, Société générale d'armement⁶⁸, mais sans qu'il lui donne de portée juridique précise au regard de la notion de service public ; cette formule, comme le note M. Mescheriakoff⁶⁹, fait simplement référence à la notion d'activité à caractère industriel et commercial déjà dégagée en 1911 par Léon Blum⁷⁰. Quoiqu'il en soit, l'atteinte portée à la notion classique de service public est bien réelle et contribue à accentuer son déclin. Celui-ci va même ultérieurement être aggravé par l'apparition d'une nouvelle catégorie de services publics, les services publics sociaux, dont M. Mescheriakoff dit dans une formule lapidaire, qu'elle a eu « *une existence douteuse et éphémère*⁷¹ ». La jurisprudence dite des services publics sociaux, inaugurée par la décision du Tribunal des conflits du 22 janvier 1955 Naliato⁷², confirmée par celle du 13 janvier

⁶⁵ *Rec.*, 91 ; *S.*, 1924, 3, 34, conclusion Matter ; *D.*, 1921, 3, 1, conclusion Matter ; *G.A.J.A.*, 160 ; *G.D.J.*, 188.

⁶⁶ Sur ce point, V. Alain-Serge MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *R.D.P.*, 1988, 1059.

⁶⁷ J. CARBAJO, *Droit des services publics*, p. 11.

⁶⁸ *Rec.*, 1109 ; *R.D.P.*, 1922, 75, conclusions Rivet.

⁶⁹ A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, p. 53.

⁷⁰ Conclusions du commissaire du gouvernement Blum sur C.E., Ass., 3 févr. 1911, Commune de Mesle-sur-Sarthe, *D.*, 1913, III, 25. Le problème principal qui posait dans cette affaire était de droit fiscal ; il s'agissait, en l'occurrence, de savoir si une entreprise publique d'électricité gérée en commun par la commune et un particulier devait être soumise à la patente. Toutefois, la juridiction administrative a dû se prononcer sur le point de savoir si l'éclairage électrique devait « être considéré comme un service privé ou comme un service public ». Pour y répondre, Léon Blum se place sur le plan des activités à caractère commercial ou non commercial. Il définit les premières comme celles qui sont susceptibles de produire un bénéfice. Au contraire, dans les secondes, « l'organisation de l'échange ne permet pas la constitution d'un bénéfice, d'un projet venant accroître le patrimoine de l'individu ou de la société qui opère l'acte d'échange ». Léon Blum précise bien que le bénéfice n'a pas à être effectif ; il doit seulement être rendu possible soit « par la nature même de l'opération d'échange », soit « par la constitution même de l'organisme qui effectue ces actes d'échange ». Si l'une ou l'autre de ces opérations est réalisée, l'activité sera réputée commerciale et relèvera du droit commun.

⁷¹ A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, p. 58.

⁷² *Rec.*, 614 ; *R.P.D.A.*, 1955, 53, conclusions Chardeau ; *R.D.P.*, 1955, 776, note Marcel Waline ; *D.*, 1958, note Charles Eisenmann.

1958, Demoiselle Berry⁷³, pouvait laisser penser que certaines activités de service public, tels les colonies de vacances, les centres aérés, les patronages ou garderies, gérées par des personnes publiques, seraient soumises à un régime de droit privé en raison de leur objet même et de leurs conditions de fonctionnement, dans la mesure où ils ne présentent aucune particularité les distinguant d'organismes privés similaires. Mais la doctrine eut une interprétation beaucoup plus constructive. Ainsi, sur la base des conclusions du commissaire du gouvernement Chardeau qui avait proposé la création d'un bloc de compétence privé en faveur des services publics d'intérêt social, M. Waline⁷⁴ explique qu'il faut repousser l'idée selon laquelle il y aurait eu un contrat de droit privé entre les usagers de la colonie de vacances et le ministère et que, par suite, le Tribunal des conflits se serait fondé sur la notion de service public à caractère social pour justifier la compétence judiciaire. Il s'agirait donc d'une catégorie objective reposant sur la nature intrinsèque de l'activité. Cette catégorie, dont il ressort qu'elle est finalement pour une très large part d'inspiration doctrinale, a été condamnée par le Tribunal des conflits lui-même dans une décision du 4 juillet 1983, Gambini contre ville de Puteaux⁷⁵. Le juge a, dans cette affaire, purement et simplement abandonné la référence à la notion de service public social comme critère d'application du droit privé. Par conséquent, les services publics en cause doivent aujourd'hui être présumés services publics administratifs. La disparition de cette catégorie de services publics n'a toutefois pas eu pour conséquence de redonner au service public sa simplicité initiale.

Dès lors, il faut se rendre à l'évidence : la notion de service public a profondément évolué. Conçu à l'origine comme une activité d'intérêt général gérée par une personne publique et soumise au droit administratif, le service public peut, à l'heure actuelle, se définir – il ne s'agira, en réalité, comme le souligne M. Lachaume, que d'une ébauche de définition, eu égard aux « difficultés d'en trouver une qui allie clarté, concision et exactitude⁷⁶ » – comme « une activité d'intérêt général qui peut être gérée par une personne privée, même si elle est investie et contrôlée par une personne publique, et qui peut être soumise, soit au droit administratif, soit au droit privé⁷⁷ ». Ce faisant, le problème de la grève dans les services publics a lui aussi évolué. En effet, dans la conception classique du service public qui prévalait au XIX^e siècle, ne pas maintenir les

⁷³ *Rec.*, 789.

⁷⁴ Maurice Waline, note précitée.

⁷⁵ T.C., 4 juill. 1983, Préfet, commissaire de la République de la Haute-Corse contre Cour d'appel de Bastia : affaire Gambini contre ville de Puteaux, *rec.*, 540 ; *R.D.P.*, 1983, 1380, note Auby, *J.C.P.*, 1984, II, 20275, conclusions Labetoulle ; *R.T.D.S.S.*, 1984, 553, conclusions Labetoulle.

⁷⁶ J.-F. LACHAUME, *Grands services publics*, Masson, Paris, 1989, p. 15.

⁷⁷ J. CARBAJO, *Droit des services publics*, p. 12.

services publics dans leur intégrité, ou du moins ne pas les défendre dans leurs éléments essentiels, revenait à placer le pouvoir dans l'incapacité de remplir sa tâche et, par conséquent, portait directement atteinte à la souveraineté étatique. Or, cette conception n'est plus, de nos jours, dominante, notamment en raison de l'apparition de services publics industriels et commerciaux, c'est-à-dire des services publics qui ne répondent pas à des nécessités aussi vitales pour la société que la défense, la police, la justice et la diplomatie, mais à ses besoins collectifs plus contingents et qu'à sa manière l'initiative privée aurait été en mesure de satisfaire, en outre ce nouveau type de service public a pour objet de fournir aux particuliers une prestation bien précise et se réalise par de simples opérations matérielles où n'apparaît donc aucune trace de puissance publique. De même, le développement du phénomène de gestion de missions de service public par des organismes de droit privé, même si ces derniers sont, en définitive, placés sous le contrôle plus ou moins étroit d'une personne publique, a, comme l'apparition des services publics industriels et commerciaux, contribué à remettre en cause, au moins dans l'esprit des agents, l'incompatibilité qui existait initialement entre la grève et la notion de service public. Désormais, la cessation collective et concertée du travail n'apparaît plus, dans certains services, de nature à porter une atteinte directe à l'autorité de la puissance publique. Pourtant, dans la réalité, lorsqu'on prend considération simplement le phénomène de la grève et de la notion de service public, en dépit des profondes mutations qui ont affecté cette dernière, il subsiste une sérieuse incompatibilité entre ces deux éléments, incompatibilité qui réside dans le seul élément de définition de la notion de service public qui soit finalement sorti indemne de l'évolution jurisprudentielle : l'intérêt général. Mais, les exigences de cette notion sont plus fortes qu'au XIX^e siècle ; dans la conception moderne de l'État, il ne s'agit plus uniquement, pour lui, d'établir et de maintenir, en toute circonstance, les conditions indispensables à l'exercice normal des activités privées ; il entre dorénavant dans ses attributions de fournir, sous de multiples formes, certaines prestations à des usagers en vue de la satisfaction de l'intérêt général. Dans tous les services qui les distribuent, toute interruption a donc pour effet de frustrer ceux-ci d'avantages qui leur sont dus. Par conséquent, l'intérêt particulier de ces usagers se joint à celui de l'État lui-même pour exiger le fonctionnement régulier de l'ensemble des services publics. Autrement dit, la grève se heurte à nouveau à la notion de service public, au travers, cette fois, de la primauté de l'intérêt général, notion que le commissaire du gouvernement Helbronner exprimait en ces termes : « *Dans les sociétés organisées, au-dessus des intérêts individuels les plus respectables, au-dessus des intérêts collectifs les plus sérieux, il y a l'intérêt général, le droit supérieur pour une nation d'assurer son*

*existence*⁷⁸ ». Quant à M. Rivero, il posait fermement l'axiome suivant : « *Tout le droit administratif repose sur la primauté de l'intérêt général*⁷⁹ », étant entendu que, comme le rappelle le Conseil Constitutionnel, si la sauvegarde de l'intérêt général peut aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève⁸⁰, il ne faut pas aller au-delà du strict intérêt général qui relève, en définitive, de sa seule appréciation⁸¹.

Cependant, tenter de maintenir cette incompatibilité absolue entre le phénomène de la grève et la notion de service public, revenait manifestement à oublier que les services publics, ce sont également des hommes qui travaillent quotidiennement à la satisfaction de l'intérêt général. La multiplication des grèves, plus ou moins licites, dans l'ensemble du secteur public après la Seconde Guerre Mondiale a d'ailleurs largement contribué à mettre en lumière cette réalité humaine et sociale et a très probablement agi comme un révélateur sur des pouvoirs publics encore largement enfermés dans une vision classique du service public. Ayant constaté assez rapidement le caractère incontournable de la dimension humaine du problème de la grève dans les services publics, les pouvoirs publics se sont, en définitive, résolus à reconnaître aux agents des services la possibilité d'exercer ce droit. Mais, comme il n'était absolument pas question de faire primer l'intérêt particulier des agents sur l'intérêt général de la communauté, il est apparu nécessaire de déterminer les règles spécifiques applicables à la grève dans les services publics et destinées à préserver l'intérêt général. Or, pour accomplir cette tâche, il convient de désigner les personnels auxquels ces mesures s'appliqueront, c'est-à-dire les agents des services publics ; c'est précisément à ce niveau que ressurgit le problème de l'indétermination de la notion de service public. Il semble toutefois que, par-delà les incertitudes de cette notion, on dispose, pour appréhender le champ d'application de la réglementation du droit de grève dans les services publics, d'une définition législative qui, certes, soulève quelques difficultés, mais a au moins le mérite d'exister – ce qui n'est pas le cas pour la notion de service public –. En effet, aux termes de l'article L.521-2 du Code du Travail français⁸², il est dit que « *les dispositions de la présente section s'appliquent aux personnels de l'État, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10000 habitants ainsi*

⁷⁸ Conclusions du commissaire du gouvernement Helbronner sur C.E., 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer, *rec.* 875 ; *R.D.P.*, 1913, 506.

⁷⁹ J. RIVERO, *D.S.*, 1951, 595.

⁸⁰ Cass. civ., 25 juill. 1979, n° 79-105, *G.D.C.C.*, 386.

⁸¹ Cass. civ., 28 juill. 1987, n° 87-230, *R.F.D.A.*, 1987, 807, dans laquelle il a censuré les retenues automatiques de salaire qui par leur généralité pourraient « *porter une atteinte injustifiée à l'exercice du droit de grève qui est constitutionnellement garanti* ».

⁸² Article issu des dispositions de la loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 (*D.*, 1963, 254) relative aux modalités de la grève dans les services publics.

qu'aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public. Ces dispositions s'appliquent notamment aux personnels des entreprises mentionnées par le décret prévu à l'alinéa 2 de l'article L. 134-1 (ancien) », c'est-à-dire le décret du 1^{er} juin 1950⁸³. Dès lors, en interprétant cet article du Code du Travail et en synthétisant la jurisprudence qui lui est applicable, on peut essayer de déterminer quels sont les agents et salariés soumis au régime spécifique du droit de grève dans les services publics, même si ces dispositions précitées du Code du Travail ne visent qu'à prohiber les grèves surprises et les grèves tournantes.

En premier lieu, puisque sont visés les « personnels » de ces collectivités ou établissements, il faut considérer qu'il s'agit des titulaires, mais aussi de tous les autres auxiliaires ou contractuels sans qu'il y ait lieu, au demeurant, de distinguer, au sein de ces établissements, ceux des salariés participant effectivement à l'exécution d'une mission de service public des autres personnels, car, ce qui compte, c'est que l'institution au sein de laquelle travaillent les salariés susceptibles de se mettre en grève soit chargée de la gestion d'un service public. Le caractère très large de ce critère est étroitement lié à l'origine « évènementielle » de la loi du 31 juillet 1963 qui se trouve à la base de ces dispositions, le législateur étant intervenu aussitôt après une grève des transports parisiens qui avait soulevé de nombreuses protestations en raison des gênes et embarras de la circulation qu'elle avait provoqués. Au surplus, les années précédentes avaient été marquées par de nombreuses grèves alternées, tantôt de fonctionnaires, tantôt d'agents salariés. Il semble également que le législateur ait entendu délibérément uniformiser le statut, au regard de la grève, de toutes les personnes qui participent à un service public, indépendamment de leur origine privée ou publique. C'est ainsi qu'en vertu de ces dispositions, entrent dans la catégorie des agents des services publics, soumis à des contraintes spécifiques en matière de grève, les personnels de l'État, les personnels des collectivités locales⁸⁴. À cet égard, il faut signaler que, même si l'article L.521-2 du Code du Travail exclut les agents publics locaux des communes de moins de 10000 habitants de même que ceux des collectivités d'Outre-mer, il ne fait aucun doute, d'après M. Terneyre, « *que les autorités exécutives de ces collectivités sont en droit d'y réglementer l'exercice de la grève selon, par exemple, le modèle de la loi de 1963*⁸⁵ ». Sont également concernés les personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou

⁸³ D. n° 50-635 du 1^{er} juin 1950, *D.*, 1950, 128.

⁸⁴ C'est-à-dire les personnels des régions (depuis la loi n° 87-529 du 13 juillet 1987, *D.*, 1987, 288), des départements et des communes.

⁸⁵ PH. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, Sirey, Paris, 1991, p. 27.

privés, dans la mesure où ils sont chargés de la gestion d'un service public. Le texte ajoute que ces dispositions du 1^{er} juin 1950, c'est-à-dire ce qu'il est convenu d'appeler les entreprises publiques « à statut⁸⁶ ». On notera ici que pour couper court à toute discussion et mettre obstacle à l'élaboration d'un contentieux sur ce point, le législateur présume que ces entreprises nationalisées participent à la gestion d'un service public⁸⁷. Pour les personnels autre que ceux des entreprises nationalisées à statut, bien que n'instituant pas à leur égard une présomption de participation à un service public, le législateur n'a pas entendu pour autant les exclure systématiquement du champ d'application de la loi, puisqu'il a utilisé le terme « notamment ». C'est ainsi que se sont concernés les personnels des établissements publics – administratifs ou industriels et commerciaux –, dans la mesure où ils participent à une activité de service public⁸⁸. Cette condition ne pose, en général, guère de difficultés pour la plupart des établissements publics administratifs ; en revanche, la question est parfois plus délicate pour les établissements publics industriels et commerciaux. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 juillet 1984⁸⁹, a-t-elle décidé que le Commissariat à l'Énergie Atomique, établissement public industriel et commercial, assurait la gestion d'un service public, ce qui recouvre schématiquement trois grandes catégories. Tout d'abord, les entreprises, sociétés d'économie mixte ou concessionnaires d'un service public national ou local⁹⁰, ensuite les associations de la loi de 1901, chargées d'une mission de service public⁹¹, les centres de transfusion sanguine⁹², les établissements d'enseignement privé sous contrat d'association, les centres de formation d'apprentis placés sous le contrôle pédagogique et financier de l'État⁹³, enfin les entreprises industrielles et commerciales de droit privé chargées d'une mission de service public⁹⁴.

⁸⁶ *D.*, 1950, L., 128 : parmi ces entreprises, on peut citer Gaz et Électricité de France, la Compagnie Générale Trans-Atlantique, les Charbonnages de France, Air France, la R.A.T.P, la Régie autonome des pétroles, la Banque de France, et...

⁸⁷ On peut déplorer le caractère irréfragable de la présomption, car il empêche le personnel d'une des entreprises à statut de prouver qu'effectivement ladite entreprise ne participe pas à la gestion d'un service public, alors qu'on peut raisonnablement douter d'un tel caractère dans certaines entreprises, leur activité économique étant à ce point comparable à celle d'une entreprise privée qu'aucun élément de puissance publique, ni d'utilité sociale essentielle n'intervient.

⁸⁸ Sur la liste de ces établissements, voir *E.D.C.E.*, 1984-1985, n° 36, p. 62.

⁸⁹ Cass. soc., 5 juill. 1984, Bull. civ. V, n° 297; *D. S.*, 1985, 49, obs. J.-F. LACHAUME.

⁹⁰ Par exemple, les sociétés d'autoroutes, les entreprises de transports urbains, de distribution d'eau ou d'enlèvements des ordures ménagères.

⁹¹ Par exemple, les caisses de sécurité sociale.

⁹² T.A. de Strasbourg, 27 juill. 1984, Syndicat départemental des services de santé et des services sociaux C.F.D.T. du Bas-Rhin contre Centre de transfusion sanguine de Strasbourg ; *D.*, 1986, 77, note Joël-Yves Plouvin.

⁹³ Cass. soc., 25 juin 1987, Bull. civ. V, n° 433.

⁹⁴ Par exemple, Air Inter (Cass. soc, 6 févr. 1985, Bull. civ. V, n° 82).

Peuvent, en dernier lieu, rentrer le champ d'application de ces dispositions relatives au droit de grève dans les services publics certaines entreprises, si elles assument les missions d'établissements assurant l'exécution d'une mission de service public⁹⁵.

En définitive, force est de constater que la notion de service public a, depuis longtemps, cessé de donner aux services publics une structure relativement uniforme qui, seule, pouvait, dans une certaine mesure, justifier l'incompatibilité entre le phénomène de la grève et la notion de service public. En effet, dans les services publics contemporains, l'ampleur et la variété des intérêts publics générateurs de ces services se traduisent, organiquement, par une infinie variété de situations. Or, il s'avère que cette diversité de la notion de service public se trouve également, de manière tout à fait logique d'ailleurs, dans celle d'agent des services publics, ce qui n'a pas été sans conséquence sur les rapports entre la grève et le service public, puisqu'outre la diversité des situations juridiques de ces personnels, l'analyse de la notion d'agent des services publics révèle la volonté du législateur d'œuvrer dans le sens d'une extension aux salariés de droit privé des règles spécifiques de la fonction publique. Certes, cette entreprise contrarie le mouvement de glissement – qui avait débuté juste après les nationalisations qui ont suivi la Seconde Guerre Mondiale – du droit de la fonction publique vers le droit commun du travail⁹⁶, mais la tendance au rapprochement croissant de la situation juridique de la fonction publique et de celle des travailleurs de droit privé se poursuit, puisqu'ils sont tous soumis par la loi de 1963 au même régime juridique en matière d'exercice du droit de grève, ce qui a pour conséquence de rapprocher le phénomène de la grève et la notion de service public par leur lien commun, à savoir les hommes.

Paragraphe 2. Deux notions qui tendent à se rapprocher

Pourquoi un tel rapprochement s'est-il effectué ? Comme on vient de le voir, l'évolution de la notion du service public y a largement contribué ; mais on ne doit pas négliger un autre élément très important : l'évolution – tout aussi essentielle que celle de la notion de

⁹⁵ Ainsi, parce que la Compagnie générale des matières nucléaires – COGEMA – a pour objet d'exercer toutes activités de nature industrielle et commerciale se rapportant au cycle des matières nucléaires, telles qu'elles sont définies à l'article 2 du décret n° 70-878 du 29 septembre 1970 (J. O., 1^{er} oct. 1970) relatif au Commissariat à l'Energie Atomique, il s'ensuit qu'elle est fondée à appliquer à son personnel les dispositions relatives à la grève dans les services publics (Cass. soc, 5 juill. 1984, Bull. civ. V, n° 298, D.S., 1985, 50, obs. J.-F. LACHAUME).

⁹⁶ Il faut signaler que ce glissement n'était d'ailleurs pas sans présenter de graves inconvénients dans les services publics, car, si proches que soient, entre les deux statuts, des ressemblances qui s'établissent du reste par une influence mutuelle, elles ne peuvent dépasser certaines limites, tenant à la fin propre, à la raison d'être des services publics. V. sur ce point, Roger LATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, Sirey, Paris, 1972, p. 657.

service public – du phénomène de la grève. Comme le souligne M. Rivero, « *le mot subsiste identique, mais, par rapport au XIX^e siècle, il ne recouvre plus la même réalité sociale, politique, économique* ». Or, « *l'identité des mots, marquant la différence des choses, rend difficile la solution des problèmes qu'elles posent, car elle invite à penser selon des schémas classiques, valables pour les réalités d'hier, celles d'aujourd'hui*⁹⁷ ».

Ainsi, selon une opinion courante, généralement admise, le phénomène de la grève est lié à la révolution industrielle. Survenue à la fin du XVIII^e siècle et à l'orée du XIX^e siècle, celle-ci a marqué de son empreinte la société de notre temps et les nouveaux rapports qui allaient s'instaurer entre les hommes. Mais, la vision de la grève qui prévalait à cette époque ne correspond plus à la réalité contemporaine de ce phénomène et à sa complexité. En effet, pendant longtemps, on a considéré que la grève présentait des caractères qui permettaient de l'assimiler à la guerre. Cette comparaison n'était certes pas sans fondements, les grèves de jadis ayant en commun avec la guerre la violence, parfois destructrice, et ne posant pas un terme fixé d'avance : « *jusqu'à la victoire ou à la défaite des travailleurs dans leurs revendications*⁹⁸ » disait-on. Néanmoins, il existe des différences assez sérieuses entre ces deux phénomènes. En premier lieu, loin de transformer dans son essence même le rapport préexistant, la grève s'efforce de le maintenir. En second lieu, à la lumière de l'histoire, on doit bien reconnaître qu'il y a entre les deux phénomènes une disparité tant du point de vue de l'intensité que du point de vue de la signification.

Cette analogie entre la grève et la guerre, telle qu'elle était présentée, était manifestement excessive ; il n'en reste pas moins qu'en dépit d'une certaine exagération, cette image traduisait bien la violence inhérente à la grève à cette époque. Dès lors, il est bien évident qu'une telle manifestation de violence ne pouvait qu'être considérée comme totalement incompatible avec la notion de service public. En revanche, le passage du capitalisme dit « *sauvage* » à un capitalisme que l'on pourrait qualifier de « *modéré* », en raison de l'interventionnisme de l'État dans les domaines économiques et sociaux, a eu pour effet de modifier considérablement les relations du travail et, par conséquent, la grève elle-même. Opération aux contours bien arrêtés dans le cadre capitaliste et la logique libérale du XIX^e siècle, la grève, dans le cadre actuel d'une politique plus ou moins interventionniste, est devenue un phénomène infiniment plus complexe, tendant à perdre de son intensité, mais

⁹⁷ J. RIVERO, « La réglementation du droit de grève », *D.S.*, 1948, 58.

⁹⁸ P. GRUNEBaum-BALLIN et R. PETIT, *Les conflits collectifs du travail et leur règlement dans le monde contemporain*, Paris, 1954, 315.

tendant parallèlement à s'élargir sous des formes qui, pour être plus policées, n'en restent pas moins significatives. Or, c'est précisément cette transformation de la grève, due au renouvellement des conditions économiques et politiques, qui explique l'extraordinaire extension de ce phénomène, et surtout le développement de la grève dans les services publics, objet propre de cette étude.

Cette démonstration ne résout toutefois pas tous les problèmes posés, dans la mesure où il ne s'agit ici que d'une approche sociologique de la grève et non juridique, alors que le rapprochement entre le phénomène de la grève et la notion de service public auquel il est fait allusion est d'ordre juridique. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que les deux aspects, sociologique et juridique, de la grève, ne peuvent être séparés, car, comme le note M. Dioguardi, « *la connaissance approfondie du phénomène sociologique, envisagé sous tous ses aspects, prête un appui sans pareil dans tous les secteurs de la recherche juridique*⁹⁹ ». Cette remarque est spécialement vérifiée dans le domaine de la grève, en raison des spécificités de ce phénomène. C'est d'ailleurs justement parce que les pouvoirs publics sont, semble-t-il, en train de découvrir cette réalité, c'est-à-dire la signification juridique de la grève comme phénomène sociologique, que la grève et le service public tendent, à l'heure actuelle, à se rapprocher. Mais ce rapprochement est également lié à la crise du social dans les services publics, crise qui entraîne de profondes modifications dans les relations du travail et, par conséquent, dans les relations grève/service public.

A. La signification juridique de la grève comme phénomène sociologique

Deux doctrines ont exercé une influence décisive sur la méthode des études juridiques dans la période contemporaine : la doctrine normative, issue de Kelsen et de l'école de Vienne fondée par ce dernier, et la doctrine de l'organisation juridique due à Santi Romano. La première se fonde sur la « *logique de la norme* » liée à l'idéalisme de Kant, et conçoit le droit comme principe pur¹⁰⁰. On accepte une méthode d'étude tout à fait formelle, sans la moindre contamination téléologique. Tout le système rayonne autour de la norme fondamentale qui donne lieu à un ensemble de règles particulières. Bien entendu, une telle méthode repousse nettement toute référence à la sociologie juridique lorsqu'elle établit la définition des

⁹⁹ J. DIOGUARDI, *Le droit de grève. Étude de droit constitutionnel comparé*, éditions A, Pedone, Paris, 1961, p. 16.

¹⁰⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

institutions. Selon Kelsen, quand on veut mettre sur pied un appareil juridique correct, on doit laisser de côté les formules sociologiques, imbues d'une téléologie grossière, car celles-ci ne peuvent que voiler les concepts et interdire, de la sorte, toute définition exacte des institutions juridiques.

À l'encontre de cette doctrine pure du droit, on voit se dresser la conception finaliste, qui trouve un terrain fertile dans la théorie de l'organisation juridique, due à Santi Romano¹⁰¹. Celle-ci déplace le centre de gravité de la recherche et met l'institution à la place qu'occupait auparavant la norme. « *C'est dans l'institution que vit et se réalise le droit, non dans la norme qui représente un aspect secondaire*¹⁰² ». Cette théorie a pour fondement l'idée selon laquelle le droit, c'est avant tout l'organisation d'un être social ; l'organisation ainsi entendue ne saurait se restreindre à un ensemble de normes, car il se peut qu'elle soit antérieure aux normes

Les quelques observations faites ci-dessus donnent une idée des conceptions en présence, et surtout des différentes approches juridiques possibles de la grève, approches qui ont leur importance dans la compréhension des relations entre le phénomène de la grève et de la notion de service public.

Rechercher dans la grève une valeur juridique ayant sa logique propre, détachée de tout élément téléologique paraît difficilement concevable, car il existe des phénomènes juridiques, dont celui-ci, pour lesquels on n'est pas encore passé définitivement de l'état de fait à l'état de droit. Il s'agit d'un fait juridique à l'état brut, qui émerge de la réalité sociale dans laquelle il trouve sa source. On voit apparaître, en outre, dans la grève, des forces sociales grandioses qu'il est difficile, sinon impossible, de repousser hors l'institution. Il s'ensuit que la grève peut être appréhendée, comme valeur juridique seulement si l'on tient compte de sa composante sociologique. En effet, la norme varie parce que la réalité juridique varie sans trêve, étant donné le caractère spontané de la vie sociale. Un fait d'évidence oblige d'ailleurs à réserver une place de choix à l'élément sociologique et à ses prolongements extra-juridiques dans l'étude juridique de la grève : l'évolution économique en cours mène inévitablement à un conflit entre, d'une part, le droit social – que crée spontanément la société économique –, en évolution perpétuelle, extrêmement souple, rigide et indépendant, détaché des forces spontanées qui émanent du milieu social et des groupes. Le résultat le plus frappant de ces heurts, réside dans l'assimilation progressive, par l'organisation juridique, de phénomènes économiques et

¹⁰¹ S. ROMAN, *L'organisation juridique*, Dalloz, Paris, 1975.

¹⁰² *Ibid.*, p. 41.

sociaux que l'État s'efforce de façonner de manière à les métamorphoser en entités juridiques. La grève fait précisément partie de ces phénomènes. Fruit d'une organisation autonome de la société économique, elle est reléguée, dans un premier temps, aux marges du droit ; puis, dans un second temps, elle prend des caractères, encore indistincts dans bien des cas, qui en font un phénomène d'importance pour l'organisation juridique. Mais, les facteurs sociaux évoluent avec une telle rapidité que la réalité juridique ne parvient pas à encadrer le phénomène avec la même rapidité ; la transformation est lente, progressive, graduelle, si bien que les phénomènes en question, bien que déjà marqués d'une empreinte juridique, n'en conservent pas moins les caractères originaux de la matrice dont ils sont issus.

Par conséquent, il semble difficile, pour appréhender la grève dans sa globalité, de négliger sa dimension sociologique, d'autant plus que la grève se rattache directement au droit du travail, c'est-à-dire à un droit où l'on prête une importance toute particulière à l'analyse des phénomènes sociologiques. Pourtant, pendant très longtemps, la dimension sociologique de la grève dans les services publics a été ignorée, l'existence éventuelle de problèmes communs entre les fonctionnaires et les salariés du secteur privé ayant été tout simplement niée durant de nombreuses années. Ainsi, d'après Duguit, les fonctionnaires « *n'ont pas de patron, n'ont pas d'intérêts contradictoires à débattre*¹⁰³ » et ne sont pas, vis-à-vis de l'État, dans la situation d'un employé lié à son employeur par un courant de travail.

C'est donc une vision « *aseptisée* » des relations sociales au sein de l'appareil étatique qui a dominé tout au long de la III^e République. On estime, à cette époque, que si ouvriers et employeurs ont des intérêts particuliers à défendre, des intérêts de « *classe* », il n'en va pas de même des fonctionnaires, qui, représentant des intérêts généraux, ne sauraient avoir de revendications spécifiques à formuler à l'encontre de l'État.

Dans ces conditions, la dimension sociologique n'a, bien évidemment, pas sa place dans l'analyse juridique de la grève. Il faut d'ailleurs signaler que les pouvoirs publics ont maintenu pendant longtemps une barrière d'autant plus ferme entre le droit et le fait, en matière de grève, qu'ils voyaient probablement dans la prise en compte des phénomènes sociologiques une soumission à la pression des faits tout à fait incompatible avec la tentative d'élaboration d'un droit autonome applicable à l'administration. Toutefois, on se rendit progressivement compte que ce décalage entre le droit et le fait tendait à nuire à la règle de droit, car voir dans la grève un phénomène revêtant sa propre valeur sur le plan juridique, aboutit à faire peser sur le droit

¹⁰³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, p. 246.

qui lui est applicable une grave menace de sclérose. « *Si celui-ci n'est pas sans cesse vivifié par son contact intime avec le réel, s'il s'ankylose dans des formes périmées, où s'accuse une impossibilité de plus en plus grave de se raccorder avec celui-ci, alors s'alourdira vite le risque de le voir rejeté par ces faits mêmes qu'il aurait imprudemment négligés*¹⁰⁴ ». Au demeurant, on ne peut manquer de souligner qu'une telle approche de la grève en tant que phénomène juridique s'oppose à la fonction juridique qui doit être normalement dynamique et créatrice, le droit définissant un rapport entre des points qui ne sont pas toujours fixes, mais qui, au contraire, sont le plus souvent variables. La norme varie parce que la réalité juridique varie sans trêve, eu égard au caractère spontané de la vie sociale. Il s'ensuit que la grève ne peut être pensée comme valeur juridique que si l'on tient compte de sa composante sociologique.

Il faudra cependant attendre la fin de la Seconde Guerre Mondiale pour que se produise un changement significatif dans l'attitude des pouvoirs publics vis-à-vis du problème de la grève. Au centre de cette évolution, on trouve le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. En effet, comme le souligne M. Diogardi, « *les caractères sociologiques de la grève acquièrent enfin une signification marquante, sur le plan juridique, lorsqu'une organisation donnée reconnaît la grève, non seulement comme action licite ou simple liberté, mais comme droit proprement dit, en recourant à une formule normative compromissive*¹⁰⁵ ». Or, c'est précisément la démarche qu'a effectuée le Constituant de 1946 en définissant dans le Préambule de la Constitution la grève comme un droit¹⁰⁶ et en renvoyant à une loi pour ce qui concerne les modalités d'exercice de ce droit. Il y a « compromis » parce que le principe, en tant que constitutionnel, est supérieur à la loi ordinaire ; il faut cependant noter qu'il évite de se prononcer explicitement sur le contenu du droit de grève ainsi reconnu et sur les différentes manières de le régler. Mais, dira-t-on, pourquoi le législateur ne ferait-il pas, en l'occurrence, ce que n'a pas fait le constituant ? Ne peut-il fixer des limites en vue d'encadrer nettement le droit reconnu constitutionnellement et régler à son gré l'exercice d'un tel droit ? S'il en était ainsi, on ôterait toute valeur aux principes d'une constitution qui ont pour but de déterminer non seulement dans la forme, mais aussi et surtout dans le fond, l'activité du législateur. Un principe constitutionnel compromissive à l'égard du droit de grève revêt tout son sens uniquement si l'on admet qu'il renvoie à la réalité sociale de ce qu'on peut appeler les caractéristiques sociologiques du phénomène ; il ne peut fixer arbitrairement le contenu du

¹⁰⁴ R. LATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, p. 30.

¹⁰⁵ J. DIOGUARDI, *Le droit de grève. Étude de droit constitutionnel comparé*, p. 22.

¹⁰⁶ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 7 : « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

droit sans contradiction avec cette réalité sociale à laquelle la constitution l'a renvoyé, et à laquelle elle a attribué une valeur juridique aussi valable que celle reconnue à toutes ses autres dispositions.

Mais, dans la pratique, c'est essentiellement lorsque l'organisation juridique s'est efforcée d'encadrer en partie le phénomène de la grève, qui emprunte ses traits typiques à un fond sociologique très concret, que l'on a vu se produire dans les relations entre l'organisation juridique et la grève, avec une ampleur relativement importante, le renvoi à des normes extra-juridiques. En effet, l'organisation juridique s'est vue contrainte de se référer à des concepts purement sociologiques lorsqu'elle a voulu appréhender le phénomène de la grève¹⁰⁷. Cependant, s'il est incontestable que, dans le domaine social, plus qu'en tout autre, il importe d'éviter les discordances entre le droit et le fait, il reste à préciser un élément : quel degré d'influence les faits doivent-ils avoir dans l'appréciation juridique d'un phénomène sociologique comme la grève ? Il semble ici qu'il faille ne pas négliger l'une des fonctions essentielles du droit, qui consiste à établir sur une base solide l'indispensable sécurité dont doivent être dotées les relations sociales sous leur aspect juridique. Dès lors, l'organisation juridique ne doit pas entériner trop facilement « *des remous, des oscillations passagères qui n'affectent souvent qu'en surface et pour un temps limité la vie politique*¹⁰⁸ ». Mais, elle doit également éviter le risque de solutions figées et insupportablement anachroniques, car, comme le souligne à juste titre M. Gilli, « *si le droit ne doit pas refléter l'opinion publique dans toutes ses fluctuations, il ne saurait non plus lui demeurer étranger*¹⁰⁹ ». Par conséquent, l'organisation juridique doit tenir compte des conceptions et aspirations nouvelles qui, dûment vérifiées, ne peuvent indéfiniment rester en attente à la porte du droit¹¹⁰.

¹⁰⁷ Ainsi, bien des ouvrages en droit du travail s'occupent particulièrement de la grève comme phénomène sociologique. Voir par exemple, H. SINAY et J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail, La grève*, p. 33 et s. Dès 1955, Gérard Lyon-Caen consacrait un paragraphe à « l'analyse sociologique de la grève » dans son Manuel de droit du travail de la sécurité sociale, p. 97.

¹⁰⁸ L. LATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, Sirey, Paris, 1972, p. 31.

¹⁰⁹ J.-P. GILLI, *D.*, 1964, chronique, XIII, 89.

¹¹⁰ Dans cette optique, J. L. Ropers, président de l'Union fédérale des magistrats, répondait, à la question qu'est-ce qu'être juste : « *C'est juger conformément à l'échelle des valeurs communément admises dans une société donnée, à une époque donnée, de telle sorte que la décision soit reconnue comme bonne par le plus grand nombre. La justice des hommes n'est pas transcendante ; elle évolue suivant l'état social. Le juge est l'interprète d'une civilisation. Cela implique qu'il soit particulièrement attentif à l'échelle des valeurs communément admises et qu'il se garde de faire prévaloir sur celles-ci ses conceptions personnelles... Pour bien faire notre métier de juge, nous devons regarder plus vers l'extérieur que vers l'intérieur. Nous devons faire que justiciable ne soit plus l'intrus dans le temple du droit, mais l'être humain qui, en toute hypothèse, doit rencontrer la compréhension* », propos rapportés par Roger LATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, p. 31. Et M. Latournerie d'ajouter que « *tous ceux qui ont quelque idée de l'inspiration qui anime nos juridictions administratives et de leurs méthodes n'ignorent pas qu'elles sont, pour l'essentiel, en accord avec ces considérations* ».

C'est manifestement en ce sens qu'a œuvré le Conseil d'État dans l'affaire Dehaen¹¹¹ qui, comme on le sait, a opéré une transformation profonde du régime juridique de la grève dans les services publics. Ce n'est effectivement pas par une démarche arbitraire que cette juridiction, qui jusque-là censurait implacablement la grève dans les services publics, a entériné en 1950 la solution inverse. Certes, il faut bien reconnaître que le contenu du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 n'a pas été totalement étranger à ce revirement jurisprudentiel, mais il ne s'agit certainement pas là de sa cause unique, ni même peut-être principale, car à cet argument tiré d'un texte en lui-même énigmatique quant à sa portée exacte, se sont ajoutées des raisons concordantes tirées des changements profonds survenus, en quelques années, dans la vie du pays et dans celle même de l'État. Le commissaire du gouvernement Gazier, dans ses conclusions sur cette affaire¹¹², a d'ailleurs pris soin de mettre en évidence les diverses raisons qui devaient, selon lui, eu égard à l'évolution des circonstances, conduire à cette réforme capitale des règles jusqu'alors en vigueur, et il n'a pas manqué, dans le même temps, de souligner avec force l'inconvénient de « consacrer un divorce fondamental entre le droit et les mœurs, entre la règle et la réalité ».

Ainsi, en suivant les recommandations de son commissaire du gouvernement, c'est-à-dire en faisant pénétrer des éléments relevant de la sociologie dans l'organisation juridique, le Conseil d'État a opéré une démarche fondamentale – déjà esquissée par le Constituant de 1946 – qui allait marquer le début du rapprochement entre le phénomène de la grève et la notion de service public, puisque cette démarche aboutissait, en définitive, à la mise en place du cadre juridique de la grève dans les services publics. Toutefois, celui-ci est demeuré limité pour plusieurs raisons. Tout d'abord, parce que les mécanismes juridiques par lesquels le fait peut, en ce domaine, avoir un légitime accès au droit, restent limités. Cette limitation tient à ce que le juge ne peut laisser l'accès du droit trop largement ouvert à l'utilisation de données extérieures, sous peine de remettre en cause l'autonomie du droit ; en effet, d'après M. Latournerie, « celui-ci... cesse de mériter son nom si le fait y pénètre sans contrôle, comme un corps étranger, par une espèce d'effraction ou par l'effet d'une sorte de contrainte morale devant laquelle cède toute autre considération¹¹³ ». En conséquence, pour que le fait puisse légitimement prendre le caractère de droit, il faut soit passé par l'étape qui consiste en la vérification, par les voies normales, de ses titres à recevoir le *dignus intrare*. Il faut signaler que cette admission ne se

¹¹¹ C.E., Ass., 7 juill.1950, Dehaene, *rec.*, 426.

¹¹² *R.D.P.*, 1950, 691.

¹¹³ R LATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, p. 34.

présente pas comme l'effet d'une simple pétition de principe. Elle s'appuie toujours, plus ou moins clairement, sur un raisonnement juridique, et la seule conséquence du fait est de faire apparaître, à la lumière d'un changement dans l'atmosphère sociale, le mérite d'un argument qui, dans une ambiance différente, n'avait pas été discerné ou avait été méconnu, à moins que, dans l'état juridique et social antérieur, il n'eût pas la même force persuasive. Limité, le rapprochement entre la grève et le service public l'est ensuite parce que, malgré la reconnaissance par le constituant et par le juge de la valeur juridique des assises sociologiques sur lesquelles s'appuie la grève, les pouvoirs publics, fortement imprégnés de l'image traditionnelle de la fonction publique, ont maintenu encore pendant plusieurs années une barrière entre le droit et le fait en matière de grève dans les services publics, refusant ainsi de reconnaître la dimension sociologique de ce problème. Il faudra finalement attendre les années 1960 pour voir se dessiner une évolution significative dans l'attitude des pouvoirs publics¹¹⁴.

Au total, force est de constater que la prise en compte, par l'organisation juridique, de la dimension sociologique de la grève a certes contribué à amorcer le rapprochement entre le phénomène de la grève et la notion de service public ; toutefois, ce mouvement ne pouvait être que limité, en raison notamment des modalités d'intégration du fait au droit et des réticences rencontrées au sein des pouvoirs publics. En vérité, il faut plutôt voir dans cette reconnaissance juridique des assises sociologiques de la grève, la mise en place de l'élément indispensable pour que le rapprochement entre la grève et le service public puisse effectivement se réaliser, mais non l'élément moteur de ce rapprochement. La source essentielle de ce dernier se trouve plutôt dans la crise du social que connaît le secteur public.

B. La crise du social

Les grèves qui, depuis fort longtemps, affectent avec une persistance et un ressort remarquables le secteur public sont la preuve manifeste de cette crise. Mais, leur présence massive, voire envahissante, dans la vie sociale des services, tend à démontrer qu'au-delà de la crise, il y aurait une véritable dégradation du social.

C'est autour des années 1960 qu'un vent annonciateur de cette tempête sociale s'est mis à souffler sur les services publics, puisqu'on constate, dès le début de la décennie 1960,

¹¹⁴ C'est essentiellement la loi du 31 juillet 1963 relative aux modalités de la grève dans les services publics qui marque le début de cette évolution.

une multiplication sensible des grèves dans les services publics¹¹⁵, tendance qui, par la suite, ne devait plus disparaître, bien au contraire, exception faite de la période qui a immédiatement suivi l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981. La période à laquelle se produit cet accroissement significatif des conflits peut, *a priori*, paraître surprenante car historiquement tardive, le droit de grève ayant été reconnu en France à tous les travailleurs, y compris aux fonctionnaires, dès 1946. En fait, durant la période qui s'étale de la fin de la Seconde Guerre Mondiale jusqu'au début des années 1960, le recours à la grève est, d'une manière générale, demeuré relativement limité, car les agents se trouvaient, dans l'ensemble, dans une situation sociale assez privilégiée par rapport aux travailleurs du secteur privé. Cela n'a toutefois pas empêché le développement de grèves importantes dans lesquelles étaient impliqués des personnels publics, notamment en 1947-1948, mais il s'agissait alors de conflits ponctuels, dont les motifs se révélaient plus politiques que sociaux. Ce n'est qu'à partir des années 1960 que vont véritablement se développer dans les services publics un sentiment de malaise social et d'esprit d'affrontement.

Comment les choses en sont-elles arrivées là ? À cette question, plusieurs explications.

Il semble, tout d'abord, qu'il faille chercher l'origine de cette crise dans le courant rationnel et moderniste qui a inspiré les sociétés industrielles, avant de se répandre dans le reste du monde, après la Seconde Guerre Mondiale. On a passé au crible de la logique et du bon sens les idées reçues, un scepticisme grandissant s'est attaqué à bon nombre de principes et de pratiques jusqu'alors jugés naturels. Le souci de la rationalisation est devenu quasi permanent dans de nombreux domaines, sans pour autant, il faut bien le reconnaître, apporter toujours les résultats escomptés. Cet esprit nouveau s'est également étendu, sous l'impulsion du Constituant de 1946 qui avait posé le principe de la participation, aux relations professionnelles dans la fonction publique, innovation à laquelle les organisations syndicales ont immédiatement adhéré, résolues qu'elles étaient à participer effectivement à la détermination des conditions de travail. Mais, c'était sans compter sur l'opposition, ou au moins la résistance, de bon nombre de responsables administratifs qui demeuraient encore fortement imprégnés de la tradition administrative principalement basée sur les idées d'obéissance et de soumission. Certes, cette conception de l'administration, qui faisait de celle-ci une autre « grande muette », n'était pas en soit critiquable, car elle reflétait une certaine logique de l'activité administrative ; mais il s'agissait d'une logique élaborée au XIX^e siècle, c'est-à-dire à une époque où

¹¹⁵ V. sur ce point Efrén CORDOVA, « La grève dans la fonction publique : origines et évolution », *R.I.T.*, 1985, n° 2, 175.

l'administration assurait uniquement des fonctions régaliennes. Autrement dit, elle ne correspondait plus vraiment aux nouvelles missions dont était investie l'administration au XX^e siècle. Cependant, cette logique demeurait encore très vivace au milieu du XX^e siècle et s'avéra, dans la pratique, peu compatible avec cette nouvelle mentalité axée sur la rationalisation, car celle-ci impliquait, dans une certaine mesure, l'introduction de l'esprit critique dans les mécanismes administratifs. Ces heurts répétés entre hiérarchie administrative et organisations syndicales ont conduit, dans un premier temps, à un durcissement des positions syndicales, puis, dans un second temps – les années 1960 –, on est passé de la crise sociale larvée à la crise sociale ouverte, c'est-à-dire conflictuelle.

Cette crise s'explique aussi, plus prosaïquement, par l'effritement graduel des avantages dont les agents des services publics jouissaient par rapport aux travailleurs du secteur privé. Effectivement, longtemps admise et vérifiée, la thèse selon laquelle les agents de l'État étaient dans une situation privilégiée a fini par ne plus correspondre à la réalité, car, au fur et à mesure, que la négociation collective progressait dans le secteur privé, nombre des avantages qui distinguaient la fonction publique *lato sensu* devinrent monnaie courante dans les entreprises privées, qui bénéficiaient, en outre, d'un régime salarial plus souple. Alors que les traitements publics obéissaient à de strictes règles budgétaires, les salariés privés s'adaptaient plus rapidement à l'évolution économique. Cette différence devint critique quand les traitements commencèrent à souffrir de l'inflation et des politiques de revenu ; la comparaison tourna peu à peu à l'avantage du secteur privé, puis au net détriment des agents des services publics. Il s'ensuivit pour ces derniers, non seulement la prolétarianisation de certaines catégories d'entre eux, mais aussi un choc psychologique et social pour toute la profession. Au même moment, la forte expansion du secteur public donnait aux relations professionnelles un tour moins personnels et plus collectif ; combinée à la complexité croissante des tâches administratives et aux exigences grandissantes du public, cette évolution aggrava les tensions et finit par troubler la quiétude et la sécurité proverbiale où vivait l'administration.

Enfin, on peut évoquer un autre facteur, qui est la compréhension croissante, chez les agents de l'État, des pressions que pouvaient exercer leurs organisations syndicales. Au fur et à mesure que le secteur public en venait à constituer une forte proportion de la population active, ses membres prenaient conscience de leurs intérêts et de leur poids politique, de même que des énormes possibilités d'action que leur offraient les jeux d'influence, la négociation et l'action directe. Les agents usèrent d'autant plus volontiers de la contrainte dans les relations

professionnelles, qu'ils comprirent très vite que les positions clés qu'ils détenaient dans la société leur permettaient d'agir efficacement sur leur employeur par le moyen de la grève.

Ces facteurs, qui datent des années 1960 jouent, aujourd'hui encore, un rôle important dans la fréquence des grèves ; mais à ces difficultés est venue s'en greffer une nouvelle qui a considérablement accru la crise sociale régnant dans le secteur public. Il s'agit de deux crises pétrolières et de la récession qui les a suivies ; ces événements ont mis l'État dans une situation financière si délicate que les gouvernements successifs ont été contraints de soumettre l'économie entière à une politique d'austérité. Conscients de la difficulté de faire respecter de telles mesures dans le secteur privé, les pouvoirs publics ont préféré les appliquer d'abord dans le secteur public à titre d'exemple ; l'austérité commença donc par le blocage des salaires dans les services publics. Dans le même souci de contenir les déficits budgétaires, fut entreprise, selon les cas, soit une réduction des effectifs des personnels de l'État, soit la privatisation de certains services. De toute façon, quelle que soit la solution retenue, les agents se sont trouvés lésés dans leurs intérêts vitaux, situation qui a inévitablement débouché sur une certaine agitation, qui est parfaitement compréhensible, dans la mesure où ils sont tombés du rang de privilégiés à celui de principales victimes financières de la crise¹¹⁶.

Or, c'est précisément cette grave crise sociale, née, à l'évidence, du rapprochement sensible de la situation sociale des personnels du secteur public et de celle des personnels du secteur privé, qui a contribué à nettement approcher le phénomène de la grève et la notion de service public. En effet, malgré l'hostilité initiale d'une partie de l'opinion, les arguments invoqués contre les grèves et les diverses interdictions et restrictions prévues par les lois et les circulaires ministérielles, les agents des services publics mettent de plus en plus fréquemment en œuvre le droit de grève pour exprimer leur mécontentement social. Aussi, les pouvoirs publics ont-ils dû imaginer de nouvelles solutions pour canaliser la grève dans le secteur public, solutions qui manifestement rendent plus compatibles le phénomène de la grève et la notion de service public¹¹⁷. Toutefois que les dispositions en vigueur aient été dépassées ou qu'elles aient exprimé une vue purement administrative d'un phénomène politique et social, un constat s'impose : elles n'ont en rien empêché le développement des grèves. Les cessations concertées et collectives du travail dans les services publics ont, à l'heure actuelle, une réalité qui s'avère souvent totalement indépendante de leur légalité ou de leur illégalité. Autrement dit, le

¹¹⁶ En revanche, il faut souligner qu'ils continuent à bénéficier, malgré la crise, d'une grande sécurité en matière d'emploi et que, de ce point de vue, ils demeurent donc des privilégiés.

¹¹⁷ Par exemple, le service minimum.

rapprochement entre la grève et le service public s'est essentiellement effectué sous la pression des faits, le foisonnement d'interdictions et de restrictions diverses cachant mal un écart grandissant entre le cadre juridique de la grève et la pratique.

Cette dernière spécificité de la grève conduit à envisager le sujet non seulement comme une étude du droit existant en la matière, mais également comme une recherche sur les solutions potentielles que le droit est en mesure de proposer pour réduire l'écart constaté entre l'encadrement de la grève par l'organisation juridique et la réalité sociologique de ce phénomène. Dans cette optique, une double démarche sera adoptée dans les articles qui suivront cet études – et qui seront publiés dans cette revue –. Ces articles seront articulés autour de la formule employée à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

Bibliographie

1. Ouvrages

- BRUN A et GALLAND H., *Traité de droit du travail*, 1^{ère} éd, Sirey, Paris, t. 3, 1955.
- CARBAJO J., *Droit des services publics*, Dalloz, Paris, 1990.
- DEMARTIAL G., *Le statut des fonctionnaires*, Paris, 1908.
- DIOGUARDI J., *Le droit de grève. Etude de droit constitutionnel comparé*, éditions A, Pedone, Paris, 1961.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 3.
- FRISCHMANN G., *Histoire de la fédération C.G.T des P.T.T*, Paris, 1967.
- GRUNEBaum-BALLIN P. et PETIT R., *Les conflits collectifs du travail et leur règlement dans le monde contemporain*, Paris, 1954.
- HARMIGNIE P., *L'État et ses agents. Etude sur le syndicalisme administratif*, Louvaine, 1911.
- JACCARD P., *Histoire sociale du travail, de l'Antiquité à nos jours*, Paris, 1960.
- JEZE G., *Cours de droit public*, Paris, 1928, t. 2.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.
- La Pléiade*
- LACHAUME J-F., *Grands services publics*, Masson, Paris, 1989.
- LATOURNERIE R., *Le droit français de la grève*, Sirey, Paris, 1972.
- LYON-CAEN G. et PELISSIER J., *Droit du travail*, 15^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1990.
- MESCHERIAKOFF A. S., *Droit des services publics*, P.U.F., Paris, 1991.
- MESTRE J.L., *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., Paris, 1995.
- PARIAS L.H., *Histoire générale du travail*, Paris 1962, t. I.
- RIVERO J. et SAVATIER J., *Droit du travail*, 2^{ème} éd., P.U.F., Paris, 1960.
- ROMAN S., *L'organisation juridique*, Dalloz, Paris, 1975.
- SINAY H. et JAVILLIER J.C., *Droit du travail. La grève*, 2^{ème} éd., Paris, 1984, t. 6.

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

SAKR H., *Les droits et libertés du fonctionnaire dans les jurisprudences du Conseils d'État libanais et du Conseil d'État français*, (BRACONNIER S. dir.), Université de Poitiers, 2008.

2. Articles et notes de jurisprudence

BIENVENU J.-J. et RICHER L., « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *R.H.D.F.E.*, 1984, 205.

CORDOVA E., « La grève dans la fonction publique : origines et évolution », *R.I.T.*, 1985, n° 2, 175.

GILLI J.-P., *D.*, 1964, chronique, XIII, 89.

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

LAFON J., « Le contrat de fonction publique ». Note sur la naissance de l'État patron, *R.H.D.F.E.*, 1974, 658.

LAROQUE P., « Contentieux social et juridiction sociale », *D.S.*, 1954, 271.

LEVASSEUR G., « La notion de 'grève' », *D.S.*, 1960, 654.

MESCHERIAKOFF A. S., « L'arrêt du bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *R.D.P.*, 1988, 1059.

MESTRE J.L., in « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *E.D.C.E.*, 1988, n° 40, p. 187.

RAY J.-E., « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *D.S.*, 1991, 220.

RIVERO J., « La réglementation du droit de grève », *D.S.*, 1948, 58.

RIVERO J., « Les grèves d'août 1953 », *D.S.*, 1953, 517.

