

Les principes de recrutement du fonctionnaire

Le principe fondamental qui régit le recrutement pour l'administration, est le principe de l'égalité.

Le principe constitutionnel de non-discrimination s'applique à l'administration même si l'administration a besoin dans certains cas d'une plus grande souplesse dans le recrutement.

L'intervention du législateur peut découler du principe de non-discrimination, principe à valeur constitutionnelle. Le préambule de la Constitution de 1946 proclame que « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de sa race, ses origines, ses opinions ou ses croyances ». La France a ratifié en 1981 la convention internationale de 1958 qui interdit les distinctions fondées sur la race, la couleur, le sexe, la religion, les opinions politiques dans le domaine de l'emploi.

Le principe de non-discrimination sexiste, à valeur constitutionnelle découle du principe plus général de non-discrimination. Le constituant a tenu à lui accorder une importance particulière. Le préambule de la Constitution

énonce que la femme a dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme. Ce principe s'applique aussi aux agents de la fonction publique. De même un employeur ne peut refuser d'embaucher une femme au motif qu'elle est enceinte¹.

Une loi du 25 juillet 1985 interdit de prendre en considération l'état « particulier » de certains candidats, la loi entend assurer la protection des homosexuels. Ces garanties sont renforcées avec les dispositions de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations² et celle de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées³.

Le principe de l'égal accès à l'emploi public et ses limites seront étudiés dans un premier temps (1) puis l'étude du principe du concours constituera le deuxième temps (2).

1. Le principe d'égal accès et ses limites

Le principe d'égal accès aux emplois publics est un des principes fondamentaux du droit de la fonction publique. Il a pour corollaire la non-discrimination entre les candidats à la fonction publique. Pour le concrétiser, la technique du concours a été érigée en principe pour le recrutement dans toutes les fonctions publiques malgré le principe de libre administration des collectivités locales.

Il existe un préalable à leur application. Ces principes ne sont applicables que si le candidat à la fonction publique remplit certaines conditions cumulatives qui feront l'objet d'un premier paragraphe (1.1.), le deuxième sera consacré à l'égal accès aux emplois (1.2.) et le troisième aux limites (1.3.).

1. Article L. 122-25 du code du travail.

2. JO 17 novembre 2001, p. 18311.

3. JO 12 février 2005, p. 2353

1.1. Les conditions minimales d'accès aux emplois publics

Les conditions minimales sont au nombre de cinq, elles seront examinées successivement.

1.1.1. Être en possession de la nationalité française

C'est une condition fondamentale à laquelle tenait le ministre de la Fonction publique de 1983, A. Le Pors. Cela n'empêche pas le recrutement d'agents étrangers, seulement ils ne seront pas titularisés fonctionnaires. Cette exigence s'explique pour deux raisons, d'une part il s'agit de protéger l'intérêt de la Nation et d'autre part de protéger les nationaux contre la concurrence étrangère.

Il existe une exception à l'exigence de la nationalité française pour les emplois de professeurs et de maîtres de conférences des universités et les ressortissants monégasques. La loi du 26 janvier 1984 reprend en cela les dispositions de la loi du 12 novembre 1968.

Mais la législation n'était pas en conformité avec les dispositions du traité de Rome (ex. article 48-4°) et le principe de libre circulation des personnes. Après un arrêt de la CJCE de 1980¹ et surtout celui de 1986², le parlement par l'intermédiaire de la loi du 26 juillet 1991³, a introduit un article 5bis au titre 1 du statut général de la fonction publique. Par dérogation, les ressortissants de l'Union ou de l'Espace économique européen⁴ (loi du 16 décembre 1996), ont accès aux emplois de la fonction publique française dans les mêmes conditions que les français, sous réserve de la possession de la langue, de l'équivalence des diplômes et sous réserve des « emplois de

-
1. CJCE 17 déc. 1980, Commission c/Royaume de Belgique.
 2. CJCE 3 juin 1986, Commission c/République française, AJDA 1987, 44, note ARRIGHI de CASANOVA à propos des emplois d'infirmiers.
 3. Loi n° 91-715 du 26 juillet 1991. L'article 26 de la loi n° 94-628 du 25 juillet 1994 élargit le champ d'application de ces dispositions aux andorrans (JO 26 juill.1994).
 4. CE 3 nov. 2003, GISTI, pour une entrée dans une école normale supérieure ouverte aux ressortissants de l'Union, mais pas à ceux de l'espace économique européen, disposition illégale selon le juge.

Partie 1 – Le recrutement du fonctionnaire de l'État

l'administration publique », emplois de souveraineté. Les autres conditions minima sont aussi requises.

Aujourd'hui à titre d'exemple tous les corps de l'éducation nationale sont ouverts aux ressortissants. Même s'il y a encore des problèmes et donc de la jurisprudence, à titre d'exemples, il est possible de citer deux arrêts significatifs :

– Dans un arrêt du Conseil d'État du 18 octobre 2002, SPAGGIARI¹, le juge annule le refus de recrutement d'une candidate italienne à un poste de professeur d'université au motif « n'aurait pas une connaissance suffisante du système universitaire français ». La nomination d'une autre personne est donc illégale et oblige à l'organisation d'une nouvelle procédure de recrutement.

– La Cour de justice des communautés européennes le 9 septembre 2003 dans un arrêt BURBAUD² a sanctionné la France en posant la règle suivante : un ressortissant communautaire souhaitant intégrer la fonction publique hospitalière française ne peut se voir imposer un concours d'admission de l'École nationale de la santé publique s'il atteste d'une formation équivalente dans un autre État membre.

Une commission d'équivalence des diplômes a été créée pour chacune des fonctions publiques ainsi que des commissions de reconnaissance d'équivalence des services, pour prendre en compte l'expérience obtenue dans d'autres États membres ; il en va de même pour l'ancienneté.

1.1.2. Jouir des droits civiques intégralement

Si cette condition vient à manquer, comme pour toutes les autres, la qualité de fonctionnaire est aussitôt retirée à l'agent³. Il s'agit du droit de vote de l'éligibilité, de l'aptitude aux fonctions de juré... Les non-titulaires sont

1. Req. n° 224804.

2. JCP A 2003, n° 11, 1239, obs. A. TAILLEFAIT.

3. CE 28 mars 1982, ROGER, Rec. CE, p. 192.

aussi liés par cette condition. Cela suppose aussi une absence de condamnations pénales privatives de droits civiques.

Sont donc aussi exclues en principe les personnes majeures sous tutelle ou curatelle, elles n'ont pas accès à la fonction publique. Cependant si la curatelle intervient en cours de carrière, il n'y a pas d'exclusion systématique de la fonction publique si elle ne revêt pas un caractère répressif. Si la mise sous curatelle est liée à une altération des facultés mentales, il y a alors application des règles de l'aptitude physique¹.

1.1.3. La compatibilité du passé pénal du candidat avec l'exercice de fonctions

Le statut général énonce l'exigence de la production du bulletin n° 2 du casier judiciaire pour vérifier la compatibilité du passé pénal du candidat avec l'exercice de la fonction publique envisagée. Avant 1983, il était exigé du candidat une bonne moralité, cette condition paraissait trop vague et trop subjective, cependant elle est maintenue pour certains emplois. Donc, une condamnation à une peine privative ou une condamnation pénale entraînant la perte des droits civiques empêche l'accès du candidat à un emploi public. Il appartient à l'administration de juger de l'incompatibilité.

Une privation totale ou partielle des droits civiques implique une impossibilité d'accès à la fonction publique, mais aussi perte de la qualité de fonctionnaire pour l'agent recruté. Dans ce cas, l'administration est liée par la condamnation et doit radier des cadres le fonctionnaire condamné.

1.1.4. Être en règle par rapport au code du service national

Aujourd'hui, les Français et Françaises sont soumis à la Journée d'appel à la préparation à la défense en vertu des dispositions de la loi du 28 octobre 1997² et la fin de la conscription depuis le 31 décembre 2002. Il suffit de se faire recenser à partir du 16^e anniversaire. Les candidats français nés après

1. CE 22 février 2002, Mutualité de Meurthe et Moselle, AJDA 2002/4, p. 275.

2. Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997, JO 8 novembre 1997. Décret n° 2005-38 du 18 janvier 2005 modifiant le décret n° 95-979 du 25 août 1995 d'application de l'article 27 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée relatif à certaines modalités de recrutement des handicapés dans la fonction publique de l'État, JO 20 janvier 2005, p. 998.

Partie 1 – Le recrutement du fonctionnaire de l'État

le 31 décembre 1978 et les candidates françaises nées après le 31 décembre 1982, doivent fournir l'attestation de recensement et l'attestation de participation à la journée d'appel à la préparation à la défense.

L'exigence d'avoir effectué son service militaire a longtemps permis au conseil d'État d'exclure les femmes de l'accès aux emplois publics¹.

1.1.5. Avoir l'aptitude physique pour les fonctions envisagées

L'appréciation de cette aptitude est quelquefois délicate. Le juge intervient, il opère par un contrôle normal². Les commissions techniques d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) se prononcent sur le fait de savoir si le handicap est compatible ou non avec les fonctions envisagées.

La loi du 13 juillet 1983 n'exige plus des candidats qu'ils satisfassent à la condition d'être reconnus indemnes ou définitivement guéris de toute affection tuberculeuse, cancéreuse ou nerveuse.

L'actualité permet de s'interroger sur les porteurs sains ou malades du VIH, sur la question du test en particulier pour la fonction militaire ou la fonction publique hospitalière. Selon le juge, si le candidat refuse de faire le test, l'administration peut en tirer les conséquences.

La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations dans son article 11³ modifie l'article 6 du titre 1 dans les termes suivants : « La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires. Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie ou une race. Toutefois, des distinctions peuvent être faites afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions. De même, des conditions

1. CE 3 juillet 1936, Delle BOBARD, RDP 1937. 3. 38, concl. LATOURNERIE.

2. CE 26 juillet 1952, LOUBEYRE, Rec. CE, p. 397.

3. Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, article 11, JO 17 novembre 2001, précité.

d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour le recrutement des fonctionnaires, lorsqu'elles visent à permettre le déroulement de leur carrière, d'autre part, pour la carrière des fonctionnaires, lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer dans leur corps, cadre d'emplois ou emploi. Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération : 1°) Le fait qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter les principes énoncés au deuxième alinéa du présent article. 2°) Ou bien le fait qu'il a témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés. Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé aux agissements définis ci-dessus.

L'administration doit prouver l'incompatibilité entre l'état physique et les fonctions envisagées. Il faut ajouter que le recrutement de personnes handicapées est possible dans la fonction publique, il est même encouragé à hauteur de 6 %, même si ce pourcentage n'est pas atteint. Après avis de la COTOREP, la personne handicapée a la possibilité d'accéder à un emploi public sans passer de concours. L'employeur public est donc obligé d'embaucher, conformément aux articles L. 323-19 et suivants du code du travail, des handicapés, il s'agit, pour eux, d'une priorité d'embauche. L'article L. 322-19 alinéa 2 prévoit que le pourcentage doit être le même dans les secteurs privé, public, semi-public, et les entreprises nationales. Une circulaire du 21 août 1981 réservait un taux de 3 % dans la fonction publique, ce taux était aussi applicable au secteur privé conformément aux dispositions du code du travail. Ce taux est porté depuis la loi du 10 juillet 1987¹ à 6 %.

Des épreuves sportives sont souvent organisées lors du recrutement par concours. Les femmes peuvent avoir des épreuves physiques distinctes

1. JO 31 juillet 1987, p. 8574.

Partie 1 – Le recrutement du fonctionnaire de l'État

voire des barèmes différents. Certains concours imposent une condition de taille minimum ou maximum¹.

Lorsque le candidat à la fonction publique réunit toutes ces conditions, il peut postuler à un emploi public, selon les règles de l'égal accès aux emplois publics.

Les textes peuvent imposer d'autres conditions comme des conditions de diplômes : une licence ou un master pour les concours de catégorie A, le baccalauréat pour la catégorie B, le brevet des collèges pour les catégories C. Les diplômes ne sont en principe pas requis pour les concours internes. Les règlements des concours peuvent aussi exclure certains diplômes des titres permettant l'accès à certains concours². Aujourd'hui, la validation d'expérience a trouvé sa place pour le recrutement dans la fonction publique depuis la loi Sapin de 2001³.

Une limite au nombre de présentation au concours est possible aussi.

Une condition d'âge peut être imposée. La loi du 9 mai 2001 a rétabli l'égalité entre les hommes et les femmes quant à l'inopposabilité des limites d'âge mais uniquement pour les célibataires ayant à leur charge au moins un enfant⁴.

Le ministre de la Fonction publique envisage de supprimer les limites d'âge. Déjà des dispositions particulières suppriment ou reculent ces limites d'âge pour les handicapés ou les sportifs de haut niveau et les femmes mariées, divorcées, mère de famille.

-
1. Pour le recrutement de policiers par exemple ou pour l'affectation à certains emplois militaires dans des avions par exemple.
 2. CE 9 juillet 2003, CHARBONNIER et SANDRAS et CE sect. 12 décembre 2003 BILLEMAZ.
 3. Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001, JO 4 janvier 2001 et décret d'application n° 2001-898 du 28 septembre 2001, JO 2 octobre 2001.
 4. Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 10 mai 2001, p. 7320.