

Constitution et fonction publique

Antony TAILLEFAIT - Professeur agrégé de droit public à l'Université d'Angers

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 37 (DOSSIER : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT ADMINISTRATIF) - OCTOBRE 2012

Le destin jurisprudentiel de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) se joue aussi dans le droit de la fonction publique. Bien que pour ce droit comme pour d'autres, peu de QPC soumises aux juridictions de transmission (tribunaux et cours administratives d'appel) soient adressées au Conseil d'État, ces questions stimulent pourtant le déploiement des régimes encadrant la condition des agents de l'administration. Le Conseil constitutionnel a consacré sa première réponse à une QPC à une règle du droit de la fonction publique [\(2\)](#). Il a été sollicité assez souvent sur des « affaires de fonction publique » dans le cadre des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution.

Les réponses aux QPC confirment qu'une part significative des règles et institutions du droit de la fonction publique s'abreuve à la source des possibilités et orientations contenues dans la Constitution. Cela tient à ce que celle-ci contient des normes qui vont largement se diffuser dans la fonction publique. Cela tient aussi à ce que les QPC multiplient les occasions offertes à la jurisprudence de préciser les conséquences des normes constitutionnelles concernant le droit de la fonction publique. D'une autre façon, le contentieux des QPC nourrit un contentieux objectif de la fonction publique déjà abondant. Le processus de constitutionnalisation jurisprudentielle de ce droit, par nature assez lent, semble donc connaître un frémissement.

Il faudrait aussi mesurer les interactions entre le droit constitutionnel et le droit de la fonction publique sur la gestion publique des ressources humaines et se demander si elles n'introduisent pas des rigidités supplémentaires dans un domaine qui n'en manque pas. Évaluer également comment cette constitutionnalisation invite les régimes encadrant la condition de tous les travailleurs à s'informer mutuellement et dans quelle mesure elle participe à l'éloignement de la fonction publique du droit administratif. Succinctement, on peut avancer la proposition suivante. Comme le droit de la fonction publique a existé avant le mouvement de constitutionnalisation des branches du droit général, sa constitutionnalisation signifie simplement que la fonction publique dispose d'une « base » constitutionnelle mais qu'elle continue, sur cette « base », à s'auto-organiser mais en étant désormais tributaire d'autres disciplines juridiques.

Notre étude ne prétend pas à la synthèse complète non plus qu'à une recension exhaustive mais seulement à quelques observations suscitées par le développement récent des QPC.

Portant sur un aspect des rapports entre le Conseil constitutionnel et le droit administratif, nous délaisserons l'un des versants du contentieux constitutionnel : l'exploration des décisions de non-renvoi des juges *a quo* touchant le droit de la fonction publique.

Nous nous bornerons aussi à explorer sommairement le récit de la rupture historique qu'a provoqué la consécration législative de l'idée du statut général de la fonction publique. Jusqu'en 1941 essentiellement, le pouvoir réglementaire et l'œuvre prétorienne du Conseil d'État font leur affaire du régime applicable aux agents publics. Plus tard, et surtout à partir de 1946, l'adoption du statut général des fonctionnaires emporte une diversification des sources du droit de la fonction publique qui traduit, en même temps qu'elle sert de socle, un accroissement et un affermissement des grandes garanties statutaires. La Constitution de 1958 discipline cette diversification ; ce que le statut général de 1959 a mis œuvre et que celui de 1983-1986 a poursuivi.

D'emblée en 1958 la Constitution a gonflé la partie supérieure des sources du droit de la fonction publique de normes de valeur constitutionnelle dont le respect a ensuite été assuré patiemment et juridictionnellement [\(3\)](#). Non seulement quelques droits des agents publics ont été confortés mais probablement bien davantage encore dans l'avenir leurs obligations devraient mieux s'insérer dans nos conceptions de la fonction publique (I). Dans le même temps, le droit de la fonction publique s'est engagé sur une pente commune à bien d'autres branches du droit, celle du contrôle constitutionnel des domaines respectifs de la loi et du règlement : les bases constitutionnelles du droit administratif confortant l'empire de la loi sur le droit de la fonction publique (II).

I - Les réponses aux questions prioritaires de constitutionnalité relatives aux obligations et aux droits des fonctionnaires : une amorce d'évolutions ?

Il est hautement probable que depuis le 1^{er} mars 2010 l'institution de la QPC permet aux agents de l'administration de s'approprier la Constitution pour circonscrire le champ de leurs obligations et plus sûrement de revendiquer la Constitution pour garantir leurs droits. Jusqu'à présent, ce sont les normes de pensions qui ont été souvent arguées d'inconstitutionnalité.

A - Les incidences de la QPC sur la déontologie et les garanties des personnels de l'administration

1 - Il serait stimulant de s'interroger sur les liens entre les fonctionnaires et la Constitution, avant tout dans une perspective déontologique. On se souvient que la loi du 12 thermidor an VII engageait les membres de la fonction publique à dire « *Je jure fidélité à la République et à la Constitution de l'an III* ». Un arrêté du 7 nivôse an VIII avait simplifié la formule : « *Je promets fidélité à la Constitution* ». Aujourd'hui ce serment à la Constitution a fait les frais du dévoiement du serment politique des agents publics pendant le régime de Vichy (4) et il n'est requis essentiellement que des juges constitutionnel, judiciaire et financier, et des policiers ; même s'il est mis en avant périodiquement pour souligner l'existence de valeurs partagées entre les fonctionnaires (5). Une question qui découle de cet aspect est celle de savoir si un fonctionnaire doit impérativement être républicain. De ce point de vue, la Constitution pourrait être davantage qu'un étage de la hiérarchie des normes mais un symbole du « vivre ensemble », une représentation de notre capacité à « faire société ».

D'un autre point de vue, plus strictement juridique celui là, on observe que le Conseil constitutionnel a dégagé des normes fondamentales qui sont à la source de bons nombres d'obligations professionnelles générales des agents publics. Elles tournent autour de « *principes inhérents au service public* » (6) : égalité et neutralité, continuité.

Le principe d'égalité d'accès au service public, et au sein de celui-ci, a une valeur constitutionnelle qui fonde certaines de ces obligations. La **neutralité du service public**, l'une d'entre elles, constitue un impératif de valeur constitutionnelle (7). Il emporte pour les agents publics obligation de réserve et de neutralité politique, religieuse et commerciale dans leurs relations avec les usagers. Il n'est pas possible de revenir, compte tenu des dimensions de cette étude, sur ce principe et sur l'évolution de son soubassement constitutionnel qu'est la laïcité de la République. On retiendra simplement que le principe de neutralité vise l'expression de toutes les opinions (politique, syndicale, religieuse et « a-religieuse », etc.) mais que le principe de laïcité du service public est, entre autre, l'expression d'une neutralité religieuse. Les exigences de neutralité initialement plus fortes pour les enseignants (8) ont pu être généralisées à l'ensemble des agents de l'administration. Tous les agents publics bénéficient de la liberté de conscience, mais « *le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses* » (9). Non seulement les signes et tenues dont le port par lui-même exprime ostensiblement une appartenance religieuse sont interdits, mais aussi ceux dont le port ne manifeste ostensiblement une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de l'agent (10).

Le **principe de continuité du service public**, principe général du droit selon la jurisprudence du Conseil d'État, a lui aussi valeur constitutionnelle (11). Il explique certaines implications déontologiques du fonctionariat.

Sur son fondement, le Conseil constitutionnel confie au chef de l'État le soin d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et la continuité de l'État. Il laisse ainsi des empreintes juridiques liées à la continuité de l'exercice du pouvoir hiérarchique et à l'obligation d'obéissance des agents publics. Le gouvernement disposant de l'administration et de la force armée et le principe de libre administration des collectivités territoriales attribuant aux organes délibérants le pouvoir de gestion des personnels, autorités de l'État et autorités locales disposent de leurs administrations respectives (12).

Dans une grande mesure le principe de continuité est limitatif des droits des agents publics, et notamment du droit de grève, principe particulièrement nécessaire à notre temps. On sait que sur ce dernier point, le Conseil constitutionnel admet que les limitations apportées par le législateur parviennent à interdire le « *droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* » (13).

Il faut donc comprendre que c'est par le truchement de l'examen de leurs droits que les obligations des agents publics approcheront le champ des droits et libertés que la Constitution garantit (loi organique 10 déc. 2009, art. 23-1). Dans le cadre des QPC, les obligations déontologiques figureront difficilement dans la liste des moyens de constitutionnalité invocables. Elles seront donc toujours mieux circonscrites par le Conseil constitutionnel au titre de son contrôle *a priori* de la loi sauf à considérer, comme le professeur Jean-Bernard Auby (14), que « *la constitutionnalisation est un symptôme, et un vecteur à la fois, de la réduction de la place de l'État au profit de la société* ».

2 - L'éradication *a posteriori* des sources législatives inconstitutionnelles devrait assurément autoriser une protection plus grande **des droits des agents de l'administration**. C'est donc à leurs propos que les renvois de questions de constitutionnalité se sont fondés sur une méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité. Les réponses apportées à ces QPC ont permis à ce jour au Conseil constitutionnel de

rester fidèle à ses solutions antérieures.

Il tient notamment à ce que les personnes nommées à des emplois publics le soient en fonction de leurs capacités, conformément aux dispositions de l'**article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. La décision du 28 janvier 2011 [\(15\)](#) rappelle que les nominations aux emplois à la décision du Gouvernement doivent tenir compte « *des capacités requises pour l'exercice des attributions afférentes à l'emploi* » de sorte que, sous cette réserve, l'article 25 du titre II du statut général de la fonction publique [\(16\)](#) demeure conforme à la Constitution. Le législateur ne pourrait donc pas prévoir des modalités de sélection pour l'accès aux emplois publics qui seraient fondées sur des critères étrangers à la capacité des candidats. Cette solution n'est cependant pas conçue comme un frein à l'innovation dans la gestion des recrutements. Le concours peut être revisité et les quotas par sexe dans la fonction publique envisagés.

L'assise du **principe du concours** dans l'espace statutaire n'est pas ferme. Ce procédé de recrutement n'est ni une exigence constitutionnelle, ni un droit fondamental des agents publics. Il constitue une garantie fondamentale de la fonction publique au sens de l'article 34 de la Constitution. Seule la loi peut donc l'écartier ou l'obérer [\(17\)](#). Sur ce point le Conseil constitutionnel aurait pu préciser si le classement de sortie de l'École nationale d'administration était le résultat d'un concours et en inférer que le pouvoir réglementaire ne pouvait pas prévoir les principes du recrutement des futurs conseillers d'État. Cette question a été éludée. La disposition législative concernée de la loi du 17 mai 2011 était un cavalier législatif encourant la censure [\(18\)](#).

Plus largement, le principe législatif du concours a été interprété par la jurisprudence comme pouvant admettre « *des règles de recrutement différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que celle des besoins du service public* » [\(19\)](#). Le principe du concours n'est pas contesté mais ses modalités ont pu être repensées [\(20\)](#). Dans le même temps, la diversité des talents et les besoins du service peuvent permettre la construction de voies de recrutement distinctes pour l'accès à un même corps de fonctionnaires [\(21\)](#). Les dispositions déclaratives de 1789 ne peuvent pas non plus être interprétées « *comme réservant aux seuls citoyens l'application des principes qu'elles énoncent* » [\(22\)](#). L'article 34 de la Constitution peut servir de source pour le législateur pour prévoir les conditions d'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants des États appartenant à l'espace économique européen.

Favoriser l'**égal accès des femmes et des hommes aux fonctions publiques**, et en particulier aux hautes fonctions, est une question sans cesse évoquée et jusqu'à présent sans cesse repoussée. Le principe d'égalité n'implique pas une égalité absolue mais une absence de discrimination (négative ?). Dans quelle mesure des discriminations positives à raison du genre pourraient être envisagées par le législateur et quelles modifications constitutionnelles cela exigerait sont des questions souvent redoutées mais à coup sûr d'actualité.

Une directive communautaire du 9 février 1976 [\(23\)](#) prévoyait déjà que les États-membres puissent prendre des mesures relatives à l'accès à l'emploi visant à assurer non seulement la protection de la femme mais aussi à « *promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier, en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* ». Le Conseil d'État [\(24\)](#), en se fondant sur les dispositions du Préambule de la Constitution de 1946, avait admis, de manière générale, l'établissement de distinctions entre des personnes de sexe différent justifiées par « *la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes* » mais l'avait refusé en l'espèce. À vrai dire, il est demeuré assez en retrait vis-à-vis des mesures destinées à favoriser les femmes tant dans l'accès à la fonction publique que dans le déroulement de leur carrière. Examinant la loi du 9 mai 2001 et son décret d'application du 3 mai 2002 [\(25\)](#) qui instaurent des quotas pour les jurys de concours, le Conseil constitutionnel [\(26\)](#), indirectement, et à sa suite le Conseil d'État [\(27\)](#), directement, ont neutralisé l'obligation d'instaurer de tels quotas en en faisant un objectif de représentation équilibrée entre les hommes et les femmes afin que la loi fût en conformité avec le critère des capacités contenu dans l'article 6 de la Déclaration de 1789.

Jusqu'en 2008, les dispositions constitutionnelles de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 prévoyaient seulement que « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* » et la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 relative à la parité dans l'accès aux fonctions électives a été interprétée comme ne concernant pas le droit de la fonction publique. La révision constitutionnelle de juillet 2008 a révélé un pouvoir constituant davantage volontariste. Ce dernier a ajouté à l'article 1^{er} de la Constitution un alinéa prévoyant que « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux [...] responsabilités professionnelles et sociales* ». La portée de cette modification devrait commencer à se dessiner. Bien qu'il soit peu vraisemblable que l'opposition parlementaire se préoccupe de sa conformité à la Constitution, la loi du 12 mars 2012 [\(28\)](#), en tant qu'elle instaure des quotas par sexe concernant les jurys de concours, les membres des conseils d'administration des établissements publics et les recrutements dans les emplois de direction des fonctions publiques, ne devrait pas échapper au contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel. Avec beaucoup de prudence, peut-être peut-on avancer que le Haut conseil admette désormais qu'il n'y a plus de « venin » [\(29\)](#) à dénouer les liens entre la considération du genre et celle des compétences, des aptitudes et des qualifications, au moment où, dans les faits, les femmes gagnent des « parts de fonction publique » par leur talent et leur travail, notamment parmi les lauréats des concours. La question (nouvelle ou sérieuse ?) se déplacerait ensuite sur le point de savoir quelles conséquences tirer de l'irrespect de ces

discriminations positives quant à la régularité des délibérations des jurys de concours et des conseils d'administration, et quant à la constitutionnalité des sanctions financières à supporter en cas d'ignorance ou de refus de prévoir de telles exigences quantitatives dans le recrutement des hautes fonctions publiques.

Le principe d'égalité, à l'évidence, demeure un puissant moyen de nettoyer l'ordonnement juridique de la fonction publique, notamment par le truchement de la QPC. Cette dernière peut être également l'occasion de juger la conformité d'une disposition législative à une règle constitutionnelle qui resterait à dégager par le Conseil constitutionnel. Il se peut donc qu'une extraction de nouveaux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) soit faite. Pour le moment, le Conseil constitutionnel n'en a pas eu l'opportunité. Il (30) a jugé que la matière disciplinaire n'était pas gouvernée par des règles de prescription de sorte qu'il ne pouvait pas exister une **prescription disciplinaire** constituant un PFRLR. Les poursuites disciplinaires dans la fonction publique demeurent imprescriptibles. Toujours en matière disciplinaire, saisi d'une QPC relative à certaines dispositions du Code de justice militaire (31), le Conseil constitutionnel (32) a déclaré non-conforme à la Constitution la disposition législative prévoyant que certaines condamnations entraînent de plein droit la perte du grade des officiers de carrière. Comme auparavant (33), le Conseil condamne les sanctions automatiques.

Dans la même veine que la jurisprudence du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a aussi confirmé le remaniement du **principe d'indépendance des enseignants-chercheurs** et montré une nouvelle fois que la QPC peut être une forme d'examen de rattrapage de la constitutionnalité de la loi au regard de l'article XI de la Déclaration de 1789 (34). En effet, la loi du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités (LRU) n'avait pas été soumise au contrôle *a priori* de constitutionnalité par l'opposition parlementaire. Elle est donc, aujourd'hui et en partie, passée au tamis de son contrôle *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel a fait de ce principe d'indépendance un PFRLR lorsqu'il concerne les professeurs d'université, principe qui suppose « *une représentation propre et authentique* » (35). Par la suite, et plus nettement, il (36) a précisé « *que la garantie d'indépendance des enseignants-chercheurs résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* », confirmant l'élargissement presque complet du principe à l'ensemble des enseignants-chercheurs et chercheurs ; seuls les professeurs pouvant revendiquer que l'évaluation de leurs titres et mérites ne puisse émaner que d'organismes dans lesquels ils disposent d'une représentation telle qu'ils ne puissent être jugés par leurs seuls pairs. Il en tire la conséquence que la loi LRU pouvait autoriser le président d'une université, sans méconnaître le principe, à émettre une appréciation de nature administrative sur les candidats enseignants-chercheurs retenus à l'issue de la procédure de sélection par leurs pairs.

Cette QPC est aussi l'occasion de réaffirmer le **principe d'égalité de traitement dans la carrière** qui ne s'applique qu'aux fonctionnaires appartenant à un même corps ou cadre d'emplois, principe consacré par le Conseil constitutionnel (37) après le Conseil d'État. Il a ajouté que cette égalité de traitement, qui découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789, n'est pas méconnue par les prérogatives nouvelles des conseils d'administration des universités les autorisant à définir les principes généraux de répartition des obligations de service des personnels enseignants et de recherche entre les activités d'enseignement, de recherche et leurs autres missions. Le principe de participation peut donc assez aisément se concilier avec celui de l'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps d'emplois.

La question nouvelle des implications de ce **principe de participation des travailleurs** figurant au huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, s'agissant de personnes publiques qui emploient simultanément des agents publics et des personnels de droit privé, a aussi été élucidée par le Conseil constitutionnel (38). Il a admis la conformité à la Constitution des dispositions législatives relatives à la représentation des personnels au sein des comités d'agence et des comités d'hygiène et de sécurité des agences régionales de santé (39) (ARS).

B - Les incidences de la QPC sur les droits à pension des personnels de l'administration

Dans les régimes des pensions des agents de l'administration, les différences de traitement inconciliables avec le principe d'égalité de traitement ont été arasées tant par la CJUE que par le Conseil d'État et certaines dispositions législatives de réformes des retraites. Elles le sont désormais par le Conseil constitutionnel saisi par le juge du filtre des QPC.

1 - En ce qui concerne **les pensions de retraite** notamment, les juges de la rue Montpensier ont été interrogés sur la constitutionnalité de dispositions des lois de finances de 1981, 2002 et 2006 (40) relatives aux pensions civiles ou militaires de retraite de ressortissants des pays et territoires autrefois sous souveraineté française (41). Elles ont été considérées comme instaurant des différences de traitement injustifiées. L'objet de la loi était de garantir aux titulaires de pensions, selon leur lieu de résidence à l'étranger au moment de l'ouverture de leurs droits, des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l'État. Cependant les dispositions législatives en cause visaient aussi à établir l'égalité entre les prestations versées aux anciens combattants, Français ou étrangers. Cette égalité n'était pas satisfaite par le critère législatif du lieu de résidence qui avait succédé au critère prohibé de la nationalité (42).

Les pensions de réversion des orphelins comme celles des conjoints ont aussi fait l'objet de QPC. Les orphelins bénéficient d'une pension

correspondant à une part du montant de la pension de leurs parents jusqu'à l'âge de vingt et un ans (Code des pensions, art. L. 40). Les règles se compliquent en cas de pluralité d'enfants issus d'unions différentes. L'article L. 43 du Code des pensions civiles et militaires de retraite avait prévu des règles de partage de la pension dans le cas où il existe une pluralité d'ayants cause de lits différents. Cependant entre orphelins de deux lits, la pension de réversion pouvait être différente. Une telle disparité de traitement entre les enfants d'un même agent « *n'est pas justifiée au regard de l'objet de la loi qui vise à compenser, en cas de décès d'un fonctionnaire, la perte de revenus subie par chacun des ayants cause, [...] par suite, l'article L. 43 doit être déclaré contraire à la Constitution* » (43). En revanche et d'une manière générale, l'attribution du droit à une pension de réversion et sa répartition entre les conjoints, divorcés ou survivants (44), justifie les différences de traitement instituées entre les couples vivant en concubinage ou « partenaires pacés » et ceux unis par les liens du mariage ; les charges des conjoints mariés, telles la solidarité financière prévue par le Code civil, étant différentes de celles qui pèsent sur les personnes autrement unies.

Certaines dispositions du Code du service national (45) recèlent une différence de traitement injustifiée, a considéré le Conseil constitutionnel (46), en tant qu'elles avaient pour conséquences de réserver le bénéfice de la prise en compte des services accomplis en qualité d'objecteur de conscience, pour le calcul des droits à une pension civile de retraite des agents de la fonction publique, aux seuls agents ayant accompli ce genre de service après l'entrée en vigueur de cette loi dépourvue d'effet rétroactif. Autrement dit, il a jugé, au regard des droits à la retraite, que le temps de service national accompli en tant qu'objecteur de conscience devait être pris en compte comme est pris en compte le temps du service national sous les armes.

Certaines règles de plafonnement du cumul d'une pension de retraite et d'une rente viagère d'invalidité (47) méconnaissaient aussi le principe d'égalité dans la mesure où l'application combinée du plafonnement et du cumul d'une pension de retraite et de la majoration de pension pour charges de famille créait une différence de traitement injustifiée entre les fonctionnaires pensionnés invalides ayant élevé au moins trois enfants et les fonctionnaires valides ayant élevé le même nombre d'enfants (48).

2 - Le principe d'égalité a aussi été sollicité dans l'examen de la constitutionnalité de la législation (49) instituant des allocations et des rentes de reconnaissance, ainsi que des aides spécifiques au logement, en faveur des anciens harkis et des membres des formations supplétives ayant servi en Algérie et ayant établi leur domicile en France ou dans un autre État de l'Union européenne. Les dispositions législatives en cause avaient pour objectif de tenir compte des charges entraînées par le départ d'Algérie de ces personnes et leur réinstallation en Europe. Le Conseil constitutionnel (50) peut admettre l'institution d'un critère de résidence comme cela a déjà été souligné mais il refuse, bien entendu, l'établissement d'une différence de traitement selon la nationalité.

Une autre réforme de la fonction publique a été jugée conforme à la Constitution et au principe d'égalité (51). L'indemnité temporaire de retraite (ITR dite « surpension outre-mer ») accordée aux fonctionnaires pensionnés relevant du code des pensions civiles et militaires de retraite majore le montant en principal de la pension d'un pourcentage fixé par décret selon la collectivité outre-mer dans laquelle les agents publics résident. La loi du 30 décembre 2008 (52) vise à atténuer cet avantage financier jusqu'à cette date très favorable. À compter du 1^{er} janvier 2009, les ITR déjà acquises ne sont que peu retouchées et l'attribution de nouvelles ITR est réservée aux pensionnés ayants droit remplissant, à la date d'effet de leur pension, en sus de l'effectivité de la résidence outre-mer, quinze années de services effectifs outre-mer.

Le Conseil constitutionnel a donc confirmé l'exorbitance du droit de la fonction publique qui autorise l'administration, comme l'écrit le professeur Fabrice Melleray (53), « à exiger plus de ses agents qu'un employeur privé, notamment en matière d'encadrement de leur liberté d'expression, d'obligation de neutralité, d'obligation de moralité, ... de devoir d'obéissance, de continuité du service ». Il ajoute cependant qu'« il est loin d'être certain que les faits soient toujours en adéquation sur ces questions avec le droit (qu'on songe à la pratique du droit de grève) ».

II - La poursuite de la constitutionnalisation des champs respectifs de la loi et du règlement de fonction publique : la stabilisation de la répartition

Aujourd'hui, au regard de ses sources, le droit de la fonction publique n'est pas original. Il possède lui-aussi des fondements constitutionnels. Ceux-ci sont explicites dans les dispositions des articles 6 de la Déclaration des droits, 13, 34 et 64 du texte constitutionnel. À vue cavalière, on ne saurait prétendre que notre texte constitutionnel soit particulièrement disert sur les institutions et les modalités du droit de la fonction publique, surtout s'il est comparé par exemple à ceux des Constitutions allemandes ou italiennes. Nous savons aujourd'hui que cette vision est trompeuse. D'une part, le Conseil constitutionnel a fait des règles tirées de l'ensemble du texte de la Constitution de 1958 des sources du droit de la fonction publique et il en a offert une interprétation extensive. D'autre part, il s'est aussi référé à d'autres règles cette fois puisées dans le bloc de constitutionnalité.

D'une manière désormais classique, en matière de fonction publique, les pourtours de la gestion des personnels de l'administration ont été tracés par les textes constitutionnels. Des compétences normatives ont été accordées au législateur organique et une répartition des compétences normatives entre la loi et le pouvoir réglementaire a été opérée.

A - Les lois organiques de fonction publique

La loi organique est devenue une source du droit de la fonction publique. Lorsqu'une norme de fonction publique est prévue par ce type de loi, les garanties véhiculées sont plus fortes (Constitution, art. 46).

1 - Le statut de la **magistrature** présente, de ce point de vue, une illustration topique. L'article 64 al. 3 de la Constitution précise qu'une loi organique porte statut de la magistrature (Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 modifiée). En « *spécifiant que ressortit au domaine d'intervention d'une loi ayant le caractère d'une loi organique une matière que l'article 34 range par ailleurs au nombre de celles relevant de la compétence du législateur, le constituant a entendu accroître les garanties d'ordre statutaire accordées aux magistrats de l'ordre judiciaire* » (54). Le Conseil constitutionnel a ensuite admis qu'en ce domaine de fonction publique il pouvait être renvoyé au pouvoir réglementaire d'application certains régimes et règles. Dans une limite assez étroite cependant qui concerne exclusivement des modalités d'application de détail non substantielles au statut (55). C'est pourquoi les lois organiques concernant les magistrats judiciaires de carrière comportent des normes dont les précisions techniques sont assez inhabituelles parmi les dispositions législatives. L'article 1^{er} de la loi organique du 17 décembre 2010 a porté de soixante-cinq à soixante-sept ans la limite d'âge des magistrats nés à compter de 1956 selon une progressivité établie en fonction de la date de naissance entre 1951 et 1956. Sur ce point, le Conseil constitutionnel n'a pas mis au jour une inconstitutionnalité (56).

Le statut constitutionnel de la condition des magistrats les protège du législateur organique lui-même. Comme les conditions dans lesquelles la responsabilité disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire sont prévues par l'article 65 de la Constitution, les dispositions de l'article 29 de la loi organique du 30 mars 2011 (57) ne sauraient autoriser le Défenseur des droits à donner suite aux réclamations des justiciables portant sur le comportement d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions. Il ne peut qu'aviser le ministre de la Justice (58).

2 - D'une autre façon cette jurisprudence développe un principe de non empiètement sur le domaine législatif organique. Seule une loi organique peut en effet compléter l'énumération des **emplois civils et militaires de l'État auxquels il est pourvu par décret en Conseil des ministres** (59). Exemplifie l'une des hybridations entre le législatif et le réglementaire que notre Constitution autorise, le fait que la loi ordinaire est inapte à effectuer ce complément alors que le pouvoir réglementaire habilité par le législateur organique bénéficie de cette compétence (60).

Ce dernier caractère a donc aménagé la compétence de droit commun du Président de la République pour nommer aux emplois civils et militaires de l'État au moyen de décrets en Conseil des ministres ou de décrets simples. L'ordonnance du 28 novembre 1958 a bien prévu que ce pouvoir présidentiel de nomination puisse être délégué au Premier ministre mais aucune délégation générale n'a été envisagée, pas plus à destination des ministres ou d'autres autorités subordonnées. Toutefois l'accumulation de délégations ponctuelles et les prévisions des statuts particuliers de fonctionnaires confèrent aux chefs de départements ministériels et à leurs agents centraux et déconcentrés un grand pouvoir de nomination des agents affectés dans leurs services. L'article 13 de la Constitution, l'ordonnance de 1958 et la jurisprudence constitutionnelle là encore n'ont pas fait obstacle à la gestion rénovée des ressources humaines dans la fonction publique. Pour autant, ces normes n'ont pas permis d'éradiquer les excès et le « fait du prince » dans les nominations présidentielles. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a cherché à revisiter le pouvoir de nomination du Président de la République (Constitution, art. 13, al. 5). Mais il est vrai que les emplois régaliens visés à l'alinéa 3 de l'article 13 n'ont pas été concernés et que ceux visés au nouvel alinéa 5 ne sont pas seulement des emplois dont la condition est organisée par le statut général ou un statut autonome de fonction publique.

B - La répartition législative et réglementaire des matières de fonction publique

Cette fonction constitutionnelle de répartition des compétences est telle que la V^e République fut amenée à donner aux fonctionnaires de l'État un nouveau statut général en 1959 pour remplacer celui de 1946. Ce bouleversement juridique ne cesse de produire des ondes juridiques. La répartition des matières législative et réglementaire a été fixée par l'article 34 de la Constitution de 1958 dans des conditions qui ont rendu nécessaire la refonte des sources du droit de la fonction publique. Il est apparu ensuite que ce principe répartiteur était un principe dynamique. La loi a fini par occuper une place centrale parmi ces sources, ce que ne laissait pas augurer les dispositions constitutionnelles. Le nombre bien plus grand d'articles du statut général actuel par rapport aux statuts généraux précédents en est la manifestation la plus nette.

1 - Cette **centralité législative en fonction publique** tient non seulement à l'interprétation juridictionnelle des dispositions de l'article 34 mais aussi à celle de l'article 72 de la Constitution.

Les **garanties fondamentales visées à l'article 34** devant donner lieu à un texte législatif sont à l'origine des statuts généraux, aussi bien ceux

d'aujourd'hui que d'hier (61). Une diversification des titres de compétence du législateur ordinaire s'est ensuite appuyée sur toutes les dispositions de l'article 34. Chaque « item » de cet article se distribue entre la loi pour ce qui est la mise en cause de la matière et le règlement pour ce qui concerne la mise en œuvre (62).

De son côté, le statut des fonctionnaires territoriaux pénètre le domaine législatif d'une autre manière dès lors qu'il est en relation avec le **principe de libre administration des collectivités territoriales** (63). En premier lieu, la loi a un champ plus étendu lorsqu'elle concerne les fonctionnaires territoriaux que lorsqu'elle touche les fonctionnaires de l'État (64). En second lieu, les questions juridiques d'importance se sont focalisées sur le point de savoir si la loi pouvait, sans user de la médiation du pouvoir réglementaire national, renvoyer directement aux délibérations des autorités décentralisées le soin de prendre les mesures d'application du statut général de la fonction publique territoriale. Le Conseil constitutionnel n'est pas venu troubler les solutions jurisprudentielles du Conseil d'État. Il admet que les autorités locales peuvent réglementer la situation des agents relevant d'elles sur les points ignorés par la législation et la réglementation nationale, ou pour préciser cette dernière (65). Dit d'une façon plus positive, elles bénéficient d'une liberté de recrutement et de gestion de leurs personnels mais dans le respect des règles statutaires législatives et à condition de ne pas concurrencer le pouvoir exécutif national (66). Le nouveau contexte constitutionnel issu de la révision du 28 mars 2003 - l'article 72 al. 3 posant que les collectivités territoriales « *disposent d'un pouvoir réglementaire dans l'exercice de leurs compétences* » - ne semble pas avoir remanié la nature « résiduelle » du pouvoir réglementaire local. Il laisse subsister de nombreux doutes sur les innovations qu'il permettrait (67). Il faudra déterminer dans l'avenir dans quelle mesure la procédure d'exception d'inconstitutionnalité est porteuse de solutions bénéfiques aux pouvoirs réglementaires des collectivités territoriales.

2 - Le « légicentrisme » du droit de la fonction publique n'empêche pas le **règlement** de demeurer une source capitale du droit de la fonction publique : moins en sa qualité de règlement autonome que de règlement d'application. Le règlement autonome, dans une certaine mesure, ne se préoccupe pour l'essentiel que de ce qu'il faut encore un temps appeler les marges de la fonction publique. Il est compétent pour définir le régime des agents non-titulaires.

La différence entre la source réglementaire et la source législative s'explique par le lien de subordination qu'entretient la fonction publique avec les pouvoirs exécutif et législatif (68). Le règlement est édicté à titre principal pour assurer l'application des normes législatives telles les lois statutaires même si le Conseil constitutionnel admet l'intervention du pouvoir législatif dans le domaine relevant du règlement (69) et refuse, en sens inverse, que la compétence législative soit laissée à l'autorité réglementaire (70). Il revient à cette dernière avant tout de définir, d'harmoniser ou de stabiliser, selon les moments, les mille et une originalités des statuts particuliers des corps et cadre d'emplois. Reste que la multiplication des lois de fonction publique depuis 2005 augmente les occasions d'empiètement sur le domaine réglementaire et par l'effet de ricochet du contrôle de constitutionnalité provoque une constitutionnalisation accrue.

•••

Il « *est bien difficile de marquer la limite qui sépare le droit constitutionnel du droit administratif* ». Cette étude aurait pu être entamée comme l'avait fait le Doyen Vedel en 1954 dans son bel article « *Les bases constitutionnelles du droit administratif* » (EDCE n° 8, p. 2) en substituant au terme administratif celui de fonction publique ; le droit de la fonction publique étant lui aussi réordonné par la jurisprudence constitutionnelle. Selon l'image que nous lui empruntons, tracer une ligne jaune en pointillé entre les champs respectifs est peut être difficile mais l'entreprise révèle que les ingrédients constitutionnels du droit de la fonction publique, s'ils existaient avant 1958, sont devenus plus nombreux et davantage opératoires après cette date. Cette entreprise met au jour une nouvelle fois les liens réciproques entre nos systèmes de régulation juridique administratif et constitutionnel. Elle forge l'unité du droit public dont chacune des branches est un brassage de normes constitutionnelles, administratives, pénales et européennes.

(1) Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, dans leur numéro 37, ont publié un dossier intitulé « Le Conseil constitutionnel et le droit administratif » qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivants :

Constitution et droit administratif (1), par Bernard Stirn, p. 7.

Constitution et service public, par Norbert Foulquier et Frédéric Rolin, p. 21.

Constitution, contrats et commande publique, par Laurent Richer, p. 37.

Constitution et biens publics, par Yves Gaudemet, p. 65.

Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L. : JO*, 29 mai 2010, p. 9728 ; *AJDA* 2010. 1051 ; *ibid.* 1606, note O. Dord ; *D* 2010. 1354, obs. S.

Lavric ; *ibid.* 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seske, N. Joubert et K. Parrot ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *RFDA* 2010. 717, note D. Katz ; *RDSS* 2010. 1061, étude L. Gay ; *Constitutions* 2010. 390, obs. A. Levade ; *ibid.* 441, obs. S. Slama ; *RTD civ.* 2010. 517, obs. P. Puig.

(3) V. J.-M. Auby, L'évolution des sources de la fonction publique, *AJDA* 1984, p. 246 ; A. Louvaris, La constitutionnalisation du droit de la fonction publique, *RD publ.* 1992, p. 1403 ; L. Favoreu, Les sources du droit de la fonction publique territoriale, *RFDA.*, 1985, p. 309 ; F. Mélin-Soucramanien et A. Pariente, Droit constitutionnel de la fonction publique, *JCl. Fonct. publ.*, fasc. n° 20.

(4) M.-H. Fabre, *Le serment politique*, thèse Marseille, 1941.

(5) M. Haenel, proposition de loi n° 419 à 421, juin 2005, Sénat ; F. Sauvageot, Le serment des hautes autorités étatiques : une institution à développer ?, *RD publ.*, 2006, p. 201 ; S. Salon, Sur le « rôle pédagogique » du serment des fonctionnaires », *Cah. fonct. publ.*, déc. 2001, p. 21 ; J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, 17 avr. 2008, p. 50-70.

(6) Cons. const., 5 août 2004, déc. n° 2004-501 DC relative à la loi relative au service public de l'électricité et du gaz.

(7) Cons. const., n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, *Rec. Cons. const.*, p. 35.

(8) CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre, Lebon*, p. 553, concl. Helbronner, *GAJA*, arrêt n° 25.

(9) CE, avis, 3 mai 2000, n° 217017, *M^{lle} Marteaux*, au *Lebon* 169 ; *AJDA* 2000. 673 ; *ibid.* 602, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *D* 2000. 747, note G. Koubi ; *AJFP* 2000. 39 ; *RFDA* 2001. 146, concl. R. Schwartz.

(10) CAA Versailles, 6 oct. 2011, n° 09VE02048, *Abderahim (M^{me})*, *AJDA* 2011. 2439 : à propos du port d'un bandana assimilé à un signe religieux.

(11) Cons. const., 25 juill. 1979, déc. n° 79-105 DC.

(12) Cons. const., 20 janv. 1984, déc. n° 83-165 DC.

(13) Cons. const., 25 juill. 1979, déc. n° 79-105 DC.

(14) J.-B. Auby, La bataille de San Romano, *AJDA* nov. 2001, p. 917.

(15) Cons. const., 28 janv. 2011, déc. n° 2010-94 QPC, *Robert C.* : *JO*, 29 janv. 2011, p. 1896, *AJDA* 2011. 188 ; *AJFP* 2011. 154, obs. P. Boutelet ; *Constitutions* 2011. 384, obs. O. Le Bot.

(16) Art. 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 : « Un décret en Conseil d'État détermine, pour chaque administration et service, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du gouvernement. L'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service. Les nominations aux emplois mentionnés à l'alinéa premier du présent article sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non-fonctionnaires. »

(17) Cons. const., 19 févr. 1963, déc. n° 63-23 DC, *Commissariat de l'air* : *Rec. CC*, p. 29 ; *AJDA*, 1963, II, p. 159.

(18) Cons. const., 12 mai 2011, déc. 2011-629 DC relative à la non-conformité de la suppression du classement de sortie de l'ENA par l'art. 187 de la loi n° 2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *AJDA* 2011. 990 ; *D* 2011. 1429, chron. R. Dammann et Sophia Schneider ; *Rev. sociétés* 2011. 381, obs. P. Roussel Galle ; *Constitutions* 2011. 339, obs. J. Barthélemy et L. Boré.

(19) Le Conseil d'État a précisé que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires peuvent être différenciées pour tenir compte de la variété des situations, et en particulier des études suivies ou des expériences professionnelles antérieures, ainsi que des besoins du service public (CE sect., 12 déc. 2003, *Billiemaz*, n° 245607, au *Lebon* ; *JCPA* 2004, comm. 1071, note D. Jean-Pierre ; *Dr. adm.*, 2004, comm. 47 et repères 3, obs. J.-B. Auby).

(20) V. A. Taillefait, *Le concours suppléé par la contractualisation dans l'accès à la fonction publique territoriale*, dans S. Regourd, D. Guignard (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, coll. « Grale », 2012, p. 545.

(21) Cons. const., 14 janv. 1983, déc. n° 82-153 DC à propos de la troisième voie d'accès à l'École nationale d'administration.

(22) Cons. const., 23 juill. 1991, déc. n° 91-293 DC à propos de l'accès des citoyens européens à la fonction publique, *D* 1991. 617, note L. Hamon ; *ALD* 1992. 67, chron. X. Prétot ; *RFDA* 1991. 903, étude L. Dubouis.

(23) Direct. n° 76/207 du Conseil, *JOCE* n° L.39, 14 févr. 1976, p. 10.

(24) CE, 26 juin 1989, n° 89945, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, au *Lebon* 152 ; *RFDA* 1990. 39, concl. M. Laroque.

(25) Titre II du statut général de la fonction publique, art. 20 *bis* ; D. n° 2002-766 du 3 mai 2002.

(26) Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, consid. 112 à 115, *AJDA* 2002. 1163, étude F. Reneaud ; *D* 2003. 1129, et les obs., obs. L. Gay ; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. Mathieu ; *RSC* 2002. 673, obs. V. Bück ; *ibid.* 674, obs. V. Bück.

(27) CE, 22 juin 2007, n° 288206, *Lesourd*, au *Lebon* ; *AJDA* 2007. 2130, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *AJFP* 2007. 295, et les obs. ; *RFDA* 2007. 1077, concl. T. Olson ; *ibid.* 1283, chron. A. Roblot-Troizier.

(28) Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JO*, 13 mars, p. 4498.

(29) J.-E. Schoettl, *Les Petites Affiches*, 2002, n° 15, p. 3.

(30) Cons. const., 25 nov. 2011, déc. n° 2011-199 QPC, *Gourmelon* : *JO*, 26 nov. 2011, p. 20016, *AJDA* 2011. 2317 ; *ibid.* 2012. 578, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; *Constitutions* 2012. 337, obs. O. Le Bot ; *RSC* 2012. 184, obs. J. Danet.

(31) Art. L. 311-7 du Code de justice militaire, dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 déc. 2010 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

(32) Cons. const., 3 févr. 2012, déc. n° 2011-218 QPC, *AJDA* 2012. 243 ; *AJFP* 2012. 189 ; *RSC* 2012. 135, obs. E. Fortis.

(33) Cons. const., 11 juin 2010, déc. n° 2010-6/7 QPC, *AJDA* 2010. 1172 ; *ibid.* 1831, note B. Maligner ; *ibid.* 1849, tribune B. Perrin ; *D* 2010. 1560, obs. S. Lavric ; *ibid.* 2732, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *AJ pénal* 2010. 392, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2010. 453, obs. R. Ghevontian ; *ibid.* 2011. 531, obs. A. Darsonville ; *RSC* 2011. 182, obs. B. de Lamy ; *RTD com.* 2010. 815, obs. B. Bouloc.

(34) Art. XI de la DDHC : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi. »

(35) Cons. const., 20 janv. 1984, déc. n° 83-165 DC : *JO*, 21 janv. 1984, p. 365 ; *GDCC Dalloz*, 15^e éd., 2009, n° 27.

(36) Cons. const., 6 août 2010, déc. n° 2010-20/21 QPC : *JO*, 7 août 2010, p. 14615, *AJDA* 2010. 1557 ; *ibid.* 2011. 1791, note M. Verpeaux ; *D* 2010. 2335, note F. Melleray ; *AJFP* 2010. 245, et les obs..

(37) Cons. const., 15 juill. 1976, déc. n° 76-67 DC.

(38) Cons. const., 28 janv. 2011, déc. n° 2010-91 QPC, *Fédération nationale CGCT des personnels des organismes sociaux* : *JO*, 29 janv. 2011, p. 1984, *AJDA* 2011. 192.

(39) Art. L. 1432-11 du Code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2009.

(40) Art. 26 de la loi du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981 ; art. 68 de la loi du 30 déc. 2002 de finances rectificative pour 2002 ; art. 100 de la loi du 21 déc. 2006 de finances pour 2007.

(41) Cons. const., 28 mai 2010, déc. n° 2010-1 QPC, *Consorts L. : précitée*.

(42) CE, 18 juill. 2006, n° 274664, *GISTI*, au *Lebon* ; *AJDA* 2006. 1469 ; *ibid.* 1833, chron. C. Landais et F. Lenica ; *AJFP* 2006. 301, et les obs. ; *RFDA* 2006. 1201, concl. L. Vallée, et CE, avis, 18 juill. 2006, n° 286122, *Ka*, au *Lebon* 353 ; *AJDA* 2006. 1469 ; *ibid.* 1833, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2006. 1201, concl. L. Vallée ; *Dr. adm.* 2006, n° 189, note A. Taillefait.

(43) Cons. const., 25 mars 2011, déc. n° 2010-108 QPC, *Marie-Christine M.*: *JO*, 26 mars 2011, p. 5404, *AJDA* 2011. 647 ; v. CE, 4 mai 2012, n° 337490, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat c/ Diderot (M^{me})*, au *Lebon* ; *AJDA* 2012. 980.

(44) CE, 6 déc. 2006, n° 262096, *M^{me} Ligorì*, au *Lebon* ; *AJDA* 2007. 142, concl. L. Vallée ; *ibid.* 2006. 2368 ; *D.* 2007. 155 ; *AJ fam.* 2007. 34, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2007. 86, obs. J. Hauser ; CE, 18 juin 2010, n° 315076, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ Le Dortz (M^{me})*, au *Lebon* ; *AJDA* 2010. 1237 ; *D.* 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2010. 328 ; *AJFP* 2010. 258, note C. Fortier ; *RTD civ.* 2010. 764, obs. J. Hauser ; Cons. const., 29 juill. 2011, *M^{me} Lejay-Lefebvre*, req. n° 2011-155 QPC, *AJDA* 2011. 1591 ; *D.* 2012. 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2011. 436, obs. W. Jean-Baptiste ; *RTD civ.* 2011. 748, obs. J. Hauser.

(45) Art. L. 63 al. 2 du Code du service national, dans sa rédaction issue de la loi n° 71-424 du 10 juin 1971 portant Code du service national.

(46) Cons. const., 13 oct. 2011, déc. n° 2011-181 QPC, *Caballe*, *AJDA* 2011. 1981 ; *Cah. Cons. const.* 2012. 226, obs. J. Benetti et L. Cluzel-Métayer ; CE, 13 juill. 2011, req. n° 349660 QPC, *Caballe*, *AJDA* 2011. 1460 ; *Cah. Cons. const.* 2012. 226, obs. J. Benetti et L. Cluzel-Métayer.

(47) Art. L. 28 al. 5, du Code des pensions civiles et militaires de retraite.

(48) Cons. const., 13 janv. 2011, déc. n° 2010-83 QPC, *Claude G.* : *JO*, 14 janv. 2011, p. 811, *AJDA* 2011. 70.

(49) Art. 9 de la loi du 16 juill. 1987 relative au règlement de l'indemnisation des rapatriés ; art. 2 de la loi du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie, art. 47 de la loi du 30 déc. 1999 de finances rectificative pour 1999, art. 6 et 9 de la loi du 25 févr. 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

(50) Cons. const., 4 févr. 2011, déc. n° 2010-93 QPC, *Comité Harkis et Vérité*: *JO*, 5 févr. 2011, p. 2351, *AJDA* 2011. 247 ; *D.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

(51) Cons. const., 22 juill. 2010, déc. n° 2010-4/17-QPC, *Cachard*: *AJDA* 2010. 1508 ; *ibid.* 2262, note crit. M. Chauchat ; *RDSS* 2010. 1061, étude L. Gay.

(52) Loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificatives pour 2008 (art. 137).

(53) F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 2005, p. 44, n° 34.

(54) Cons. const., 19 juin 2001, déc. n° 2001-445 DC, consid. 3, *D.* 2002. 1947, obs. V. Lanisson.

(55) Cons. const., 6 janv. 1987, déc. n° 86-22 DC.

(56) Cons. const., 17 déc. 2010, déc. n° 2010-615 DC, consid. 2 à propos de la loi n° 2010-1341 organique relative à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire.

(57) Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (*JO*, du 30) et loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 (*JO*, du 30, p. 5504).

(58) Cons. const., 29 mars 2011, déc. n° 2011-626 DC, consid. 16, *AJDA* 2011. 646 ; *ibid.* 958, étude O. Dord ; *D.* 2011. 1027, chron. J.-C. Zarka ; *ibid.* 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *RFDA* 2011. 611, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau.

(59) Constitution, art. 13, al. 4 ; Ord. n° 58-1136 du 28 nov. 1958 ; Cons. const., 18 sept. 1986, déc. n° 86-217 DC, consid. 87.

(60) Ord. n° 58-1136, art. 1^{er} ; D. n° 59-587 du 29 avr. 1959.

(61) Ord. n° 59-244 du 4 févr. 1959 pour les fonctionnaires de l'État adoptée sur la base des pouvoirs spéciaux donnés au gouvernement par l'art. 92 de la Constitution ; loi du 28 avr. 1952 pour les fonctionnaires communaux.

(62) Cons. const., 27 nov. 1959, déc. n° 59 L.

(63) Cons. const., 20 janv. 1984, déc. n° 83-168 DC.

(64) CE, ass., 21 juill. 1972, n° 72620, *Saingery*, au *Lebon* 554.

(65) CE, 13 févr. 1985, n° 40756, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, au *Lebon* 57.

(66) Cons. const., 20 janv. 1984, déc. n° 83-168 DC.

(67) V. B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales doit-il rester précaire ?*, dans Y. Gaudemet et O. Gohin (dir.), *La République décentralisée*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 57, et *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd. 2012, n° 558.

(68) V. J.-M. et J.-B. Auby, D. Jean-Pierre et A. Taillefait, *Droit de la fonction publique. État, collectivités locales. Hôpitaux*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 6^e éd., 2009, p. 5.

(69) Cons. const., 30 juill. 1982, déc. n° 82-143 DC.

(70) Cons. const., 26 janv. 1967, déc. n° 67-31 DC à propos d'un cas d'incompétence négative portant sur les conditions d'affectation des magistrats judiciaires.