

LE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE UTILISE-T-IL LA LÉGISLATION PAR RÉFÉRENCE ?

Par

Jacques BOURDON
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

La question posée, le législateur a-t-il utilisé la technique de la législation par référence pour élaborer le droit de la fonction publique territoriale, appelle de prime abord une réponse simple. Dans une conception étroite de la législation par référence conçue comme un renvoi, une seule disposition du statut des fonctionnaires territoriaux renvoie au statut des fonctionnaires de l'Etat.

Il s'agit là cependant d'une vue simpliste et très incomplète de cette technique car la référence n'est pas seulement formelle mais aussi matérielle. En adoptant cette définition élargie, il apparaît que le législateur a utilisé abondamment la législation par référence.

La grille d'analyse élaborée par l'atelier de méthodologie juridique servira de guide pour la présentation qui suit.

Pour essayer de répondre plus précisément à la question posée, il semble logique de suivre la démarche du législateur :

- Que voulait-il ? Quel était son objectif en matière de fonction publique territoriale ?

- Quelle technique législative a-t-il employée pour atteindre cet objectif ?

1°) Le but poursuivi ou la raison d'être de la législation par référence

Le législateur avait trois objectifs :

a) Il devait répondre à une demande sociale : il s'agissait de passer d'un système de licenciement pour perte d'emploi (système de l'emploi) à un système de carrière où la suppression de l'emploi n'entraîne pas le licenciement.

b) Le deuxième objectif tendait à traduire une évolution politique en substituant à la conception du "fonctionnaire sujet" la conception du "fonctionnaire citoyen".

c) Le troisième et dernier objectif, et peut-être le principal, revenait à tirer les conséquences de la réforme de la décentralisation en dotant les collectivités territoriales d'agents professionnalisés.

Pour atteindre ces objectifs, le législateur disposait de plusieurs choix. Il pouvait construire un système unique (Etat et collectivités territoriales), un système propre aux collectivités territoriales, s'inscrire dans une perspective contractuelle ou réglementaire, adopter un régime de droit privé ou maintenir un régime de droit public. Le choix s'est porté sur le système de carrière appliqué uniformément aux agents de l'Etat et des collectivités territoriales dans le cadre d'une fonction publique unique. Cette option commandait la technique législative à utiliser.

2°) L'emploi de la législation par référence

A partir du choix d'une fonction publique unique, deux hypothèses s'offraient au législateur : soit un seul texte pour tous les agents, soit un ensemble de textes, certains communs, d'autres différenciés selon les catégories d'agents.

La première hypothèse aurait pris la forme d'un code de la fonction publique et excluait l'emploi de la référence. Cette méthode a été rejetée pour des raisons de constitutionnalité et de délai.

La méthode employée est donc l'élaboration d'un ensemble législatif, le statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales, formé de quatre textes, le premier commun à l'ensemble des agents, les trois autres propres à chaque catégorie d'agents (Etat, collectivités territoriales, établissements hospitaliers). L'objet est alors de construire une fonction publique unique à deux versants paritaires et spécifiques.

Le législateur était alors tenu d'utiliser la technique de la référence et ce de trois façons :

- En premier lieu, il utilise la référence par renvoi à un texte déterminé. L'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 renvoie au régime de recrutement des agents contractuels de l'Etat pour pourvoir des emplois permanents. C'est le seul renvoi explicite dans l'ensemble des dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux.

- En deuxième lieu, l'ensemble des dispositions statutaires propres aux fonctionnaires territoriaux n'est que la reproduction du régime applicable aux fonctionnaires de l'Etat. On peut estimer ici que le statut des fonctionnaires de l'Etat joue le rôle de modèle normatif, ou peut-être même de canon, étant entendu que le législateur reproduit dans le détail l'organisation, les procédures, les règles de la fonction publique d'Etat.

- En troisième lieu, l'application du modèle devait tenir compte des spécificités propres aux collectivités territoriales (principe constitutionnel de libre administration, multiplicité des employeurs). En conséquence, sur de nombreux points, le législateur déroge au modèle qu'il applique. Il faut relever cependant que le législateur n'exprime jamais expressément lorsqu'il déroge au modèle. Il faut comparer les textes mot à mot pour prendre conscience des dérogations.

GRILLE D'ANALYSE

LÉGISLATION PAR RÉFÉRENCE

I - ORIGINE

Codes
Autres textes législatifs
Textes réglementaires

II - OBJET

Référence

- Référence à un modèle
- Référence à un ensemble de textes
- Renvoi à un texte déterminé
- Renvoi à un concept
- Renvoi à une catégorie
- Renvoi à un autre instrument juridique
- Autres

Dérogation

- Dérogation à un modèle
- Dérogation à un ensemble de textes
- Dérogation à un texte déterminé
- Dérogation à un concept (exception...)
- Dérogation à une catégorie (exception...)
- Dérogation à un autre instrument juridique
- Autres

Référence - Dérogations conjointes

Répétition de textes existants ayant un autre objet

Répétition de textes existants ayant un objet identique ou analogue

Matière concernée

Objets précis

Référence partielle

Référence globale

* Dérogation partielle

Dérogation totale

III - RAISON D'ÊTRE

- Simplification législative
- Identité de régime
- Différence de régime
- Identité d'objet
- Opposition d'objet
- Terminologie
- Interprétation ou application de textes
- Classification
- Ordre juridique général
- Autres

IV - CONTENU

- Énumération
- Conditions
- Critère qualitatif
- Critère quantitatif
- Effets
- Critère de temps
- Critère de lieu
- Critère de personne
- Critère objectif
- Critère suspensif
- Éléments constitutifs
- Expression d'une limite
- Autres

V - FORMULATION

- Directe
- Indirecte
- Par renvoi
- Par rattachement
- Par opposition
- Par dérogation
- Par utilisation d'exemple
- Dans un texte spécifique (article de loi...)
- Dans un ensemble de textes groupés
- En exergue
- Dans le corps d'un texte
- Par un intitulé de texte (titre de loi, chapitre d'une loi ou d'un texte réglementaire...)

VI - QUALITÉ

- Claire
- Ambiguë