

N° 242318
M. et Mme L...

Section du contentieux

Séance du 2 juillet 2004
Lecture du 15 juillet 2004

CONCLUSIONS

M. FRANCIS DONNAT, COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

M. et Mme L..., professeurs des écoles, ont été affectés simultanément dans l'académie de la Réunion à compter du 1^{er} septembre 1994. M. L... a alors perçu les trois fractions de l'indemnité d'éloignement dans les départements d'outre-mer qui était prévue par les dispositions, alors en vigueur, de l'article 2 du décret du 22 décembre 1953. En 1998, Mme L..., désireuse de bénéficier également de cette indemnité, a saisi le recteur de l'académie de la Réunion d'une demande en ce sens, laquelle est restée sans réponse. Les époux L... ont alors cherché à obtenir l'annulation de ce refus implicite. Par un jugement du 22 juin 2000, le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion a rejeté leur demande. Ce jugement a été confirmé par un arrêt du 25 octobre 2001 de la cour administrative d'appel de Paris, à l'encontre duquel M. et Mme L... se pourvoient régulièrement en cassation. Trois moyens sont soulevés.

I. Les deux premiers pourront être aisément écartés : d'une part, l'arrêt est suffisamment motivé ; d'autre part, le moyen tiré de ce qu'il serait entaché d'une erreur de droit en ce qu'il refuse d'admettre la non compatibilité du décret de 1953 avec les stipulations des articles 8, 12 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme est nouveau en cassation et dépourvu de caractère d'ordre public (V. par exemple Ass., 6 décembre 2002,

M. M..., n° 239540, à publier au recueil ; RFDA 2003 p. 694, concl. P. Fombeur ; AJDA 2002, p. 492, chron. Donnat et Casas) et par suite irrecevable.

II. Le troisième moyen est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en écartant l'exception d'illégalité soulevée à l'encontre des dispositions de l'article 8 du décret du 22 décembre 1953 sur lesquelles le recteur s'est fondé pour refuser d'accorder à Mme L... ce qu'elle demandait. Ces dispositions prévoyaient que, « Dans le cas où un ménage de fonctionnaires de l'Etat est affecté dans un même département d'outre-mer, les deux *conjoints* ne peuvent cumuler l'indemnité d'éloignement ». Les époux L... soutenaient devant la cour que ces dispositions méconnaissent le principe d'égalité en traitant de façon plus rigoureuse le fonctionnaire marié que celui qui vit en concubinage.

Vous admettez de longue date l'exception d'illégalité à l'encontre d'un règlement illégal dès son origine (29 mai 1908, *P...*, p. 580) et avez admis, dans la lignée de votre jurisprudence *D...* (Sect. 10 janvier 1930, p. 30 ; D. 1930.3 p.16 note P.L.J.) qu'un règlement devenu illégal par suite d'un changement de circonstances peut faire l'objet d'une exception d'illégalité (Ass., 22 janvier 1982, *B... et W...* (p. 27 et 33 ; RDP 1982 p. 822 concl. Bacquet, p. 816, note Drago ; ADJA 1983 p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre ; D. 1983.IR.235 note P.D. ; JCP 1983.II.19968 note Barthélémy ; RA 1982 p. 390 note Pacteau).

En l'espèce, la question posée à la cour administrative d'appel de Paris par les époux L... le lui avait déjà été. Par un arrêt du 21 janvier 1993, *Mme R...*, (T. p. 905), la cour de Paris a jugé que l'indemnité d'éloignement, eu égard à sa nature d'indemnité unique destinée à couvrir les sujétions résultant de l'éloignement de la métropole, ne constitue pas un élément de la rémunération principale personnelle du fonctionnaire, et qu'elle peut légalement varier lorsque varient les conditions d'exercice des fonctions. La cour en a déduit en 1993, et a repris cette solution dans l'arrêt attaqué, que l'interdiction de cumul de l'indemnité d'éloignement ne méconnaît pas le principe d'égalité dès lors « que les agents mariés et mutés tous deux outre-mer ne sont pas placés dans la même situation de droit et de fait que les agents mutés vivant en concubinage ».

Nous nous refusons, pour notre part, à suivre ce raisonnement. Vous jugez avec constance que le principe d'égalité est méconnu au cas où une différence de traitement ne trouve de justification ni dans une différence de situation qui soit en rapport avec l'objet poursuivi par la réglementation en cause, ni dans des considérations d'intérêt général, elles aussi en rapport avec l'objet de la réglementation en cause.

En l'espèce, le litige présente certes cette singularité qu'il met en cause un texte prévoyant non pas un avantage qui serait illégalement refusé à d'autres, mais un désavantage qui serait à tort réservé à certains. Cette particularité ne doit toutefois pas, à nos yeux, être surestimée. De même qu'est opérant le moyen tiré, à l'appui d'un recours contre une décision individuelle refusant un avantage en application d'une réglementation, de ce que cet avantage serait accordé, en vertu de cette réglementation, à d'autres personnes en méconnaissance du principe d'égalité (Sect., 4 février 2000, *MO...*, p. 28 ; AJDA 2000 p. 554, concl. Goulard), est opérant le moyen tiré, à l'appui d'un recours contre une décision individuelle appliquant une règle désavantageuse, de ce que ce désavantage ne serait pas imposé à d'autres personnes en méconnaissance du même principe. La circonstance que le requérant qui se plaint de la méconnaissance du principe d'égalité vous dit être malheureux non pas parce qu'on ne lui applique pas un texte appliqué à d'autres, mais parce qu'on le lui applique alors que d'autres échappent à cette application n'est donc pas déterminante : il s'agit encore et toujours pour vous d'examiner l'argumentation de celui qui estime être injustement défavorisé par rapport à d'autres.

Pour en revenir au moyen, nous écartons d'emblée l'idée de justifier ici, par des considérations d'intérêt général que nous avons peine à concevoir, une différence de traitement entre les couples de fonctionnaires qui, affectés dans un département d'outre-mer, y vivent unis par les liens du mariage et ceux qui y vivent en concubinage.

Une telle différence de traitement ne nous semble pas plus pouvoir être justifiée par la différence de situation entre ces deux catégories de couples de fonctionnaires. Il y a bien entendu une différence de situation de droit et de fait entre les agents mariés et ceux vivant en concubinage. Celui-ci n'impose ni obligation de communauté de vie, ni devoir de fidélité ou

d'assistance, et les concubins ne sont en outre pas tenus de contribuer aux charges du ménage (Cass. 1^{ère} civ. 9 janvier 1979, Bull. civ. I, n° 11 ; D. 1979, IR 256, obs. D. Martin ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1991, Bull. civ. I, n° 92, D. 1991 IR 100).

Mais cela ne suffit pas. La justification de la différence de traitement par une différence de situation suppose deux éléments : tout d'abord, que le critère de différenciation retenu par l'administration soit pertinent ; ensuite, ainsi que vous l'avez souligné par votre décision d'Assemblée V... (28 juin 2002, p. 229 ; RFDA 2002 p. 723, concl. S. Boissard ; AJDA 2002 p. 585, chron. F. Donnat et D. Casas), que l'ampleur de la différence de traitement ne soit pas « manifestement disproportionnée ».

Nous nous arrêtons pour notre part ici au premier temps de votre raisonnement. L'objet de la mesure litigieuse est d'éviter que des couples de fonctionnaires affectés outre-mer ne bénéficient d'une forme d'enrichissement indu du fait de ce qui serait, s'ils pouvaient cumuler deux indemnités d'éloignement, une surcompensation des coûts liés à l'installation outre-mer, lesquels sont, c'est du moins la logique sous tendant les dispositions de l'article 8 du décret de 1953, identiques pour un fonctionnaire et pour un couple de fonctionnaires. Eu égard à l'objet de la mesure, il nous semble que la *nature des liens* qui unissent deux fonctionnaires affectés outre-mer ne constitue pas un critère pertinent de différenciation. Ce critère n'est nullement en rapport avec l'objet de la réglementation, mais résulte en réalité de l'évolution des mœurs qui, depuis 1953, a conduit à l'essor des relations stables hors mariage.

Il nous semble que c'est donc à juste titre que les requérants soutiennent que l'article 8 du décret du 22 décembre 1953 crée une discrimination illégale entre les fonctionnaires mariés et ceux vivant en concubinage.

III. La difficulté, qui a justifié le renvoi de cette affaire devant votre formation de jugement, consiste alors à déterminer les conséquences à tirer de cette méconnaissance du principe d'égalité.

Deux voies nous semblent s'ouvrir à vous : la première vous conduit à accueillir le moyen d'erreur de droit, casser l'arrêt de la cour, admettre comme fondée l'exception d'illégalité soulevée à l'encontre de l'article 8 du décret de 1953 et en déduire l'illégalité de la décision attaquée ; la seconde, à procéder à une substitution de motifs et à considérer que le changement de circonstances de fait tenant à l'évolution des mœurs et de la société impose d'appliquer la même règle aux fonctionnaires mariés et à ceux vivant en concubinage et, partant, à constater que le cumul de l'indemnité d'éloignement n'est possible, en application de l'article 8 du décret tel que vous l'aurez réinterprété, ni pour les un ni pour les autres.

La première voie vous conduit ainsi à censurer l'atteinte illégale au principe d'égalité, la seconde à faire disparaître, par votre interprétation du texte, toute atteinte à ce principe. S'agissant des effets de votre décision, la première voie implique que vous aurez fait disparaître l'interdiction de cumul pour tous, supprimant en quelque sorte par le vide la pénalisation des couples mariés – ou, plus précisément, constatant par la voie de l'exception l'inapplicabilité en l'espèce des dispositions la prévoyant, ce qui revient dans la pratique à rétablir l'égalité de traitement par l'élargissement, aux couples mariés, de l'avantage dont jouissaient jusqu'alors seuls les couples en concubinage ; par la seconde, à l'inverse, vous aurez rétabli l'égalité de traitement en étendant à tous l'interdiction de cumul, élargissant le champ d'application de la règle à ceux qui, avant votre décision, en étaient favorablement exclus.

Disons-le sans tarder : les deux voies qui s'ouvrent ici à vous – celle de l'annulation ou celle de l'interprétation – nous paraissent toutes deux praticables en l'espèce, mais répondent à des exigences et des principes opposés. D'un côté, vous vous refusez à empiéter sur les attributions de l'administration, à faire œuvre réglementaire et, plus largement, ne vous reconnaissez, en excès de pouvoir, que le droit d'annulation et non celui de réformation. De l'autre, vous êtes pragmatiquement attachés à éviter les annulations contentieuses inutiles lorsque saute à vos yeux l'obsolescence d'une réglementation. Et, lorsqu'un texte demande à être interprété, vous vous efforcez de lui donner un sens qui en implique la légalité ou le rend compatible avec les normes supérieures, fussent-elles de valeur constitutionnelle (v. Ass., 3 juillet 1996, K..., p. 255 ; RFDA 1996, p. 870, concl. J.-M. Delarue ; RFDA 1996, p. 882,

notes Favoreu, Gaïa, Labayle, P. Delvolvé ; AJDA 1996, p. 722, chron. Chauvaux et Girardot).

Si l'attention que vous prenez à ne pas vous substituer au pouvoir réglementaire se comprend aisément, votre pouvoir d'interprétation est tout aussi normal et essentiel ou, pour dire les choses autrement et selon une expression désormais consacrée, il n'est *ni monstre, ni appendice* (D. Labetoulle, « Ni monstre, ni appendice, le « renvoi » de l'article 12 », RFDA 1988 p. 213) : ni monstre, car l'article 4 du code civil vous interdit de vous réfugier derrière l'obscurité ou l'insuffisance des textes invoqués devant vous, et vous conduit à établir, par l'interprétation, une forme de collaboration avec les auteurs du texte ; ni appendice, car l'importance du droit prétorien que vous avez forgé par vos méthodes d'interprétation suffit à montrer que vous n'avez pas entendu faire de ce pouvoir une simple partie ajoutée à vos fonctions (v. par exemple l'interprétation que vous avez progressivement faite des dispositions de la loi du 28 pluviôse an VIII relative à la compétence de la juridiction administrative en matière de dommages de travaux publics).

Plus encore, cette plasticité que vous conférez au texte, en vous refusant à en cristalliser le sens, est bien utile. Ainsi que le note le président Odent dans son cours (p. 468), votre interprétation vient parfois pallier « la difficulté qu'un gouvernement peut éprouver à modifier une réglementation devenue inadaptée (...) ». Formellement, cette interprétation n'est bien entendu pas une réécriture du texte qui est censé vouloir dire par lui-même ce que vous lui faites dire. Mais il n'échappe à personne que votre interprétation revient à fixer une nouvelle règle de droit qui s'impose à l'administration. L'interprétation que vous faites du texte s'ajoute ou, plus exactement, s'incorpore à lui de telle sorte qu'elle disparaîtra, le cas échéant, avec lui et qu'elle ne peut, en revanche, être atteinte par une norme de rang inférieur au texte qu'elle est censée interpréter (Marcel Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, Mélanges Scelle, LGDJ 1950 p. 613).

La balance à laquelle vous vous livrez entre ces principes contradictoires – refus de faire œuvre réglementaire, souci de donner à un texte son sens actuel – vous a conduit, pour reprendre l'image du doyen Vedel, à délaissier dans bon nombre de cas un instant la gomme

au profit du crayon (v. B. Genevois, *Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Georges Vedel*, RFDA 2004 p. 218) et à privilégier la voie de l'interprétation sur celle de l'annulation.

C'est ainsi que par votre décision d'Assemblée du 20 octobre 1950, *Dame veuve O...* (p. 508 ; S. 1951.3 p. 21, concl. Barbet), vous avez interprété un décret de 1935 qui faisait bénéficier d'un recul de l'âge limite d'admission dans l'administration les seuls candidats « pères de famille », en jugeant qu'était un père de famille, au sens de ce décret, une mère veuve. De même, vous avez interprété un décret de 1946 qui attribuait des avantages de logement aux « chefs ou soutiens de famille » en jugeant qu'une femme mariée qui contribue aux dépenses du ménage peut être regardée comme un « soutien de famille » au sens du décret (Sect., 11 juin 1982, *Mme C... et autres*, p. 228 ; Droit social 1983, p. 148, concl. Genevois).

Un autre effort d'interprétation est celui que vous avez accepté de faire s'agissant des dispositions de l'article 4 du décret du 22 décembre 1953 qui ouvraient droit à une majoration de l'indemnité d'éloignement outre-mer du fait des « épouses » accompagnant le chef de famille dans son nouveau poste. Par votre décision de Section du 6 novembre 1992, *Mme P...* (p. 398), vous avez jugé, conformément aux conclusions de Serges Lasvignes, que ce texte ouvrait droit à la majoration qu'il instituait aussi bien au fonctionnaire de sexe féminin du fait de son conjoint qu'au fonctionnaire de sexe masculin du fait de son épouse. Dans cette lignée, mais s'agissant cette fois d'un texte législatif, vous avez jugé que l'article L. 57 du code des pensions civiles et militaires de retraite, qui permettait la liquidation provisoire de la pension au bénéfice de « l'épouse » d'un fonctionnaire disparu, devait être regardé comme s'appliquant à tous les ayants cause du bénéficiaire du code des pensions quel que soit leur sexe (17 mai 1999, *L...*, p. 154).

Enfin, de façon plus proche de la question posée par la présente affaire, vous avez, à propos des déductions de frais de trajet entre le domicile et le lieu de travail, refusé de faire une distinction selon que le domicile est celui d'un contribuable marié ou celui d'un contribuable qui vit, avez-vous dit, en concubinage de matière stable et continue (Ass., avis, 10 décembre 1993, *Mme X...*, p. 349, avec les concl. Martin). De même, vous avez interprété

les dispositions du statut de la caisse nationale des barreaux français, qui prévoyaient que l'exonération de cotisation au régime d'assurance vieillesse des avocats peut être accordée en cas d'insuffisance des ressources communes de l'avocat « et de son conjoint », comme imposant de prendre également en compte les ressources du conjoint de l'avocat ou de la personne avec laquelle il vit « en concubinage de manière stable et continue » (1/4 SSR, 15 mars 1999, *Mme Z...*, T. p. 1032, aux conclusions du président Bonichot).

Ces quelques exemples, et notamment le dernier, montrent à l'envie que vous n'hésitez pas à procéder à une actualisation du texte par voie prétorienne lorsque vous estimez nécessaire de lui conserver un sens, notamment au regard de la réalité sociale et juridique.

Mais ces efforts d'interprétation ne sont toutefois pas sans limite. Vous vous êtes ainsi refusés à interpréter un texte devenu illégal lorsque l'administration est saisie d'une demande tendant à son abrogation et que vous êtes vous-mêmes saisis du refus de faire droit à cette demande (28 juillet 1993, *Mme Y...*, p. 244, à propos d'une demande d'abrogation des articles 33 et 51 du décret du 3 juillet 1897, qui réservent aux fonctionnaires de sexe masculin affectés dans un territoire d'outre-mer les avantages prévus par ce décret pour les chefs de famille).

Vous ne procédez pas non plus à un effort d'interprétation lorsque le texte est clair. Confrontés, comme en l'espèce, à des situations où était en cause un désavantage qui frappait à tort une seule catégorie de personnes, vous avez constaté que le texte était illégal et que la décision prise sur son fondement devait être annulée par voie de conséquence (5 juin 2002, *M. CK...*, p. 198, à propos d'une disposition du code des pensions civiles et militaires de retraite prévoyant que la jouissance de la pension à laquelle a droit le conjoint survivant d'une femme fonctionnaire est dans certains cas suspendue). De la même façon, vous avez, dans des cas où était en cause la légalité d'une décision individuelle refusant à un homme un avantage en application d'une réglementation qui réservait cet avantage aux femmes, censuré, certes après une décision de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 29 novembre 2001, aff. C.366/99), la méconnaissance du principe d'égalité, au lieu de procéder à une interprétation du texte comme étant en réalité également applicable aux hommes (29 juillet 2002, *G...*, p. 284 ; AJDA 2002 p. 823, concl. F. Lamy). Enfin, vous avez également refusé,

par votre décision d'Assemblée *V...* précitée, d'interpréter des dispositions prévoyant certains avantages pour le *conjoint* du fonctionnaire en poste à l'étranger comme visant également la personne unie à lui par un pacte civil de solidarité, rappelant plutôt au pouvoir réglementaire qu'il lui appartenait, dans un délai raisonnable, d'adapter les textes en vigueur afin d'éviter de créer une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences qui séparent ces deux formes d'organisation de la vie commune.

A la lumière de ces précédents, il est sans doute possible d'hésiter en l'espèce. Il nous semble néanmoins plus conforme à votre jurisprudence et à l'idée que vous vous faites de votre rôle de privilégier ici la voie de l'interprétation sur celle de l'annulation.

Non pas qu'il est impossible de constater, par votre décision, l'illégalité des dispositions de l'article 8 du décret du 22 décembre 1953. Nous reconnaissons bien volontiers que cette solution pourrait se prévaloir de plusieurs arguments, et nous en dénombrons, à titre principal, trois.

En premier lieu, vous ne procédez pas, ainsi que nous vous l'avons dit, à un effort d'interprétation lorsque le texte est clair. L'interprétation n'étant autre chose que l'éclaircissement d'un texte obscur, elle n'a pas de raison d'être si elle porte sur un texte dans lequel aucune ambiguïté n'est de nature à entraver son application. C'est le cas en l'espèce : l'article 8 du décret du 22 décembre 1953 n'est entaché d'aucune obscurité ou malfaçon qui vous empêcherait d'en saisir de suite la portée exacte. La notion de « conjoints » est parfaitement claire, ainsi que vous l'avez reconnu dans l'affaire *V...*, où elle était également utilisée dans les textes qui étaient alors en cause. Vous ne vous trouvez pas, à cet égard, tout à fait dans la situation qui était la vôtre dans bon nombre des exemples que nous avons pris dans lesquels vous avez accepté de faire un effort d'interprétation. Il s'agissait alors pour vous de continuer à donner un sens à un texte devenu difficilement applicable du fait de la disparition d'une notion à laquelle il était fait référence, à savoir, pour les exemples cités, celle de « chef de famille » qui, depuis l'intervention de la loi du 4 juin 1970, a disparu du code civil.

Vous pourriez également penser que vous n'êtes pas non plus, en deuxième lieu, exactement dans la situation dans laquelle la solution sur laquelle vous pourriez déboucher est dictée soit par des normes de niveau supérieur (v. par exemple votre décision d'Assemblée du 29 juin 2001, *VA...*, p. 303, avec les concl. F. Lamy ; AJDA 2001 p. 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin) soit par les circonstances de l'espèce (v. Sect., 11 juin 1999, *S...*, p. 174, décision par laquelle vous avez jugé que l'alignement des scolarités à l'école navale et à l'école de l'air rendait injustifiée une discrimination entre anciens élèves d'écoles devenues similaires).

Enfin, il est vrai que les solutions d'interprétation neutralisante ne sont, dans certains cas, réellement satisfaisantes que pour le juge. Celui-ci accomplit certes aussi sa mission en vidant, selon l'expression consacrée, le texte de son venin. Force est toutefois de constater que, dans la pratique, vos interprétations ont parfois moins d'effets concrets que vos décisions d'annulation : les interprétations de texte, même venant du Conseil d'Etat, ne sont pas toujours portées à la connaissance des services, et le sont sans doute encore moins aux administrés à qui la règle est opposée. En termes de clarté de la règle de droit et d'accessibilité à elle (v. Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC, Rec. p. 136 ; AJDA 2000, p. 31, commentaires J.-E. Schoettl) il pourrait paraître en l'espèce plus efficace de constater que les dispositions de l'article 8 du décret de 1953 portent une atteinte illégale au principe d'égalité.

Notre sentiment, ainsi que nous vous l'avons dit, est toutefois que les arguments en faveur de la voie de l'interprétation l'emportent ici, d'une part, parce que l'effort d'interprétation que nous vous proposons n'est pas démesuré et, de l'autre, parce qu'il nous semble conforme à vos méthodes les plus éprouvées d'interprétation des textes.

En premier lieu, et eu égard à la façon dont l'article 8 du décret de 1953 est rédigé, cet effort d'interprétation ne vous imposera pas d'aller trop loin dans un exercice de réécriture du décret ou d'en malmener trop la lettre. Il y est dit : « Dans le cas où un *ménage* de fonctionnaires de l'Etat est affecté dans un même département d'outre-mer, les deux *conjoins* ne peuvent cumuler l'indemnité d'éloignement », ce qui semble associer une notion un peu

plus économique que juridique, celle de « ménage », avec le terme de « conjoints ». Dans ces conditions, l'effort de plume consistant, en quelque sorte, à dire « conjoints de droit ou de fait » là où le décret dit encore « conjoints » ne nous semble pas manifestement hors de votre portée. Cet effort l'est d'autant moins que vous pourrez reprendre sans peine la formule de vos décisions *Mme X...* et *Z...*, qui s'inspirent toutes deux de la rédaction du code civil qui exige des concubins une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité.

Cet effort, en second lieu, est conforme à vos méthodes d'interprétation des textes. Lorsque le texte est obscur, vous vous attachez à en dégager le sens en tenant compte de sa genèse, de son économie générale et, reconnaissons-le, d'une conception qui est la vôtre de ce qu'est la bonne administration. Lorsque le texte est clair, vous vous efforcez de lui conférer toute sa portée. Cette méthode de lecture des textes doit être combinée, en outre, avec celle qui vous pousse à partir de l'idée que l'auteur du texte doit être présumé avoir entendu respecter les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes.

Au regard de ces méthodes d'interprétation, l'expression selon laquelle vous vous refusez à faire œuvre réglementaire ne doit pas être mal comprise : ainsi que l'illustrent abondamment les exemples que nous avons cités, elle ne signifie pas que vous vous estimez en toute hypothèse incapables de réécrire pour partie le texte invoqué devant vous, mais veut plus fondamentalement dire que vous vous efforcez de ne pas l'interpréter contrairement à sa lettre et aux intentions de son auteur.

Il nous semble important, à cet égard, de distinguer avec netteté ce qui est ici en cause. L'atteinte au principe d'égalité ne trouve pas sa source dans la règle de non cumul en elle-même, mais bien dans son champ d'application. Pour rétablir l'égalité, vous pouvez et il vous suffit en l'espèce de modifier ce champ d'application. Ce faisant, vous ne ferez qu'ajouter une illustration supplémentaire à la série des précédents que nous avons cités par lesquels vous avez modifié le champ d'application d'une règle, sans toucher à celle-ci, mais en lui donnant toute sa portée dès lors que cela suffisait à rétablir l'égalité : par exemple, lorsque vous interprétez les mots « père de famille » comme signifiant aussi : mère veuve, sans toucher à la règle reculant l'âge limite d'admission dans l'administration (*Dame veuve O...*) ; lorsque vous

interprétez le mot « épouse » comme voulant dire : conjoint, sans toucher à la règle majorant le traitement indiciaire (*Mme P...*) ; lorsque vous interprétez les mots : « épouse d'un fonctionnaire disparu » comme visant le veuf ou la veuve d'un fonctionnaire, sans davantage toucher à la règle qui permettait la liquidation provisoire de la pension (*L...*).

De tous ces précédents, certains points communs nous semblent pouvoir être dégagés. Il nous apparaît, en premier lieu, que vous prenez la règle telle qu'elle est lorsque, d'une part, elle ne porte pas, par elle-même, atteinte au principe d'égalité et, d'autre part, lorsque les intentions de son auteur sont aisément saisissables. Vous reconnaissez, en second lieu, qu'entre dans votre office la faculté – et il ne s'agit pour nous que d'une faculté – de procéder à l'interprétation du texte lorsque la modification de son champ d'application, conformément à son sens général, suffit à rétablir l'égalité et que cette modification du champ d'application ne rend pas le texte inapplicable, illégal, ou n'en dénature pas la portée.

Ces conditions sont en l'espèce réunies. Vous ne touchez pas à la règle de non cumul dès lors que vous pouvez rétablir l'égalité en modifiant son champ d'application dans un sens conforme aux intentions non démenties des auteurs du texte. Vous en ferez une interprétation qui n'en ignorera ni l'esprit ni la lettre, tout en donnant un sens correspondant à la réalité sociale et juridique à une rédaction qui, datant de 1953, ne reflétait plus correctement l'objet de la mesure.

Ce faisant, vous ne privez nullement l'administration de toute marge de manœuvre. La solution d'interprétation, pas plus d'ailleurs que celle d'annulation, n'interdit formellement à l'administration, si elle le souhaite, de rétablir l'égalité entre fonctionnaires affectés outre-mer dans le sens qui lui semblera le plus opportun, soit en supprimant tout simplement la règle de non cumul, soit en la maintenant, mais à la condition alors d'élargir son champ d'application.

Il est, d'ailleurs, possible de relever que c'est cette dernière solution qui a été retenue par l'administration postérieurement aux circonstances de l'espèce. Le décret n° 2001-1226 du 20 décembre 2001, qui instaure une indemnité de sujétion et d'installation pour certaines affectations outre-mer, et abroge le titre premier du décret de 1953, dont son article 8 qui nous

occupe aujourd'hui, dispose que cette indemnité ne peut être cumulée par « *un couple de fonctionnaires de l'Etat (...) mariés, concubins ou partenaires d'un pacte civil de solidarité* ».

L'existence de ce décret de 2001 ne peut en soi être prise en compte pour la solution du présent litige. Nous remarquerons seulement que l'abrogation des dispositions de l'article 8 du décret de 1953 laisse à nos yeux peu de place aux arguments d'opportunité qui auraient raisonnablement pu vous inciter à privilégier, en l'espèce, la solution d'annulation comme étant plus pédagogique à l'égard de l'administration que celle consistant à faire vous-mêmes une partie du travail de réécriture de ce décret un peu daté.

Nous vous proposons donc en l'espèce de considérer que le changement dans les circonstances de fait tenant à l'évolution des mœurs impose d'élargir le champ d'application de la règle de non cumul aux fonctionnaires mariés et aux couples de fonctionnaires vivant en concubinage de manière stable et continue.

Et si vous ne pouvez, eu égard à la date à laquelle s'est noué le litige qui a opposé les époux L... à l'Etat, antérieure à l'adoption de la loi du 15 novembre 1999 créant le pacte civil de solidarité, vous prononcer aujourd'hui sur la question de savoir si la règle de non cumul doit être interprétée comme s'appliquant également aux fonctionnaires liés par un tel pacte, il ne fait guère de doute dans notre esprit que la solution que vous pourrez dégager aujourd'hui s'applique également à l'hypothèse du pacte civil de solidarité.

Avant que de conclure, permettez-nous une ultime et brève remarque. Sauf imprévu, à l'anticipation duquel nul n'est évidemment tenu, nous pouvons raisonnablement penser être le dernier à conclure devant votre Section du contentieux dans sa composition actuelle. A celui qui la préside et la dirige depuis 1998, au nom des commissaires du gouvernement qui se sont exprimés cette après-midi, nous tenons à dire, sobrement mais non sans émotion, l'estime et l'admiration qui est la nôtre, et lui témoigner publiquement notre reconnaissance et notre respectueuse sympathie.

Par ces motifs nous concluons au rejet de la requête.

