CNFPT

3e CONCOURS D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2010

Note de synthèse à partir d'un dossier portant sur la spécialité:

Droit public

ÉPREUVE N° 10

Durée: 4 h
Coefficient: 4

SUJET:

La libre administration des collectivités territoriales.

DOCUMENTS JOINTS

Document n° 1	«La séparation des pouvoirs entre État et collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel» / par Moéa Vonsy. REPAP = Revue d'études politiques des assistants parlementaires [en ligne], janvier 2010, n° 5, partie I, article 2. http://www.repap.fr/docs/5/article2.pdf	**Page 3**
Document n° 2	«Réforme des collectivités territoriales: en finir avec quelques dogmes» / par Françoise Sempé. AJDA = L'actualité juridique: droit administratif, 23 février 2009, n° 65.06, page 281.	**Page 10**
Document n° 3	«Voie de fait et liberté fondamentale» / par Michel Verpeaux. AJDA = L'actualité juridique: droit administratif, 28 avril 2008, n° 64.16, pages 885-889.	**Page 11**

Document n° 4	Loi constitutionnelle n° 2003-276 (28 mars 2003), relative à l'organisation décentralisée de la République. JOFR = Journal officiel de la République française [en ligne], 29 mars 2003, n° 135.075, pages 5568-5570. Légifrance. http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20030329&numTexte=1&pageDebut=05568&pageFin=05570	**Page 16**
Document n° 5	«Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales» / par Jean-François Brisson. AJDA = L'actualité juridique: droit administratif, 24 mars 2003, n° 59.11, pages 529-539.	**Page 19**
Document n° 6	«La liberté d'administration locale» / par Jean Bénoit. RFDA = Revue française de droit administratif, novembre-décembre 2002, n° 18.6, pages 1065-1079.	**Page 30**
Document n° 7	Décision du Conseil constitutionnel n° 1979-104 DC (23 mai 1979) [en ligne]. Conseil constitutionnel, 2008. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/print/7722.htm	**Page 45**
Document n° 8	Arrêt du Conseil d'État, section, lecture du 18 janvier 2001, n° 229247 [en ligne]. Légifrance. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008040754&fastReqId=1951132265&fastPos=5	**Page 47**
Document n° 9	«La libre administration des collectivités locales: un principe à repenser?» / Jean-Bernard Auby. La gazette des communes, des départements, des régions, 1er novembre 1999, n° 1523, pages 48-53.	**Page 49**

NOTA :

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- **Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies** : pas de signature (signature à apposer uniquement dans le coin gommé de la copie à rabattre) ou nom, grade, même fictifs. Seuls la date du concours et le destinataire, (celui-ci est clairement identifié dans l'énoncé du sujet) sont à porter sur la copie.
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.

DOCUMENT n° 1

La séparation des pouvoirs entre État et collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

La réforme de l'organisation territoriale française est une vieille antienne[1].

En effet, l'histoire des collectivités territoriales « se confond (...) avec celle de la décentralisation, c'est-à-dire le lent mouvement de reconnaissance d'une autonomie juridique au profit d'entités locales[2] ». Les libertés locales commencent en effet avec les libertés municipales sous l'Ancien Régime[3] : les villes se voyaient alors reconnaître certains droits dérogatoires aux droits seigneuriaux, généralement en vertu d'une charte. Mais c'est à la Révolution que se met véritablement en place la structure administrative locale, en grande partie telle que nous la connaissons aujourd'hui puisque sont alors créés les communes et les départements[4]. Les progrès de l'autonomie locale furent lents et ce n'est que dans la Constitution de 1946 que sont reconnues constitutionnellement les collectivités territoriales, « innovation majeure qui faisait sortir les communes, les départements mais aussi les territoires d'outre-mer, de la simple catégorie d'entité administrative pour les consacrer comme sujets du droit constitutionnel[5] ». Cette consécration sera confirmée par la Constitution de 1958.

Par la suite, dès la fin des années 1960, un important mouvement de décentralisation sera enclenché. Celui-ci a connu des actes majeurs, en 1982 et en 2003[6]. Aujourd'hui, à nouveau, la réflexion est relancée sur la manière la plus efficace d'organiser nos institutions territoriales. Un récent rapport[7], commandé par le chef de l'État, est ainsi venu préparer une réforme qui doit être examinée prochainement par les assemblées[8]. Cette réforme vise notamment à clarifier les compétences des collectivités territoriales, dont le « mille-feuille administratif » est si souvent dénoncé. L'enchevêtrement[9] constaté des compétences, à la fois celles des collectivités territoriales entre elles, et entre elles et l'État, pousse à repenser jusqu'aux structures mêmes de l'administration territoriale avec la création de métropoles et le regroupement souhaité de départements et de régions.

Ce mouvement de décentralisation est nécessaire à la démocratie. D'une part, parce qu'il rapproche les instances de décision des citoyens en réduisant l'échelle. D'autre part, parce qu'il apporte aux citoyens des moyens de contrebalancer l'action des autorités étatiques en faisant entendre une voix différente dans le dialogue inter-institutionnel. La décentralisation est donc un outil au service d'une séparation des pouvoirs renouvelée, dite également séparation verticale des pouvoirs.

---

[1] P. BODINEAU et M. VERPEAUX, *Histoire de la décentralisation*, coll. Que sais-je ?, Paris : PUF, 2ème éd. 1997 ; J.-M. OHNET, *Histoire de la décentralisation française*, Paris : LGDJ, 1996.

[2] M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, Paris : PUF, 2ème éd. 2008, p. 1.

[3] J. CHAPUISAT, « Libertés locales et libertés publiques », *AJDA* 1982, p. 350.

[4] Lois du 14 décembre et du 22 décembre 1789 et des 26 février – 4 mars 1790.

[5] M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 15.

[6] L'acte I de la décentralisation désigne un ensemble de lois adoptées autour de l'année 1982, dont notamment la loi dite Defferre n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (J.O. 3 mars 1982, p. 730). L'acte II de la décentralisation désigne, quant à lui, la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 (J.O. 29 mars 2003) et ses suites.

[7] Rapport du Comité pour la réforme des collectivités locales, présidé par Edouard Balladur, remis le 5 mars 2009 au Président de la République.

[8] Le projet de loi de réforme des collectivités territoriales a été adopté en Conseil des ministres le 21 octobre 2009.

[9] Selon l'expression adoptée dans le rapport d'information pour la commission des Lois de l'Assemblée nationale, rédigé par les députés Jean-Luc Warsmann, Didier Quentin, et Jean-Jacques Urvoas.

Si celle-ci n'était pas initialement prévue par la Constitution de 1958, qui ne s'intéressait qu'aux relations pouvant se nouer entre les institutions parlementaire et gouvernementale, elle a progressivement acquis une valeur constitutionnelle, principalement grâce au travail du Conseil constitutionnel. En effet, celui-ci a su tirer de la formule vague de libre administration des collectivités territoriales des conséquences juridiques liant l'État. Il a ainsi défini les termes d'un équilibre à trouver entre indivisibilité de la République et libertés locales, dessinant les contours de la décentralisation à la française par une jurisprudence active et posant les jalons d'un véritable « droit constitutionnel local[10] ».

De quelle manière s'opère cette répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales ? La répartition des compétences peut revêtir deux aspects. D'une part, il existe des principes encadrant une répartition négative des compétences : c'est-à-dire que, plutôt que d'attribuer à l'une ou l'autre entité des compétences déterminées, la répartition vise à fixer les limites de la compétence de chacune. Ainsi, la libre administration des collectivités territoriales pose les limites de l'action législative comme celle des collectivités (I). D'autre part, certains principes, posés lors de la réforme de 2003, viennent définir, positivement cette fois, les compétences des collectivités territoriales, en leur attribuant compétence pour agir (II).

I La répartition négative des compétences entre État et collectivités territoriales : La libre administration des collectivités territoriales entre prudence et promesse.

L'article 34 C. dispose que « la loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales ». L'article 72, alinéa 3 C. énonce également que « ces collectivités s'administrent librement ». La libre administration des collectivités territoriales a donc une valeur constitutionnelle. Restait au Conseil constitutionnel à définir exactement ce que recouvrait matériellement ce principe, ce qu'il a fait dans une jurisprudence qui est demeurée néanmoins prudente (A). Par ailleurs, le principe de libre administration des collectivités territoriales pourrait connaître un regain d'intérêt avec la procédure nouvelle de la question de constitutionnalité, qui pourrait faire du Conseil constitutionnel un véritable arbitre de la séparation verticale des pouvoirs (B).

A/ Le développement modéré du principe de libre administration des collectivités territoriales

Le principe de libre administration des collectivités territoriales est apparu pour la première fois à l'article 87 de la Constitution du 27 octobre 1946, dans une formulation proche de celle de la Constitution de 1958. Mais, en 1958, a été ajoutée une restriction à la libre administration des collectivités territoriales qui s'exerce « dans les conditions prévues par la loi ». Combinée à l'article 34 C. qui prévoit la compétence du législateur en matière de libre administration, il était loisible de penser que le législateur avait une compétence discrétionnaire pour fixer les limites dans lesquelles les collectivités territoriales pouvaient « librement » s'administrer. Le Conseil constitutionnel a mis fin à cette interprétation par une décision du 23 mai 1979 relative à la Nouvelle-Calédonie[11]. En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel fait du principe de libre administration des collectivités territoriales une norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Ce principe vient donc limiter la compétence du législateur en lui imposant de respecter un certain nombre de conditions :

---

[10] Selon le titre de l'ouvrage d'A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, Paris : Economica, 1995.

[11] Décision du Conseil constitutionnel n° 79-104 DC, 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, Rec. 27.

notamment, les conseils élus doivent être dotés d' « attributions effectives »[12] et de moyens financiers propres à leur garantir une réelle autonomie de décision[13]. Le juge constitutionnel a ainsi censuré une loi qui contraignait excessivement le pouvoir de décision des collectivités territoriales dans la gestion de leur personnel[14], en matière contractuelle[15], ou de contrôle préfectoral[16]. Ainsi, le législateur ne peut imposer aux collectivités territoriales des sujétions trop importantes sous peine d'entraver excessivement leur libre administration. De plus, le Conseil constitutionnel a considéré que « si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, c'est à la condition notamment que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général[17] ».

Cependant, le principe de libre administration des collectivités territoriales n'a donné lieu qu'à de peu fréquentes censures de lois. Bien plus nombreux sont les cas où le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur compétence pour définir les contours de la libre administration des collectivités territoriales. Cela est vrai notamment en matière fiscale, où est souvent invoquée une restriction excessive des ressources fiscales des collectivités territoriales entravant leur libre administration[18]. Dans ces affaires, le Conseil constitutionnel a souvent refusé de voir dans les dispositions législatives, soit du fait de leur nature, soit en raison de la compensation prévue par le législateur, une atteinte à la libre administration des collectivités territoriales. Ainsi, le principe de libre administration n'est pas « un moyen opératoire pour orienter l'action du législateur dans un sens favorable aux collectivités territoriales[19] ».

Par ailleurs, le principe de libre administration des collectivités territoriales ne limite pas seulement la compétence de la loi, il limite également la marge de manœuvre acceptable des collectivités territoriales dans un État unitaire comme la France. En effet, libre administration n'est pas libre gouvernement et les collectivités territoriales ne sauraient avoir des pouvoirs en contradiction avec le principe d'indivisibilité de la République. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il reconnu que le principe de libre administration « ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire[20] ». De même, le principe d'égalité peut constituer une limite à la libre administration des collectivités territoriales, mais ceci est à relativiser en considération de la possibilité ouverte aux collectivités territoriales par la réforme de 2003 d'expérimentation juridique dans leur ressort.

---

[12] Décision du Conseil constitutionnel n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.* 63, consid. 10.

[13] Décision du Conseil constitutionnel n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *Rec.* 82.

[14] Décision du Conseil constitutionnel n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, *Rec.* 38.

[15] Décision du Conseil constitutionnel n° 93-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Rec.* 14.

[16] *Ibid.* : la suspension, pendant un délai pouvant aller jusqu'à trois mois, d'actes importants des collectivités territoriales contestés par le préfet, porte atteinte à la libre administration des collectivités territoriales.

[17] Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *Rec.* 120.

[18] Parmi une jurisprudence abondante : décision n° 91-298 DC précitée ; décision du Conseil constitutionnel n° 98-402 DC du 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *Rec.* 269 ; décision du Conseil constitutionnel n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, *Rec.* 326.

[19] H. ALCARAZ, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, n° 3, 2009, p. 501.

[20] Décision du Conseil constitutionnel n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, *Rec.* 36.

C'est donc au cas par cas, décision après décision, que se dessinent les contours de la libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Or, une nouvelle perspective d'enrichissement plus rapide de la jurisprudence se fait jour avec l'introduction dans notre Constitution du mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité.

B/ Un développement accéléré du principe de libre administration des collectivités territoriales ?

La libre administration des collectivités territoriales pourrait-elle fonder une question préjudicielle de constitutionnalité ?

Ce mécanisme a été introduit dans la Constitution de 1958 par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République. Le nouvel article 61-1 C. prévoit ainsi que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». La question se pose donc de savoir si la libre administration des collectivités territoriales peut constituer un droit ou une liberté garanti(e) par la Constitution.

Plusieurs éléments permettent d'envisager une réponse positive à cette question[21].

Tout d'abord, une personne morale de droit public peut être titulaire de droits et libertés. D'une part, la personnalité morale n'est pas un obstacle à l'application des principes constitutionnels. Le Conseil constitutionnel l'a expressément reconnu dans sa décision relative aux nationalisations, où il déclare que « le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaudrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci[22] ». D'autre part, la nature publique de la personne morale ne fait pas non plus obstacle à sa reconnaissance comme titulaire de droits constitutionnels[23].

Ensuite, un élément important de la qualification possible de la libre administration comme liberté accessible à la question de constitutionnalité est le précédent établi par le Conseil d'État dans le cadre du référé-liberté. En effet, l'article L. 521-2 du Code de justice administrative dispose que « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». Or le Conseil d'État a jugé, dans une ordonnance du 18 janvier 2001, Commune de Venelles[24], que « le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle particulière ». De plus, si la notion de « liberté fondamentale » pouvait prêter à interprétation, celle de « droits et libertés que la Constitution garantit » semble suffisamment précise pour que l'on puisse y intégrer la libre administration des collectivités territoriales.

---

[21] Cf. L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, pp. 88-92.

[22] Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, *Rec.* 18, consid. 29.

[23] Cf. la décision du Conseil constitutionnel n° 79-112 DC du 9 janvier 1980, *Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale*, où le juge constitutionnel fait application du principe d'égalité à des établissements publics.

[24] Ord. CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, req. n° 229247.

Cette possibilité pour les collectivités territoriales de revendiquer a posteriori la protection constitutionnelle de leur libre administration, même si elle reste indirecte puisque soumise au filtre des juridictions suprêmes, rapprochera le Conseil constitutionnel de ses homologues européens. En effet, dans un certain nombre de pays européens, où la décentralisation est certes plus poussée, pouvant aller jusqu'au fédéralisme, comme en Allemagne, les collectivités bénéficient souvent d'un accès privilégié à la juridiction constitutionnelle pour régler les différends qui pourraient s'élever en matière de répartition des compétences. C'est le cas notamment en Italie, en Allemagne ou en Espagne. Dans ces deux derniers pays, le recours direct ou le recours d'*amparo* sont d'ailleurs ouverts aux collectivités territoriales. En outre, cela permettrait d'affiner la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de libre administration en multipliant les occasions de définir ce qu'elle recouvre.

Ainsi, la libre administration des collectivités territoriales offre au Conseil constitutionnel le moyen de définir, en négatif, les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales en définissant les limites à ne pas franchir d'un côté comme de l'autre. Mais la réforme de 2003 est venue apporter un élément nouveau au régime constitutionnel des collectivités territoriales en créant deux fondements possibles de la compétence des collectivités territoriales, établissant ainsi une répartition positive des compétences en faveur des collectivités territoriales.

II La répartition positive des compétences entre État et collectivités territoriales : Les apports décevants de la réforme de 2003

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République a introduit de nombreuses nouveautés dans le droit constitutionnel local. Notamment, elle a posé le principe d'une compétence par priorité des collectivités territoriales à travers le principe de subsidiarité (I). Par ailleurs, elle a créé la possibilité, pour une collectivité territoriale, de déroger à la loi dans le cadre d'une expérimentation (II).

A/ L'espoir déçu du principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité est énoncé dans la Constitution à l'alinéa 2 de l'article 72 qui dispose que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Ce principe opère donc une répartition positive des compétences entre l'État et les collectivités territoriales dans la mesure où il vient fonder l'exercice d'une compétence et non la limiter.
Ce principe, nouveau en droit français, n'est pourtant pas inconnu des juristes. En effet, ce principe gouverne la répartition verticale des pouvoirs dans les États fédéraux tels que l'Allemagne[25].

Ainsi, l'article 30 de la Loi fondamentale allemande dispose que « l'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'État relèvent des Länder, à moins que la présente Loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre règlement »[26].

De même, en droit communautaire, l'article 5 paragraphe 3 du Traité sur l'Union européenne prévoit que « en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure

---

[25] J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation », *RIDC* n° 1 2007, pp. 107-140 ; « « Et au milieu coule une rivière » : la subsidiarité et la frontière rhénane. Signification juridique, implications possibles et portées positives de deux articles 72, alinéa 2 : la subsidiarité, entre principe et objectif », *in* J.-F. BRISSON (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, Paris : L'Harmattan, 2009, pp. 91-108.

[26] De même, l'article 70 LF prévoit la compétence de principe des Länder dans l'exercice du pouvoir législatif.

où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ». Ce principe a vocation à s'appliquer dans le domaine des compétences partagées ou concurrentes entre les États membres et l'Union Européenne. Cependant, il est à noter que le principe de subsidiarité a, particulièrement dans les années 1970-1980, joué plutôt en faveur de la compétence communautaire que de celle des États. La Cour de Justice des Communautés Européennes veille, aujourd'hui, à une application plus restrictive de la compétence communautaire.

Forts de ces expériences dans d'autres ordres juridiques, les constituants français ont inscrit dans la Constitution un principe de subsidiarité. Celui-ci ne constitue pas un simple objectif de valeur constitutionnelle[27] mais bien une norme de référence du contrôle de constitutionnalité[28], mise en application par le Conseil constitutionnel dans une décision de 2005[29].

Mais le principe de subsidiarité, dans la Constitution française, n'est pas accompagné d'une répartition claire des compétences entre l'État et les collectivités territoriales. Celle-ci laisse donc au législateur le soin de décider ce qui peut être le mieux mis en œuvre à l'échelon local. Le Conseil constitutionnel en a suivi la logique en décidant « qu'il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale[30] ». En effet, pour Jean-Éric Schoettl, « la question de savoir si telle compétence peut être le mieux exercée au niveau local ou central soulève, dans la grande majorité des cas, des difficultés techniques et des problèmes d'appréciation d'une ampleur défiant la compétence d'expertise du Conseil constitutionnel dans le délai que lui impartit la Constitution pour statuer sur la constitutionnalité des lois[31] ». Cette décision enlève beaucoup de portée au principe de subsidiarité.

On peut donc penser que, pour préserver une sphère de compétences aux collectivités territoriales, les principes généraux tels que le principe de subsidiarité, mais aussi la clause générale de compétence accordée aux communes, ne suffisent pas. Peut-être faudrait-il, comme le suggère Jérôme Chapuisat, « dresser une liste énumérative des libertés locales[32] », en passant par la voie organique, à la fois moins lourde que la voie constitutionnelle et dotée d'une force contraignante envers le législateur.

Par ailleurs, la loi constitutionnelle de 2003, bouleversant la conception traditionnelle de la hiérarchie des normes et de l'unicité du pouvoir législatif dans le cadre de l'indivisibilité de la République, a donné aux collectivités territoriales la possibilité de déroger, pour expérimentation, aux dispositions législatives.

B/ L'apport ambigu de l'expérimentation

L'article 72, alinéa 4 C. dispose que « dans les conditions prévue par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou

---

[27] *Contra*, v. J.-P. DEROSIER, « « Et au milieu coule une rivière »... », art. cité, p. 95.

[28] J.-B. BOUET, « L'inscription du principe de subsidiarité dans la Constitution a-t-elle vraiment servi à quelque chose ? », *in* J.-F. BRISSON (dir.), *op. cit.*, p. 196.

[29] Décision du Conseil constitutionnel n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, *Rec.* 102.

[30] Décision n° 2005-516 DC, précitée, consid. 12.

[31] J.-É. SCHOETTL, « La loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 168, 2005, p. 9.

[32] J. CHAPUISAT, « Libertés locales et libertés publiques », art. cité, p. 353.

d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

Cette nouvelle possibilité de dérogation, et donc de différenciation des collectivités territoriales entre elles, pose plusieurs problèmes.

Tout d'abord, sur le plan de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, l'expérimentation vient apporter une certaine confusion[33]. Les collectivités territoriales disposent désormais du pouvoir d'intervenir dans des matières relavant du domaine de la loi, alors que le Conseil constitutionnel avait décidé en 2002 que « en-dehors des cas prévus par la Constitution, il n'appartient qu'au Parlement de prendre des mesures relevant du domaine de la loi[34] ». Le dogme de l'unicité du pouvoir législatif connaît ainsi des fissures qui s'étendent au-delà des collectivités d'outre-mer[35]. Mais il est à noter que cette procédure reste étroitement encadrée par le législateur qui intervient à la fois en amont, pour autoriser la procédure, et en aval, pour son éventuelle généralisation. Par ailleurs, ces actes restent soumis au contrôle de légalité par le juge administratif jusqu'à leur généralisation avec, en outre, la possibilité d'une suspension automatique sur demande du préfet[36].

Par ailleurs, l'expérimentation met à mal le principe d'égalité entre les collectivités territoriales métropolitaines[37]. Si ce principe ne s'oppose pas à la différenciation statutaire et à la création de catégories de collectivités ne comprenant qu'une unité, en raison des particularités locales de ces territoires, on voit mal comment peut être justifiée une expérimentation qui a vocation à être généralisée. Et s'il existe une différence de situation, celle-ci ne remet-elle pas en cause la généralisation envisagée en cas de succès ? On peut en effet penser qu'une expérimentation réussie dans une collectivité ne soit pas nécessairement un bienfait pour une autre collectivité présentant des caractéristiques différentes. Mais l'expérimentation ayant, selon la Constitution, une durée limitée, que faire d'une expérimentation dont la réussite ne serait due qu'à des facteurs propres à la collectivité expérimentatrice ? On le voit, de nombreuses questions se posent qui ne trouveront de réponse que par la pratique. Pour l'heure, le Conseil constitutionnel, contraint par les termes nouveaux de la Constitution, n'a admis aucune violation du principe d'égalité par une disposition prévoyant une expérimentation.

Au total, le droit constitutionnel local est aujourd'hui riche de nombreux principes et mécanismes, nouveaux ou plus anciens, auxquels la jurisprudence constitutionnelle contribue à donner vie. Cependant, l'histoire de la décentralisation à la française reste encore largement à écrire et le Conseil constitutionnel y jouera sans aucun doute un rôle prépondérant.

---

[33] J. DESPOIX, « L'expérimentation comme mode ambigu de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales », *in* J.-F. BRISSON (dir.), *op. cit.*, p. 219.

[34] Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, *Rec.* 70, consid. 20.

[35] E. BROSSET, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 701s.

[36] Article LO 1113-4 du Code général des collectivités territoriales.

[37] F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité entre collectivités territoriales », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, p. 93.

Réforme des collectivités territoriales : en finir avec quelques dogmes

Le débat sur la simplification des structures territoriales de notre pays réapparaît de bien curieuse manière en annonçant d'emblée la suppression des départements. Voudrait-on qu'un vrai problème ne trouve toujours pas sa solution qu'on ne s'y prendrait pas différemment. La formule brutale du rapport Attali a suffi pour réveiller la fronde entre départementalistes et régionalistes, entre «jacobins» et «localistes», partisans de l'Etat unitaire ou de l'Etat régional. Quel est le sens aujourd'hui des clivages radicaux ?

De même que l'Etat n'était menacé par la mondialisation que dans le discours, de même l'évolution du département ne signifie pas la fin de l'unité de la République. Entre le tout ou rien, il y a place pour le pragmatisme et pour une approche enfin réaliste de l'imbroglio qui caractérise l'exercice des compétences depuis le milieu des années 80.

Chacun voit bien quel noyau de compétences canalise 95 % des budgets départementaux. Les compétences d'aide et d'action sociales ont trouvé le plus souvent dans le département leur bonne échelle d'exercice et ce chef de file est généralement admis. De même, le service d'incendie et de secours, les collèges, la voirie et le transport inter-urbain bénéficient fréquemment d'une gestion convaincante à cet échelon intermédiaire. Une personne morale sera toujours indispensable pour exercer ces compétences et pourquoi le département ne continuerait-il pas à le faire lorsque l'utilité de son échelle s'impose objectivement ? Restent moins de 5 % d'interventions saupoudrées qui croisent les financements, ralentissent les processus de décision et opacifient le fonctionnement du système. L'action départementale perdrait-elle en vigueur si le département ne pouvait plus les engager parce que le réformateur serait venu le priver de sa clause générale de compétence ? La clarté de l'ensemble du système en serait sensiblement améliorée. Certes, la doctrine juridique devrait réviser certaines de ses théories.

Cessons de ramener l'enjeu de la réforme à une lutte entre échelons. Les communes ne doivent pas davantage être menacées par l'évolution. Ces vieilles entités sociopolitiques de base de notre pays, dont les origines sont bien antérieures à l'existence même de l'Etat français, ont su s'adapter pour traverser le temps. L'intercommunalité ne sonne pas le glas de leur disparition. Elle est le procédé qui leur permet de s'adapter encore pour perdurer dans l'histoire. En un mot, elle favorise l'affirmation d'un pôle local solidement enraciné qu'une évolution judicieuse du département peut finir de charpenter. Cet ensemble local est naturellement tourné vers les besoins des habitants et des entreprises et il assure l'articulation entre les élus locaux et les services de l'Etat. La structuration de la solidarité locale est un levier pertinent de la simplification institutionnelle. Le local recomposé a tout à gagner à voir émerger sa vocation, clairement identifiée dans l'architecture des pouvoirs, la région jouant le rôle d'interface avec l'Etat et l'Europe. La modernité est d'en finir avec les dogmes qui empêchent l'*aggiornamento* du local et le remembrement d'un domaine de compétence qui lui est propre. Si pour cela, il faut supprimer la clause générale de compétence des départements, s'il faut abandonner un peu du mythe séculaire de l'égalité des collectivités territoriales, ce dessein institutionnel en vaut bien le sacrifice.

Françoise Sempé

Maître de conférences en droit public, université de Pau et des Pays de l'Adour,
Centre d'étude des collectivités locales

COMPETENCE

Voie de fait et liberté fondamentale

Si la liberté d'administration des collectivités territoriales constitue une liberté fondamentale, le refus d'un préfet d'exécuter un arrêté d'un maire ne peut être considéré comme une voie de fait, que le préfet, qui a d'ailleurs obtenu du juge administratif la suspension de cet arrêté, a agi dans l'exercice des pouvoirs de police qui lui sont conférés par l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales.

REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES DEUX ORDRES DE JURIDICTION - Compétence administrative - Préfet - Contrôle de légalité

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX - Droit de propriété - Réquisition

CONTROLE DES AUTORITES LOCALES - Déféré préfectoral - Référé - Suspension

POLICE ADMINISTRATIVE GENERALE - Police municipale - Logement - Réquisition

Tribunal des conflits, 19 novembre 2007
M^me^ Mazars, prés. - M. Delarue, rapp. -
M. Gariazzo, c. du g. - SCP Boutet, av.
Préfet du Val-de-Marne c/ Cour d'appel de Paris
Maire de Limeil-Brévannes c/ Préfet du Val-de-Marne - n° 3653
(sera publié au Lebon)

ARRÊT

Considérant qu'il n'y a voie de fait justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative;

Considérant que s'il est vrai que la liberté d'administration des collectivités territoriales doit être regardée, dans la recherche et la constatation d'une voie de fait, comme une liberté fondamentale, l'inexécution par le préfet de Val-de-Marne de l'arrêté de réquisition du maire de Limeil-Brévannes, en date du 8 septembre 2006, visant un immeuble du domaine privé de l'Etat, en vue d'y reloger des personnes expulsées de locaux qu'elles occupaient sans droit ni titre, ne peut être considéré comme constitutive d'une voie de fait, dès lors que le préfet, qui a d'ailleurs sollicité, puis obtenu, du juge des référés administratifs la suspension de l'arrêté en application de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, a agi dans l'exercice des pouvoirs de police qui lui sont conférés par les dispositions de l'article L. 2215-1 du même code, alors même qu'il se serait abstenu de procéder à la mise en demeure prescrite par cet article;

Considérant qu'il n'appartient ainsi qu'à la juridiction administrative de connaître de la légalité de la décision du 8 septembre 2006 par laquelle le préfet de Val-de-Marne a refusé au maire de Limeil-Brévannes d'entrer dans les locaux que ce dernier avait réquisitionnés le jour même par voie d'arrêté; que c'est dès lors à bon droit que le préfet a élevé le conflit;

Décide:

Art. 1er: L'arrêté de conflit pris le 26 mars 2007 par le préfet de Val-de-Marne est confirmé.

Art. 2: Sont déclarés nuls et non avenus la procédure engagée par le maire de Limeil-Brévannes contre le préfet de Val-de-Marne devant la cour d'appel de Paris et l'arrêt de cette juridiction en date du 14 mars 2007.

NOTE

Par sa décision du 19 novembre 2007, *Préfet du Val-de-Marne c/ Cour d'appel de Paris*, le Tribunal des conflits a été conduit à s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence du Conseil d'Etat quant à la définition d'une liberté fondamentale et à préciser sa jurisprudence en matière de voie de fait.

Par un arrêté pris le 26 mars 2007, le préfet du Val-de-Marne a élevé le conflit contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 mars 2007 qui avait rejeté le déclinatoire de compétence et constaté l'existence d'une voie de fait commise par le préfet du Val-de-Marne. En première instance, l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Créteil avait pourtant déclaré la juridiction judiciaire incompétente pour connaître du litige relatif à l'inexécution par le préfet d'un arrêté pris par le maire de Limeil-Brévannes (Val-de-Marne). Le juge judiciaire avait été saisi par cet élu du refus du préfet de le laisser accéder à des locaux qu'il avait réquisitionnés.

Le maire avait en effet voulu réquisitionner, par un arrêté du 8 septembre 2006, des locaux appartenant au domaine privé du ministère de la défense et utilisés jusqu'en 1999 par le Commissariat à l'énergie atomique, afin d'y reloger provisoirement les expulsés d'un squat de Cachan, hébergés jusqu'alors dans un gymnase de cette ville. L'Etat, propriétaire du site de six hectares, estimait que le bâtiment souffrait de carences en termes de sécurité incendie et qu'il faudrait plusieurs semaines de travaux pour le rendre habitable. Au contraire, pour le conseil général du Val-de-Marne, qui acceptait de les réaliser, une semaine de travaux pouvait suffire pour rendre habitables les 6600 m² de bureau.

Le préfet du Val-de-Marne a engagé un recours en référé-suspension contre l'arrêté de réquisition pris par le maire de Limeil-Brévannes car le maire n'a pas fait les tentatives de recherche d'une autre solution que lui impose la loi. Le tribunal administratif de Melun a suspendu le 21 septembre 2006 l'arrêté du maire de Limeil-Brévannes. Le préfet avait également placé des forces de police afin de ne pas laisser pénétrer le maire.

De son côté, le maire de Limeil-Brévannes estimait que le préfet ne pouvait se substituer à l'autorité administrative qu'était le maire et qu'il méconnaissait ainsi une liberté fondamentale, la libre administration des collectivités territoriales. Le juge des référés du tribunal de grande instance de Créteil s'est déclaré incompétent car il a estimé que, pour être qualifié de voie de fait et relever de la compétence du juge judiciaire, l'acte commis par l'administration devait porter atteinte à une liberté fondamentale ou au droit de propriété. Il a ainsi considéré que les actes du préfet relevaient de la seule compétence du juge administratif. La cour d'appel de Paris en a donc décidé autrement.

Le Tribunal des conflits conclut à la compétence de la juridiction administrative pour connaître de la légalité de la décision par laquelle le préfet du Val-de-Marne a refusé au maire de Limeil-Brévannes d'entrer dans les locaux que ce dernier avait réquisitionnés par voie d'arrêté. Par là même, les procédures devant la cour d'appel de Paris et les décisions de cette dernière sont nulles. Si le Tribunal des conflits considère, en premier lieu, que la libre administration des collectivités territoriales constitue bien une liberté fondamentale, il estime, en second lieu, que le préfet a agi dans le cadre de ses compétences et que la voie de fait n'est pas constituée.

La libre administration des collectivités territoriales, une liberté fondamentale?

Selon les définitions générales issues de la jurisprudence, il faut que la mesure prise par l'administration ait porté atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale pour qu'il y ait voie de fait. Pour le juge judiciaire, ou pour le Tribunal des conflits, la notion de liberté fondamentale est autonome et ne se rattache à aucun catalogue précis, qu'il soit constitutionnel ou législatif. C'est ainsi que les atteintes à la liberté individuelle, au droit d'aller et venir, aux arrestations et détentions arbitraires ou les violations des principales libertés constituent des voies de fait (v. not. les références citées par J. Moreau, Rép. cont. adm. au chapitre «Voie de fait»).

L'introduction de la procédure dite du «référé-liberté» à l'article L. 521-2 du code de justice administrative a obligé le juge administratif à s'interroger, de son côté, sur l'existence de la liberté fondamentale invoquée par les requérants pour bénéficier de cette procédure d'urgence, réservée à la sauvegarde d'une de ces libertés. La notion est en principe autonome et ne vaut que pour l'application de l'article considéré (v. not. D. Giltard, Rép. cont. adm. Dalloz, chapitre «Urgence (procédures d')», nos 290 et s.). Ces libertés «fondamentales» sont-elles les mêmes que celles retenues par la jurisprudence en matière de voie de fait? La réponse n'est pas toujours aisée, tant les procédures sont distinctes et parallèles et du fait de l'intervention de plusieurs juridictions. La décision du 19 novembre 2007 va cependant dans le sens d'un rapprochement entre les différentes jurisprudences.

La plupart des auteurs présentant la voie de fait s'attachent ainsi à essayer de distinguer plusieurs catégories de libertés (v. J. Moreau, Rép. cont. adm., préc., nos 33 et s., ou G. Quiot, J. Cl. adm., fasc. 1051, Voie de fait, nos 45 et s.) sans que ces classements puissent englober de manière totalement satisfaisante toutes les libertés qui sont ou peuvent être concernées.

Le refus de considérer l'atteinte aux libertés fondamentales peut venir de ce que l'atteinte aux libertés n'est pas suffisante mais il peut venir aussi de ce que la liberté en cause ne serait pas fondamentale, selon la distinction présentée par Jacques Moreau (Rép. cont. adm., préc., n° 34). Or, la liste des libertés fondamentales protégées au titre de la voie de fait n'est pas nécessairement la même que celle des libertés protégées par le référé-liberté ou que celle contenue dans la notion de «droits fondamentaux» telle qu'elle est présentée en doctrine (v. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, coll Manuel, LGDJ, 2002). Cette appréciation n'est cependant pas toujours partagée[1]. C'est ainsi que ne constitue pas une voie de fait parce que ne portant pas atteinte

(1) G. Quiot, J.-Cl. adm., fasc. 1051, Voie de fait, dont les mises à jour de 2002 et de 2004 semblent assimiler la définition des libertés fondamentales au titre de la voie de fait et celle reconnue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Cet auteur écrit que: «On ne voit pas, en vérité, ce qui pourrait justifier que le contenu de cette notion soit "à géométrie variable"» (n° 45 de la mise à jour de 2002).

à une liberté fondamentale, la rétrogradation d'un club de football en seconde division, (T. confl. 13 janv. 1992, *Préfet de la région Aquitaine c/Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, Lebon 473). Il en est de même à propos d'une atteinte à l'environnement[2] ou d'une occupation sans titre du domaine public car n'est pas en cause un droit de propriété immobilière (T. confl. 4 juill. 1991, *Association MJC Boris-Vian*, Lebon 468; Gaz. Pal. 1992. 1, concl. M. de Saint-Pulgent).

Dans l'espèce, jugée par le Tribunal des conflits le 15 avril 1991 (*Préfet de la région Lorraine*, Lebon 463; AJDA 1991. 736, obs. M. Hecquard Théron), la suspension des abonnements téléphoniques n'a pas porté atteinte à une liberté fondamentale dans des conditions manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration. La rédaction de cette décision laisse planer le doute sur le caractère fondamental ou non de la liberté de communiquer ou le caractère insuffisamment grave de l'atteinte. La décision du 23 octobre 2000, *M. Boussadar c/Ministre des affaires étrangères* (Lebon 775; AJDA 2001. 145, chron. M. Guyomar et P. Collin; D. 2001. Jur. 2332, concl. J. Sainte-Rose), conclut de même à l'absence de voie de fait en considérant que le refus de visa a été pris par l'autorité consulaire dans l'exercice d'un pouvoir conféré à l'administration. Elle ne se prononce pas sur le caractère fondamental ou non de la liberté méconnue. Il n'est pas toujours aisé, en jurisprudence, de déterminer quel est l'élément manquant pour constater la réalité de la voie de fait.

C'est la vertu de la décision commentée du 19 novembre 2007 qui affirme que la liberté fondamentale considérée mérite bien la protection de la théorie de la voie de fait. Le Tribunal des conflits avait ainsi à se demander si la libre administration des collectivités territoriales était une liberté fondamentale au sens de la théorie de la voie de fait. Pour la juridiction, la réponse positive ne fait pas de doute. Mais celle-ci est ainsi qualifiée «dans la recherche et la constatation d'une voie de fait», ce qui est une manière de préciser que cette qualification n'implique aucune autre conséquence. Malgré ce souci d'autonomisation des définitions utiles à l'application de la théorie de la voie de fait, cette appréciation est néanmoins identique à celle qui a été opérée par le juge administratif à propos de cette même liberté, mais cette fois dans le cadre de la procédure de référé de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Par une décision du 18 janvier 2001, le Conseil d'Etat a, en effet, assimilé le principe de libre administration des collectivités territoriales à une liberté fondamentale au sens de cet article, à propos du refus du maire d'inscrire à l'ordre du jour du conseil municipal la question du remplacement des délégués de la commune au sein de la communauté d'agglomération (CE Sect. 18 janv. 2001, *Commune de Venelles*, Lebon 18, concl. L. Touvet; *GAJA*, Dalloz, 16e éd., 2007, n° 109 et les références citées).

Dans cette dernière affaire, le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat s'était néanmoins longuement interrogé sur l'insertion du principe de libre administration au sein des libertés fondamentales. Il était bien conscient que la libre administration des collectivités locales, qui est une modalité d'organisation des pouvoirs publics, n'est cependant une liberté fondamentale que si celle-ci «s'étend aux garanties accordées aux collectivités publiques». Selon lui, l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'exclut pas les libertés fondamentales des personnes publiques et il n'est pas interdit d'imaginer que des personnes publiques portent atteinte à une liberté fondamentale d'une autre personne publique, par exemple son droit de propriété. Il faut néanmoins distinguer, pour les personnes morales, et publiques en particulier, entre les libertés – ou les droits – qui sont celles de toutes personnes et qui sont transposées, par un phénomène d'assimilation, des personnes physiques aux personnes morales, et les principes d'organisation qui ne sont que des garanties de l'exercice de droits ou de libertés. Appartiennent à la première catégorie le principe d'égalité[3] ou le droit de propriété[4]. Encore faut-il remarquer que toutes les libertés ou les droits des personnes ne sont pas transposables au profit des personnes morales, comme par exemple le principe de dignité qui n'appartient qu'à la personne humaine.

Le principe de libre administration des collectivités territoriales constitue en revanche une garantie, au même titre que le principe de la séparation des pouvoirs. L'un comme l'autre ne constituent pas des droits mais peuvent être conçus comme des conditions, jugées constitutionnellement nécessaires, par l'article 72 de la Constitution pour l'un, par l'article 16 de la Déclaration des droits pour l'autre, ou des moyens nécessaires à l'affirmation des libertés reconnues dans d'autres dispositions qui ne sont plus alors organiques mais qui concernent des droits substantiels. La libre administration peut d'ailleurs être conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs tandis que la forme habituelle de la séparation serait horizontale. Alors néanmoins que, dans la séparation horizontale, il n'existe que des pouvoirs qui sont ceux d'une personne morale unique, la séparation verticale intéresse des entités qui sont assimilées à des personnes juridiquement distinctes[5].

Présentant la décision *Commune de Venelles*, des commentateurs autorisés constatent que les «libertés paraissant essentiellement bénéficier aux particuliers, on pouvait hésiter à reconnaître comme "fondamentales" celles des collectivités locales», avant d'admettre que tel est néanmoins le cas dans cette décision (*GAJA*, Dalloz, préc., p. 838. Faisant le même constat, sans commentaire, v. D. Giltard, préc., n° 299). Celle-ci, tout en reconnaissant que cette liberté «est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a entendu accorder une protection particulière», n'a pas considéré qu'il y avait en l'espèce

(2) T. confl. 25 juin 1988, *Fondation Cousteau*, Lebon 484; RFDA 1990. 191, cond. Laroque, à propos de l'île de Ré. La poursuite des travaux malgré l'annulation de la déclaration d'utilité publique n'est pas constitutive d'une voie de fait en l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale.

(3) Ce principe a été reconnu indûment aux établissements publics (en l'espèce EDF) dès la décision n° 79-112 DC du Conseil constitutionnel, *Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale*.

(4) En ce qui concerne la reconnaissance d'un droit de propriété au profit des personnes publiques, fondé lui aussi sur l'article 17, v. déc. Cons. const. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi de privatisation*, cons. 58. En ce qui concerne le principe d'égalité, v. déc. Cons. const. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation I*, cons. 29, affirmant que le principe d'égalité s'appliquait aux personnes morales de droit privé « car les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaudrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci ».

(5) Pour des études plus approfondies sur la reconnaissance de droits ou de libertés au profit des personnes publiques, v. R. Drago, Droits fondamentaux et personnes publiques, numéro spécial de l'AJDA, Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique?, AJDA 1998. 130; E. Picard, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?, AJDA 1998. 651, soutient une opinion inverse; v. B Mathieu et M. Verpeaux, préc.

une atteinte à cette liberté fondamentale car le refus du maire de convoquer le conseil municipal «ne concerne que les rapports internes au sein de la commune et ne peut, par suite, être regardé comme méconnaissant le principe».

Dans sa décision du 12 juin 2002 *Commune de Faullet et autres* (Lebon 215; AJDA 2002. 590, chron. F. Donnat et D. Casas), le Conseil d'Etat a jugé en revanche que le principe de libre administration des collectivités territoriales constituait une liberté fondamentale, à propos de l'arrêté préfectoral portant extension-transformation de la communauté de communes Val-de-Garonne en communauté d'agglomération: le fait que l'établissement public de coopération intercommunale ait commencé d'exercer, «au lieu et place des communes requérantes des compétences qui doivent lui être transférées ultérieurement, porte une atteinte grave et manifestement illégale à la libre administration des collectivités locales, laquelle constitue une liberté fondamentale que l'article L. 521-2 du code de justice administrative vise à sauvegarder».

L'origine de la méconnaissance de la liberté fondamentale, rapports internes au sein d'une même collectivité ou intervention d'une autre collectivité publique dans les affaires d'une collectivité territoriale, a été utilisée par le ministre de l'intérieur dans son mémoire relatif au contentieux de Limeil-Brévannes. Faisant une interprétation erronée de la jurisprudence *Commune de Venelles*, il considérait qu'aucune liberté fondamentale susceptible de caractériser la voie de fait ne pouvait être retenue car le principe de libre administration des collectivités territoriales n'est reconnu par le Conseil d'Etat que dans le seul cadre des rapports existant au sein d'une collectivité. Par ailleurs, il estimait que ce principe fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part du juge. Une telle lecture est passablement orientée et doit être mise au compte d'une défense faisant feu de tous bois. En effet, la décision *Commune de Faullet* montre bien que la protection de la liberté fondamentale peut intéresser des rapports en dehors de ceux existant au sein d'une collectivité.

Mais on peut retenir de l'argumentaire du ministre la volonté d'assimiler les libertés fondamentales au sens de la voie de fait et celles retenues dans le cadre du référé, car la référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat implique une similitude recherchée quant à la définition de ce que doit être une liberté fondamentale.

Dans sa décision du 19 novembre 2007, le Tribunal des conflits admet que l'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales existe bien. Alors que l'atteinte à la libre administration des collectivités peut venir d'une autre collectivité décentralisée (v. *Commune de Faullet*), elle émane, dans l'espèce présentée, de l'Etat, c'est-à-dire de celui qui peut porter, potentiellement, le plus atteinte à cette libre administration. Dans ses conclusions sous la décision *Commune de Venelles*, le commissaire du gouvernement donnait des exemples d'atteinte possible à la liberté fondamentale de la libre administration: ce pouvait être l'intervention directe d'un représentant de l'Etat dans le fonctionnement d'une assemblée locale ou la dissolution par le même d'une assemblée locale. Dans l'espèce commentée, l'atteinte à la liberté fondamentale, si elle devait être constitutive d'une voie de fait, proviendrait d'une décision du représentant de l'Etat prise à l'encontre d'une autorité décentralisée alors que le préfet s'est contenté de faire utilisation des pouvoirs qui sont les siens. Les cas dans lesquels l'Etat et ses représentants peuvent agir à l'encontre des collectivités sont strictement encadrés et sont la manifestation du contrôle que l'Etat doit exercer sur les collectivités dans le cadre de la décentralisation.

Une décision se rattachant à un pouvoir de l'administration

Malgré l'introduction des procédures d'urgence aux articles L. 521-1 et suivants du code de justice administrative, notamment la procédure dite du «référé-liberté», la jurisprudence du Tribunal des conflits montre que la théorie de la voie de fait n'est pas devenue obsolète, mais que ses conditions se sont précisées afin d'éviter certains dérapages dans la qualification des agissements illégaux de l'administration. Dans sa décision du 23 octobre 2000, *M. Boussadar c/Ministre des affaires étrangères* (AJDA 2001. 143, chron M. Guyomar et P. Collin; D. 2001. 2333, Jur., concl. J. Sainte-Rose), le Tribunal des conflits a, peu après la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, tenu à affirmer le maintien de la théorie de la voie de fait, alors même qu'il refusait dans l'espèce de considérer que la décision pouvait constituer une voie de fait. Il a eu l'occasion, après l'entrée en vigueur de la loi, d'affirmer que l'administration avait commis une voie de fait que le juge judiciaire était compétent pour faire cesser (T. confl. 19 nov. 2001, *Mlle Mohamed c/Ministre de l'intérieur*, AJDA 2002. 234, note S. Petit; D. 2002. 1446, concl. G. Bachelier; Bull. civ. n° 22).

La loi du 30 juin 2000 a, volontairement, précisé que la procédure du référé-liberté n'était applicable que lorsque la personne publique ou l'organisme chargé d'une mission de service public agit «dans l'exercice d'un de ses pouvoirs». La rédaction renvoie *a contrario* à l'un des éléments de définition de la voie de fait. Cette dernière, qui ne bénéficie, à la différence du référé-liberté, d'aucune définition législative, est néanmoins fixée dans une jurisprudence dont il est logique qu'elle émane principalement du Tribunal des conflits. La voie de fait a, selon cette dernière, deux sources: soit il s'agit de l'exécution forcée d'une décision régulière, dans des conditions irrégulières, qui porte une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit de l'existence d'une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets mais à la condition que celle-ci soit manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative (T. confl. 19 nov. 2001, *Mlle Mohamed c/Ministre de l'intérieur*, préc.). Le refus de restitution d'un passeport est une voie de fait lorsque la durée de rétention du document est jugée excessive «en raison de l'atteinte délibérée ainsi portée sans justification à la liberté fondamentale d'aller et venir». En bref, la voie de fait réside soit dans l'exécution d'une décision soit dans la décision elle-même. Dans le premier cas, l'extrême gravité de son illégalité résulte de la décision elle-même quelles que soient les conditions de son exécution car l'acte ne relève d'aucun pouvoir de l'administration. C'est l'hypothèse invoquée par la commune de Limeil-Brévannes. Pour le juge des référés du tribunal de grande instance de Créteil, le préfet avait cependant utilisé ses pouvoirs de contrôle de légalité des actes de la commune et n'avait pu commettre de voie de fait.

La distinction entre la simple illégalité et la voie fait qui rend l'acte insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration n'est cependant pas toujours évidente, comme le montre la décision commentée.

Afin de pouvoir réquisitionner ces locaux, le maire estimait pouvoir agir en vertu des pouvoirs de police qu'il détient de l'article L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales qui prévoit notamment, dans son point 5° que le maire peut «pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure». A ce titre, le maire peut prononcer, en cas d'urgence et à titre exceptionnel les réquisitions des locaux nécessaires au logement de familles sans abri dont le défaut de logement est de nature à apporter un trouble grave à l'ordre public (CE 7 janv. 1957, *Epoux de Lagrevol*, Lebon 14; CE 11 déc. 1991, *Société d'HLM «Le logement familial du Bassin parisien»*, Lebon 427; CE 29 déc. 1997, *Préfet du Val-de-Marne*, Lebon 505). Ce pouvoir de police est cependant exercé sous la surveillance du représentant de l'Etat qui détient, en outre, en matière de police administrative, des attributions étendues.

Le Tribunal des conflits retient en effet, pour écarter la voie de fait, l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales. Celui-ci dresse une liste des cas dans lesquels, alors même que la police municipale est assurée par le maire, le représentant de l'Etat dans le département peut intervenir. Il dispose notamment que «1° Le représentant de l'Etat dans le département peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques.

Ce droit ne peut être exercé par le représentant de l'Etat dans le département à l'égard d'une seule commune qu'après une mise en demeure au maire restée sans résultat». Le Tribunal des conflits ne retient pas, pour estimer que le préfet aurait agi en dehors de ses fonctions, le fait qu'il n'a pas, semble-t-il, procédé à la mise en demeure exigée par l'article L. 2215-1, lorsque ce droit est exercé par le représentant de l'Etat «à l'égard d'une seule commune». Cette circonstance n'est pas de nature à priver l'exercice de ce pouvoir de substitution de son nécessaire rattachement à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative. Elle pourra être, en revanche, la source d'une illégalité commise par le préfet et qui ne pourra être appréciée que par la juridiction administrative devant laquelle les parties sont renvoyées par la décision du Tribunal des conflits (dans ce sens, CE 27 nov. 1974, *Ministre de l'intérieur c/Dame Bertranuc et autres*, Lebon 584; CE 31 janv. 1997, *SARL Camping Les clos*, req. n° 156276).

Il reste à savoir en quoi l'ordre public était menacé dans la commune de Limeil-Brévannes, au point de justifier ce pouvoir de substitution. Le Tribunal des conflits ne se prononce pas directement. On peut seulement comprendre que réquisitionner un immeuble du domaine privé de l'Etat pour reloger des personnes expulsées qui occupaient des locaux sans droit ni titre était susceptible de porter atteinte à l'ordre public et pouvait justifier que l'Etat intervienne.

Pour justifier de manière plus ferme encore sa position, le Tribunal des conflits fait également remarquer que le préfet a sollicité et obtenu du juge des référés administratifs la suspension de l'arrêté par application de l'article L. 2131-6 du même code, alinéa 3 selon lequel «le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois». La décision de suspension ainsi prononcée impliquant un doute quant à la légalité de la décision du maire, la présomption de légalité de la décision du préfet s'en trouve renforcée, dès lors, aux yeux du Tribunal des conflits. Le représentant de l'Etat pouvait utiliser les pouvoirs qu'il détient de l'article L. 2215-1 pour refuser au maire d'entrer dans les locaux que ce dernier avait réquisitionnés.

Il reste que l'intérêt principal de cette décision du Tribunal des conflits est sans doute de montrer que les liens entre la voie de fait et le référé-liberté sont étroits et que les catalogues de droits ou de libertés se sont rapprochés. On pourra néanmoins regretter que les différentes juridictions amenées à se pencher sur la définition de ce que peut être une liberté fondamentale fassent si peu de cas de la jurisprudence constitutionnelle et que, sur une question aussi lourde de conséquences que la protection des libertés, les différentes notions concernées et les juridictions appelées à se prononcer continuent à vivre dans des sphères qui restent étanches les unes par rapport aux autres. Il faut néanmoins saluer la décision du Tribunal des conflits du 19 novembre 2007 de qualifier la libre administration des collectivités territoriales de liberté fondamentale comme l'avait fait le Conseil d'Etat auparavant, même si, sur le fond, cette décision reste bien contestable.

Michel Verpeaux
Professeur à l'université Paris-I – Panthéon-Sorbonne
Directeur du Centre de recherches en droit constitutionnel

DOCUMENT n° 4 16

LOIS

LOI constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République (1)

NOR : *JUSX0200146L*

Le Congrès a adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-469 DC du 26 mars 2003,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1er

L'article 1er de la Constitution est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Son organisation est décentralisée. »

Article 2

Dans le quatorzième alinéa de l'article 34 de la Constitution, le mot : « locales » est remplacé par le mot : « territoriales ».

Article 3

Après l'article 37 de la Constitution, il est inséré un article 37-1 ainsi rédigé :

« *Art. 37-1.* – La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. »

Article 4

Le dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat. »

Article 5

L'article 72 de la Constitution est ainsi rédigé :

« *Art. 72.* – Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

« Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.

« Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

« Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

« Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

« Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. »

Article 6

Après l'article 72 de la Constitution, il est inséré un article 72-1 ainsi rédigé :

« *Art. 72-1.* – La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence.

« Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité.

« Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi. »

Article 7

Après l'article 72 de la Constitution, il est inséré un article 72-2 ainsi rédigé :

« *Art. 72-2.* – Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi.

« Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine.

« Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre.

« Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.

« La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales. »

Article 8

Après l'article 72 de la Constitution, sont insérés deux articles 72-3 et 72-4 ainsi rédigés :

« *Art. 72-3.* – La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité.

« La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régis par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

« Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

« La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises.

« *Art. 72-4.* – Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique.

« Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au *Journal officiel*, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat. »

Article 9

L'article 73 de la Constitution est ainsi rédigé :

« *Art. 73.* – Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

« Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées par la loi.

« Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi.

« Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique.

« La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion.

« Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

« La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités. »

Article 10

L'article 74 est ainsi rédigé :

« *Art. 74.* – Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

« Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

« – les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;

« – les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'Etat ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;

« – les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;

« – les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

« La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :

« – le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;

« – l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ;

« – des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ;

« – la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'Etat, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques.

« Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante. »

Article 11

Après l'article 74 de la Constitution, il est inséré un article 74-1 ainsi rédigé :

« *Art. 74-1.* – Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'Etat, étendre par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure.

« Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication. »

Article 12

I. – Au premier alinéa de l'article 7 de la Constitution, les mots : « le deuxième dimanche suivant » sont remplacés par les mots : « le quatorzième jour suivant ».

II. – Au troisième alinéa de l'article 13 de la Constitution, les mots : « les représentants du Gouvernement dans les territoires d'outre-mer » sont remplacés par les mots :

« les représentants de l'Etat dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie ».

III. – A l'article 60 de la Constitution, après les mots : « des opérations de référendum », sont insérés les mots : « prévues aux articles 11 et 89 ».

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 28 mars 2003.

JACQUES CHIRAC

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
JEAN-PIERRE RAFFARIN

Le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales,
NICOLAS SARKOZY

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
DOMINIQUE PERBEN

La ministre de l'outre-mer,
BRIGITTE GIRARDIN

(1) Loi n° 2003-276.

– *Travaux préparatoires :*

Sénat :

Projet de loi constitutionnelle n° 24 (2002-2003) ;

Rapport de M. René Garrec, au nom de la commission des lois, n° 27 (2002-2003) ;

Discussion les 29, 30, 31 octobre, 5 et 6 novembre 2002 et adoption le 6 novembre 2002.

Assemblée nationale :

Projet de loi constitutionnelle, adopté par le Sénat, n° 369 ;

Rapport de M. Pascal Clément, au nom de la commission des lois, n° 376 ;

Avis de M. Pierre Méhaignerie, au nom de la commission des finances, n° 377 ;

Discussion les 19, 20, 21, 22, 26 et 27 novembre 2002 et adoption le 4 décembre 2002.

Sénat :

Projet de loi constitutionnelle, modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 83 (2002-2003) ;

Rapport de M. René Garrec, au nom de la commission des lois, n° 86 (2002-2003) ;

Discussion et adoption le 11 décembre 2002.

– *Congrès du Parlement :*

Décret du Président de la République en date du 27 février 2003 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès : adopté le 17 mars 2003.

– *Conseil constitutionnel :*

Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003.

LOI n° 2003-277 du 28 mars 2003 tendant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français établis hors de France pour les élections du Conseil supérieur des Français de l'étranger (1)

NOR : *MAEX0306454L*

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1er

L'article 6 de la loi n° 82-471 du 7 juin 1982 relative au Conseil supérieur des Français de l'étranger est ainsi rédigé :

« *Art. 6.* – Les électeurs votent soit dans les bureaux ouverts en application de l'article 5, soit par correspondance sous pli fermé ou, selon des modalités définies par décret, par voie électronique.

« Le scrutin est secret.

« Les dispositions de l'article L. 113 du code électoral s'appliquent. »

Article 2

Par dérogation aux dispositions de l'article 1er de la loi n° 82-471 du 7 juin 1982 relative au Conseil supérieur des Français de l'étranger, le mandat des quatre membres de ce conseil élus dans la circonscription de Côte d'Ivoire et du Liberia est prorogé jusqu'au 31 décembre 2003.

Le mandat des membres élus pour les remplacer expire à la même date que celui de la série A renouvelée en juin 2003.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 28 mars 2003.

JACQUES CHIRAC

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
JEAN-PIERRE RAFFARIN

Le ministre des affaires étrangères,
DOMINIQUE DE VILLEPIN

(1) *Travaux préparatoires :* loi n° 2003-277.

Sénat :

Proposition de loi n° 43 rectifié (2002-2003) ;

Rapport de M. Christian Cointat, au nom de la commission des lois, n° 211 (2002-2003) ;

Discussion et adoption le 18 mars 2003.

Assemblée nationale :

Proposition de loi, adoptée par le Sénat, n° 700 ;

Rapport de M. Jérôme Bignon, au nom de la commission des lois, n° 721 ;

Discussion et adoption le 27 mars 2003.

Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales

PAR JEAN-FRANÇOIS BRISSON
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ MONTESQUIEU BORDEAUX IV (IRDPB-CERDOPP)

L'ESSENTIEL

L'article 72 de la Constitution contient désormais des principes destinés à déterminer au niveau constitutionnel la répartition des compétences entre l'Etat et les différentes collectivités locales. Ces principes, d'ordre d'abord procédural, prennent le parti d'une conception souple et évolutive de la répartition des compétences. Ainsi du principe de subsidiarité qui, en rupture avec notre tradition jacobine, vient reconnaître aux collectivités locales vocation, au même titre que l'administration d'Etat et même « mieux » que l'Etat, – dans le domaine de leurs compétences – à exprimer l'intérêt général ; de la notion de « collectivité chef de file » qui tente d'organiser les inévitables chevauchements de compétences ou du droit à l'expérimentation qui devrait permettre aux initiatives locales de se libérer d'une conception étroite de l'égalité constitutionnelle qui imposait jusqu'à présent à chaque collectivité d'avoir le même statut et les même compétences que toutes les autres collectivités de sa catégorie.

Avant la révision de la Constitution, la question des compétences locales était l'une des plus débattues du droit de la décentralisation. Il n'est pas sûr qu'il en aille autrement après l'adoption de la loi de révision constitutionnelle.

C'est en doctrine surtout autour de la clause générale de compétence que la notion de compétence locale a donné lieu à d'importantes et traditionnelles controverses. D'abord doctrinale, la critique du système de répartition des compétences va progressivement glisser sur un terrain plus politique. C'est qu'à l'évidence la question des compétences locales n'est pas seulement technique, elle engage aussi les ressorts politiques de la décentralisation ; d'elle dépend en partie la lisibilité de notre organisation territoriale et la qualité des relations avec nos partenaires européens qu'il s'agisse des besoins de la coopération décentralisée ou de la mise en œuvre des politiques communautaires. Nombre de rapports et de documents officiels[1] l'ont souligné : la réforme de la décentralisation a trouvé là l'un de ses principaux points d'achoppement.

Le constat est connu de tous : les logiques mises en œuvre depuis 1982 favorisent la dilution des responsabilités et fragilisent l'implication citoyenne des administrés au niveau local.

La clause générale de compétence, d'une part, qui donne vocation aux collectivités locales à se saisir de toute question d'intérêt local intéressant le développement de la collectivité, les textes eux-mêmes, d'autre part, adoptés avant ou après les lois du 7 janvier et 22 juillet 1983, vont contribuer à la dispersion des compétences locales privant le système à la fois de cohérence et d'intelligence[2]. La logique initiale de spécialisation va ainsi céder progressivement la place à des rapports de coopération entre les collectivités publiques au sein desquels le contrat, davantage que la loi, sert d'instrument de mise en cohérence de l'action publique. De surcroît les transferts de compétence ne seront jamais complets : l'Etat aura tendance à instrumentaliser l'action des autorités locales, à retenir à son profit les pouvoirs d'impulsion et d'initiative, transférant aux collectivités locales des missions d'exécution et de gestion (Pouvoirs locaux 1997, III, Le spectre de la recentralisation, p. 78 et s.).

L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle a, dans ce contexte, assigné au pouvoir constituant deux objectifs : clarifier les compétences, permettre le transfert de nouveaux pouvoirs aux collectivités locales.

Pour ce qui est des transferts de nouvelles compétences aux collectivités locales, le constituant s'est efforcé de se servir de

(1) V. en particulier, Rapport IGA, *RF décentralisation*, 1996, p. 13 ; *Rapport de la Commission Mauroy, Refonder l'action publique*, La Doc. fr., Paris, 2000, p. 55 et s. ; *Conseil d'Etat, Rapport public*, EDCE, n° 45, p. 15-105, ou encore, *Cour des comptes, La décentralisation en matière d'aide sociale*, 1995.

(2) Pour une illustration récente, à propos de la loi du 27 février 2002 et de la « décentralisation » de la procédure d'expropriation, V. René Hostiou, Utilité publique et démocratie locale, Pouvoirs locaux 2002, n° 45, p. 140.

la Constitution soit comme *levier* pour susciter, par la reconnaissance symbolique qui s'attache à toute proclamation constitutionnelle, une nouvelle dynamique de la prise de responsabilité locale, soit en quelque sorte comme *bélier* pour faire «sauter» certains verrous issus de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et qui risquaient à la longue d'entraver toutes nouvelles avancées en faveur de l'autonomie locale.

Pour ce qui est de la clarification des compétences, il est à peine nécessaire de souligner combien ce thème illustre le décalage entre le discours politique[3] et la raison juridique. Là où le discours politique met l'accent sur la nécessité de clarifier les compétences et d'en revenir à une logique de spécialisation, la raison juridique, instruite de l'expérience des vingt dernières années, met en avant l'impossibilité de donner une définition matérielle stricte aux compétences des collectivités locales permettant de distribuer de manière claire et cohérente les compétences en fonction des territoires. L'article 72 de la Constitution paraît même aller dans le sens opposé à celui recherché. La réforme constitutionnelle apporte avec elle son lot de complications. Chacune des clefs livrées par le pouvoir constituant est elle-même entourée d'un certain flou juridique. Le sentiment immédiat est même celui d'un empilement des concepts et des notions: le principe de subsidiarité, le concept de collectivité chef file, l'interdiction de la tutelle, le droit à l'expérimentation... voilà autant de normes plus ou moins absconses qui se nourrissent de la complexité institutionnelle de notre organisation administrative et ne se comprennent que les unes par rapport aux autres ou qu'au regard d'autres principes auxquels elles viennent s'ajouter ou corriger: la clause générale de compétence du code général des collectivités territoriales et les attributions légales de compétences de la loi du 7 janvier 1983 et des lois successives.

C'est qu'à vrai dire la tâche du constituant n'était pas aisée. Chargé de traduire dans le texte constitutionnel une volonté politique qui ne nécessitait pas forcément de toucher à la Constitution (v. les conclusions du rapport Mauroy), le constituant a été amené à enregistrer un certain nombre d'acquis tirés de la jurisprudence constitutionnelle qu'il se borne alors à codifier, s'efforçant à l'inverse de désarmer à l'avance un certain nombre d'objections qu'aurait pu opposer le Conseil constitutionnel. Il en résulte un article plutôt long, à vrai dire assez mal écrit, qui vient surcharger parfois inutilement le texte constitutionnel, n'en facilitant la compréhension ni des praticiens, ni... des citoyens.

Si une clarification doit avoir lieu, c'est donc de lois ultérieures qu'il faudra l'attendre par la révision des lois de répartition des compétences, comme l'avait d'ailleurs annoncé, mais sans succès, l'article 65 de la loi du 4 janvier 1995. Mais l'on peut douter de la pérennité d'une entreprise qui aurait pour ambition de reconstituer des blocs homogènes de compétence (pour des propositions en ce sens, v. rapport Mauroy). Car, plus que le dit, c'est le non-dit constitutionnel qui fait problème en l'espèce. Comment en effet raisonnablement espérer une clarification des compétences dès lors que la réforme n'a pas choisi de remédier aux dysfonctionnements structurels de la «décentralisation à la française»: l'omniprésence de l'administration d'Etat – que ne dément pas, bien au contraire, la relance annoncée de la déconcentration – et une carte administrative marquée par l'empilement des niveaux d'administration.

Pour autant, l'article 72 nouveau est porteur de réelles avancées. La subsidiarité, la notion de collectivité chef de file, le droit à l'expérimentation sont autant de manifestations de l'impossibilité d'enfermer les initiatives locales dans une logique étroite de spécialisation. L'écriture du nouvel l'article 72 atteste de ce que, collectivité de plein exercice, chaque collectivité locale a désormais, dans le respect des compétences attribuées aux autres collectivités publiques, une vocation générale à assurer la satisfaction de l'intérêt public local et à disposer à cette fin d'attributions effectives. Se trouve ainsi consacrée dans le texte même de la Constitution une vision à la fois dynamique et réaliste de l'action locale qui tranche avec nos vieilles représentations jacobines de l'administration territoriale.

L'adéquation des compétences et des échelons d'administration territoriale

L'article 72, alinéa 2, met en avant une nouvelle règle de répartition des compétences: «les collectivités locales ont vocation à prendre les décisions relatives à l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon». La révision de l'article 72 constitue ainsi une invitation lancée au législateur de repenser l'intervention des pouvoirs publics dans son ensemble, de transférer davantage de responsabilités aux autorités locales[4]. « La grille de lecture proposée par l'article 72 de la Constitution modifié reste toutefois largement impressionniste. Son énoncé, qui s'inspire du principe de subsidiarité, ne fournira sans doute ni à la loi, ni aux juges, ni même à la doctrine la clef qui manquait à l'explication de notre système administratif de répartition des compétences. Le principe de subsidiarité ne permet en effet d'établir aucune délimitation matérielle des compétences locales, pas plus qu'il ne limite – bien au contraire – l'aptitude générale des collectivités locales à se saisir des affaires qu'elles jugeraient d'intérêt public local ». Du moins, l'idée de subsidiarité met-elle en avant d'une certaine façon la vocation générale des collectivités locales à exercer des fonctions administratives au même titre que l'Etat qui n'a plus vocation à les absorber toutes. La rédaction retenue suggère encore tout à la fois l'idée de spécialisation des compétences par «échelon» et celle d'«ensembles» homogènes de compétences.

(3) L'exposé des motifs du projet de révision constitutionnelle faisait valoir notamment «Nos compatriotes [...] se plaignent également de la complexité de notre organisation institutionnelle, qui ne leur permet pas d'identifier un responsable pour chaque politique publique. Une clarification des compétences s'impose».

(4) Les «Assises de la décentralisation», tenues de manière concomitante à l'examen du projet de loi constitutionnelle, ont précisément eu pour objet de faire émerger les compétences qui pourraient être utilement transférées. Les secteurs du logement, de la voirie nationale, de la gestion de l'eau, de la formation professionnelle ou des universités ont ainsi été mis en exergue (Démocratie locale, Lettre d'information de la direction générale des collectivités locales, n° 95, novembre 2002). Après une réunion de synthèse, le 28 février, un projet de loi organique portant application des dispositions constitutionnelles devrait être présenté au Sénat, suivi d'un premier projet de loi ordinaire de transferts de compétences et d'expérimentation.

LA SUBSIDIARITÉ, UN CONCEPT PLUS PROMETTEUR QUE PRÉCIS

L'énoncé du principe de subsidiarité est à vrai dire assez peu parlant[5]. Le recours aux travaux parlementaires peut s'avérer utile pour en percer le sens. Ils partent du constat, partagé par nombre de rapports et documents officiels, que l'Etat central ne peut plus aujourd'hui agir seul de façon efficace et qu'il convient d'organiser le transfert de tout ou partie des compétences afférentes vers les collectivités locales. C'est donc un principe descendant qui est consacré par la Constitution; laquelle désormais commande, non pas le dessaisissement de l'Etat, mais de recentrer les missions de l'Etat sur ses fonctions essentielles[6]. Bien que les parlementaires s'en défendent (Doc. AN, Rapport n° 376, p. 81), le mécanisme de répartition des compétences qui figure à l'article 72 s'inspire du principe de subsidiarité consacré dans l'ordre juridique communautaire.

Le recours à la notion de subsidiarité marque la volonté du constituant de situer désormais la réflexion juridique nationale dans le cadre des standards européens.

Le nouveau principe constitutionnel s'en distingue dans la mesure, où ne s'inscrivant pas dans un cadre fédéral, il vise à de larges délégations de compétences vers les collectivités locales et non, comme en droit communautaire, à faire remonter vers le niveau central les compétences qui ne sauraient être utilement exercées par les collectivités de base. En outre, le préambule du traité de l'Union, qui affirme rechercher «une Union dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens» donne de la subsidiarité une conception exigeante très favorable à l'initiative locale que l'on ne retrouve pas dans la Constitution révisée. La formulation retenue par le constituant est également en retrait par rapport au texte de l'article 4, alinéa 3, de la Charte européenne de l'autonomie locale, adopté par le Conseil de l'Europe en 1986. «L'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens. L'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie». Là où le texte européen met l'accent sur la proximité démocratique du pouvoir de décision, la Constitution promeut une logique plus technocratique exclusivement axée sur l'efficacité de l'action publique, logique qui, sans être totalement absente de la Charte européenne, n'y joue cependant qu'un rôle subsidiaire.

Quoi qu'il en soit, le recours à la notion de subsidiarité marque néanmoins la volonté du pouvoir constituant de situer désormais la réflexion juridique nationale dans le cadre des standards européens et de concevoir notre organisation administrative comme une imbrication de la construction européenne. Il s'agit là encore d'une évolution profonde dont il est délicat à l'avance de mesurer les effets. Car la subsidiarité c'est aussi «un principe d'éthique politique» (Vlad Constantinesco) auquel notre doctrine juridique, notre culture politique, notre histoire constitutionnelle étaient jusqu'à présent restées largement étrangères (v. en ce sens, Guillamune Drago, Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel, RID comp. 1994, p. 583).

Toutefois, le nouvel article 72 se refuse à établir, comme cela se pratique parfois dans certains états européens, une liste énumérative des matières qui relèveraient de l'action locale. L'entreprise était délicate, elle obligeait *a contrario* à se prononcer sur ce qui revient en propre à l'Etat (pour une tentative de classification des fonctions de l'Etat, v. Paul Bernard, *L'Etat républicain au service de la France*, Economica). La jurisprudence constitutionnelle avait pu un moment laisser envisager l'existence des linéaments d'une telle définition matérielle: la notion de «compétences propres» notamment, que l'on retrouve dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, avait ainsi éveillé les soupçons d'une partie de la doctrine (v. notamment, Michel Verpeaux, La décision du Conseil constitutionnel n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Une décision inattendue?, RFDA 2002, p. 459). Mais cette option n'est pas celle qui a été retenue: l'inspiration «fédéraliste» d'un tel questionnement n'était pas adaptée à la démarche du pouvoir constituant attachée à promouvoir une «organisation (seulement) décentralisée».

Pour le reste, on se bornera à observer que le principe de subsidiarité comme principe de répartition des compétences n'est pas complètement nouveau. Le rapport Guichard «Vivre ensemble» s'en faisait déjà l'écho en 1976. Et, sans que le législateur s'en réclame ouvertement, la subsidiarité était déjà à l'œuvre dans le texte de 1983. N'était-ce pas en effet déjà raisonner en termes de subsidiarité quand le législateur confia l'urbanisme à la commune plutôt qu'au département ou l'aide sociale au département plutôt qu'à la région. Au demeurant, la notion d'efficacité préférée dans l'article 72 à celle de proximité n'exclut pas la possibilité à terme d'une recentralisation de certaines compétences au profit de l'Etat. L'idée qu'une compétence serait nécessairement mieux exercée à l'échelon local est une vue de l'esprit qui, pour correspondre aux besoins du moment, n'est pas certaine d'être systématiquement vérifiée, comme l'illustrent les «flux et les reflux» de la décentralisation enregistrés depuis vingt ans[7]. Cette idée n'est ainsi pas directement inscrite dans la Constitution.

LA SUBSIDIARITÉ, UNE RÈGLE DE BONNE GOUVERNANCE PLUS QU'UN VÉRITABLE PRINCIPE JURIDIQUE

Si l'article 72 semble devoir imposer désormais au législateur de rechercher avant tout transfert de compétences l'échelon d'administration territoriale le plus adéquat pour sa mise en œuvre, la portée juridique de cette disposition n'en reste pas moins ambiguë.

(5) C'était déjà la critique faite par le doyen Boulouis au concept de libre administration, AJDA 1982, p. 304.

(6) Sur la nécessaire réforme de l'Etat et les moyens d'y parvenir: Rapport Blanc, *Pour un Etat stratège*, La Doc. fr., 1993; Rapport Picq, *L'Etat en France: une nation ouverte sur le Monde*, La Doc. fr., 1995; v. aussi C. Millon-Delsol, *L'Etat subsidiaire*, PUF, coll. Leviathan, 1992.

(7) A titre d'exemple, on observera que le Royaume-Uni, à l'exception de l'Ecosse, a opéré un mouvement de «recentralisation», avec le transfert de nombreuses compétences locales à des organismes publics ou parapublics.

Une juridicité problématique

En premier lieu, l'expression de la subsidiarité met en œuvre un critère du «mieux» qui fait appel aux notions d'efficacité et de performance de l'action publique. Or, ces préoccupations relèvent davantage de la gestion publique que du droit public (tout rapport de l'un à l'autre n'est toutefois pas exclu : Jacques Caillosse, Le droit administratif contre la performance?, AJDA 1999, p. 195). D'ailleurs le constituant s'est bien gardé d'ériger un droit pour les collectivités locales qui serait opposable au législateur[8]. Les collectivités locales ont seulement «vocation...» : il s'agit donc davantage d'un objectif, d'une règle de conduite que d'une véritable obligation juridique. La rédaction choisie par le constituant suggère donc que le législateur doit pouvoir, le cas échéant, s'abstraire de ce cadre constitutionnel. Il est significatif de lire à cet égard dans les travaux parlementaires «qu'il est en effet très complexe d'apprécier le niveau de décision adéquat et il est à craindre qu'une rédaction trop contraignante ne donne lieu à un contentieux abondant. Le législateur doit disposer d'une certaine liberté d'appréciation, le contrôle du juge constitutionnel se limitant à vérifier qu'il n'y a pas d'erreur manifeste dans un domaine qui ressortit moins au droit strict qu'à la gestion des politiques publiques» (Doc. AN, Rapport n° 376, p. 81).

La consécration du principe de subsidiarité a donc avant toute chose une portée symbolique et politique...

L'expérience tirée du droit communautaire ainsi que l'exemple italien laissent penser que la portée du principe de subsidiarité sera essentiellement procédurale.

La difficulté tiendra non seulement de définir les niveaux d'administration qui seront le mieux placés pour exercer certains types de missions mais également les compétences qu'il conviendra de regrouper. Là encore, les choix politiques ou de circonstance ne seront jamais absents. Et la Constitution n'offre à cet égard ni repères ni garde-fous suffisants. Ainsi, la consécration constitutionnelle de la région (art. 72, al. 1er) comme collectivité de plein exercice doit-elle conduire à lui confier un bloc de compétences lourdes autour de l'aménagement du territoire et de l'action économique ? Cette solution, qui dans une certaine mesure consacrerait une tendance non démentie depuis près de vingt ans, conduirait à l'évidence à modifier l'équilibre des pouvoirs entre l'Etat et les régions et entre les régions et les autres collectivités locales et à changer la nature de notre système administratif et politique. A l'évidence, une telle question est d'ordre politique et non juridique.

L'expérience tirée du droit communautaire ainsi que l'exemple italien laissent penser que sa portée sera essentiellement procédurale : la subsidiarité consistera pour le législateur à se demander au moment de procéder à un transfert de compétence, quel est le type de collectivité le mieux placé pour exercer cette compétence, compte tenu des objectifs poursuivis, des dimensions ou des effets de l'action publique envisagée. En tout état de cause, l'idée d'efficacité mise en exergue par l'article 72 amène avec elle celle d'évaluation. S'il est certain que les juridictions ne seront pas les mieux placées pour apprécier l'efficacité d'une politique publique, faut-il encore imaginer quel sera le dispositif procédural approprié : quel évaluateur pour quelle évaluation ? Cette mission pourrait relever de l'évaluation parlementaire (Jean-Pierre Duprat, Le parlement évaluateur, RID comp. 1998, p. 551). Mais l'on sait que cette procédure n'a connu jusqu'à présent qu'un succès relatif. La volonté de relancer la décentralisation devrait amener à donner à cette fonction parlementaire la portée juridique qu'elle mérite. La technique de l'étude d'impact avant l'adoption d'un texte réglementaire ou législatif pourrait également s'avérer un cadre utile à ce type d'interrogation (Stéphane Braconnier, La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique, RD publ. 1998, p. 819). Le droit à l'expérimentation devrait pouvoir par ailleurs contribuer à l'essor de la problématique de l'évaluation. Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales font d'ailleurs aujourd'hui de plus en plus souvent l'objet d'une expérimentation préalable. La régionalisation des transports ferroviaires généralisés par la loi du 13 décembre 2000 a d'abord fait l'objet d'une expérimentation lancée en 1997 sur sept régions. La loi relative à la démocratie de proximité du 27 février 2002 permet aux régions d'exercer à titre expérimental et pour une durée limitée des compétences relevant de l'Etat en matière portuaire, aéroportuaire et culturelle. Au demeurant, les collectivités locales n'ont pas toujours attendu une habilitation législative pour expérimenter des nouvelles formes d'intervention[9] ; et le Conseil d'Etat vient de leur reconnaître, sur le fondement de la clause générale de compétence, un droit à l'expérimentation (CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, AJDA 2002, p. 42, note Yves Jégouzo).

L'ambiguïté du texte constitutionnel pourra encore altérer la portée juridique du principe de subsidiarité en droit constitutionnel. Ainsi que penser de la précision apportée en cours de discussion parlementaire à la définition du principe de subsidiarité ? Le projet de loi constitutionnelle déposé par le gouvernement disposait que «les collectivités locales ont vocation à exercer l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon». A la suite de l'examen par le Parlement, l'écriture définitive de l'article 72 dissocie pour mieux les rassembler la mise en œuvre d'une compétence et l'exercice d'un pouvoir de décision : «les collectivités locales [est-il inscrit] ont vocation à prendre les décisions relatives à l'ensemble des compétences». De l'avis de ses promoteurs (Doc. AN), cette précision rédactionnelle a pour objet de lutter contre l'un des effets pervers de la décentralisation à la française qui verrait l'Etat morceler l'exercice des fonctions administratives, instrumentalisant au passage l'action des collectivités locales, ne leur déléguant que des fonctions de gestion et se gardant, par le monopole du pouvoir d'initia-

(8) V., en comparaison l'article 28 de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 : «Aux communes doit être garanti le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, dans le cadre des lois. Les groupements de communes ont également le droit d'auto-administration dans le cadre de leurs attributions légales et dans les conditions définies par la loi».

(9) Les collectivités territoriales n'hésitent pas à entreprendre des expérimentations, même en l'absence d'habilitation législative, pour améliorer le fonctionnement des services publics. L'institution par la loi du revenu minimum d'insertion en 1988 a ainsi été précédée d'une expérimentation, notamment en Ille-et-Vilaine et dans le territoire de Belfort.

tive, la maîtrise des politiques publiques exécutées au niveau local, mais finalement impulsées à l'échelon central. De la «délégation de pouvoirs», on serait ainsi passé insidieusement à «une délégation de gestion».

Ce constat fût-il fondé, la dissociation entre l'exercice d'une compétence et d'un pouvoir de décision[10] reste d'un point de vue intellectuel pour le moins mal venue. Le constituant s'écarte de la définition formelle qui prévalait jusqu'alors en droit français – selon la définition de la doctrine, la compétence n'est jamais rien d'autre que «le pouvoir de faire légalement certains actes» (Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, p. 449) – pour lui préférer une conception strictement matérielle de la compétence. L'article 72 introduit, ce faisant, un élément de complication inutile. Ainsi, depuis 1982-1983, les prétendues «compétences de gestion» transférées aux collectivités locales l'ont toujours été accompagnées d'un pouvoir de décision, qui constitue la caractéristique même de l'exercice d'une compétence. Ce qui veut dire que ce n'est pas le décrochage de la « compétence » et du pouvoir de décision qui est cause; mais bien davantage le fait que les transferts de compétences (donc du pouvoir de décision y afférent) sont restés partiels, ne permettant pas aux autorités locales de conduire une politique publique de sa conception à sa réalisation. Et en tout état de cause, la rédaction de l'article 72 ne règle pas le problème des tutelles techniques (v. Olivia Tambou, Les collectivités locales face aux normes techniques, AJDA 2000, p. 205).

Dans ces conditions, il est permis de douter de la pertinence de la distinction introduite par l'article 72, alinéa 2. N'aurait-il pas mieux valu retenir l'idée exprimée par la Charte européenne de l'autonomie locale que «les compétences confiées aux collectivités locales doivent être normalement pleines et entières». Et si ce sont les risques d'instrumentalisation par l'Etat des compétences dévolues aux autorités locales qu'il convient d'éviter, la distinction mise en évidence par la doctrine – notamment par Jean-Marie Auby dans son étude, Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos d'une controverse récente (AJDA 1984, p. 468) – entre *les mesures prises en application* et *les mesures prises en exécution* n'était-elle pas alors mieux venue? Ne pourrait-elle en effet mieux que l'improbable distinction de l'article 72 donner prise à une censure juridictionnelle chaque fois qu'une loi ou un règlement, par excès de précision normative, ne laisserait aux autorités locales, dans l'exercice d'une compétence qui leur a été dévolue, que le pouvoir de prendre des «mesures d'exécution» ?

En tout état de cause, le flou juridique qui entoure l'article 72 pourrait alimenter à l'avenir le contentieux constitutionnel.

Une justiciabilité en devenir

On peut ainsi imaginer qu'une loi retirant certaines compétences à une catégorie de collectivités locales pour les confier à un autre niveau jugé plus adéquat soit déférée au contrôle de constitutionnalité au nom même du principe de libre administration qui postule que les autorités locales disposent de compétences effectives. Ce type d'argumentation risque toutefois de n'avoir que peu de prise sur le juge constitutionnel. Le recours à la notion d'objectif à valeur constitutionnelle (v. Bertrand Faure, Les objectifs à valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique?, RFD const. 1995, p. 47; B. Thyvissen, *Les objectifs à valeur constitutionnelle*, Mémoire DEA, Bordeaux IV, 1999) devrait en effet permettre de justifier un certain nombre d'atteintes portées à la libre administration des collectivités locales dessaisies de leurs compétences et empêcher l'effet cliquet de la jurisprudence constitutionnelle (étant entendu toutefois que de tels transferts devront maintenir un minimum de compétences aux catégories de collectivités locales constitutionnellement protégées). Le Conseil constitutionnel utilise en effet les objectifs à valeur constitutionnelle d'abord comme une méthode d'interprétation venant autoriser le législateur à restreindre la portée des règles et des principes de valeur constitutionnelle (pour un exemple récent, v. Cons. const. 7 décembre 2000, n° 2000-236 DC). Comprise en ce sens, la subsidiarité est donc plutôt une arme qu'une limite au service de l'appréciation souveraine de la loi.

Cette objection n'interdit pas toutefois de penser que le nouvel article 72 pourrait quand même servir dans certains cas

(10) L'alinéa 2 ne précise pas si ce pouvoir de décision s'étend aux actes réglementaires. Mais cette précision est apportée par l'alinéa 3 qui prévoit expressément que les collectivités locales «disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences».

POUR EN SAVOIR PLUS

- *Jérôme Chapuisat, Les affaires locales, AJDA 1976, p. 470.*
- *Jean-Marie Pontier,* Semper mater, *sur une clause de compétence, RD publ. 1984, p. 1443.*
- *Jean-Marc Peyrical, Réflexions autour de la sphère de compétences particulières de communes, D. 1998, Chron. p. 341.*
- *Bertrand Faure, Petites affiches 2001, n° 95, p. 37.*
- *P. Lamy, Pouvoirs locaux 2002, IV, n° 55, p. 91.*
- *Jean-Bernard Auby, L'Europe et la décentralisation, Rev. fr. décentralisation 1995, p. 16.*
- *Franck Moderne (sous la dir. de),* Les nouvelles compétences locales, *Economica, 1985.*
- *Jacqueline Morand-Deviller et Sabine Monchambert, Les nouvelles responsabilités des collectivités locales, RD publ. 1988, p. 991.*
- *J. Bernot,* La répartition des compétences, *LGDJ, coll. Politiques locales, 1996.*
- *Jean-Claude Douence,* La vocation générale des collectivités locales, 2e Rencontres de la Caisse des dépôts, *Edition de l'Aube, 1999.*
- *Alain Delcamp, L'Europe et la subsidiarité,* In Quelle administration territoriale pour le XXIe siècle en France dans l'Union européenne?, *Jean-Claude Némery (sous la dir. de), L'Harmattan, 2001.*
- *Vlad Constantinesco, Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne,* Mélanges Boulouis, *Dalloz, 1991, p. 38.*
- *Jean-Marie Pontier, Les principes de la répartition des compétences,* in Les nouvelles compétences locales, *Economica, 1985.*
- *Louis Favoreu, La loi, le règlement et les collectivités territoriales, AJDA 2002, Tribune p. 561.*
- *Jean-Marie Pontier, Décentralisation et expérimentation, AJDA 2002, Tribune p. 1037.*
- *Guillaume Drago, Expérimentation et Constitution, AJDA 2002, Tribune p. 989.*
- *Paul Bernard, Les affaires mixtes ou l'œuvre commune, AJDA 1990, p. 131.*
- *Jean-Marie Pontier, Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités locales, RFDA 2003, p. 35.*

de fondement à une invalidation par le juge. La mise en exergue d'un objectif à valeur constitutionnelle conduit déjà dans certaines décisions le juge constitutionnel à contrôler la proportionnalité entre l'objectif poursuivi par le législateur et l'atteinte effectivement portée aux libertés (v. en ce sens les exemples donnés par Pascal Jan, J.-Cl. Dr. adm., vol. 11, v° *Bloc de constitutionnalité*). L'objectif à valeur constitutionnelle (en l'espèce, le principe de subsidiarité) devenant en quelque sorte une condition de l'exercice effectif des droits et libertés constitutionnellement garanties (ici, la libre administration des collectivités locales). Néanmoins, même si la subsidiarité peut par ce biais servir de fondement à la saisine du Conseil constitutionnel, on peut penser que le contrôle du juge ne trouvera finalement que peu de prise. Le principe de subsidiarité se situe finalement dans l'ordre des moyens: il se trouve être affecté d'une relativité et d'une contingence qui ne faciliteront pas le contrôle du juge. On peut penser, dès lors, que le Conseil constitutionnel jugera que c'est à la loi qu'il appartient d'apprécier si les transferts de compétence sont adaptés par rapport aux buts poursuivis et d'y déroger si ce n'est pas le cas. Ainsi le choix du bon échelon d'administration pourra être difficilement contrôlé autrement que par le recours aux résultats de l'évaluation et on voit mal, dans ce cas, le juge discuter et contrôler les paramètres de l'évaluateur. Par contre, le Conseil constitutionnel pourrait, sur la base de l'article 72, censurer, soit les transferts qui aboutiraient à une dispersion excessive de compétences proches entre plusieurs niveaux (restera alors déterminer la nature des matières qu'il conviendra d'agréger, en quelque sorte les blocs de compétences pertinents), soit les transferts qui conduiraient à tronçonner l'exercice du pouvoir de décision dans un champ de compétences données. En tout état de cause, compte tenu de la subjectivité déjà signalée de ce genre d'analyse, le contrôle du juge constitutionnel, qui ne dispose pas du pouvoir d'appréciation du législateur, devrait se borner sur ces questions à ne censurer que les cas de disproportions manifestes.

L'adaptation du droit des collectivités locales aux spécificités des territoires

Le recours à l'expérimentation est présenté comme une méthode irremplaçable de modernisation de l'Etat[11]. L'expérimentation est ainsi aujourd'hui devenue un mode de gouvernement assez répandu (Roland Drago, Le droit à l'expérimentation, *in Mélanges François Terré*, 1999, p. 229). De nombreuses lois récentes ont en effet offert la possibilité à des autorités décentralisées de déroger par voie d'expérimentation au droit en vigueur. L'essentiel de ces textes portait comme on l'a vu sur la répartition matérielle des compétences. Mais ce type d'expérimentation s'est toujours réalisé dans le cadre des lois et des textes réglementaires qui enserrent l'exercice des compétences administratives. La dérogation à caractère expérimental porte donc jusqu'à présent essentiellement sur le choix de la collectivité titulaire de la compétence. Or, l'article 72 modifié tend à privilégier une nouvelle approche de type normative qui intéressera autant le fond du droit que l'exercice des compétences. Mais cette approche, pour rester dans le cadre de l'Etat unitaire et du principe d'égalité devant la loi, implique un certain nombre de restrictions que la Constitution s'efforce d'organiser. C'est à ce titre que le nouvel article 72 consacre davantage un droit à demander une expérimentation qu'un droit à l'expérimentation.

L'EXPÉRIMENTATION, INSTRUMENT D'ADAPTATION DES CADRES JURIDIQUES DE LA GESTION LOCALE

Une nouvelle dynamique de l'expérimentation au niveau local est donc aujourd'hui à l'œuvre: elle consiste à permettre aux autorités locales de s'affranchir des textes en vigueur au plan national pour la mise en œuvre de leurs compétences. Cette nouvelle dynamique part de la critique déjà rencontrée d'une «recentralisation par la norme». L'inflation et l'inadaptation des normes d'origine étatique alourdiraient en effet la gestion locale, au motif qu'élaborées par l'administration centrale elles seraient par trop contraignantes et surtout, en raison de leur uniformité, inadaptées aux réalités ou aux spécificités des territoires. En outre, la loi ou le règlement serait surtout un moyen pour les services de l'Etat de récupérer par la norme les pertes de pouvoir subies à l'occasion des lois de transfert de compétence. En ce sens, la problématique de l'adaptation des règles nationales prolonge celle de la subsidiarité et conduit également à rechercher quel est le bon niveau de décision pour fixer les cadres normatifs de l'action locale. La réforme constitutionnelle ouvre ainsi la voie à une territorialisation du droit par l'adaptation des règlements mais aussi des lois.

L'adaptation des règlements nationaux

Cette préoccupation était déjà à l'œuvre à l'occasion du statut sur la Corse. Elle se retrouve aujourd'hui consacrée par la loi relative à la Corse du 22 janvier 2002 qui autorise la collectivité territoriale de Corse à adapter la réglementation nationale aux spécificités insulaires (art. L. 4424 du code général des collectivités territoriales). C'est, dans un premier temps, ce type d'expérimentation normative que tend à généraliser la loi constitutionnelle à l'ensemble des collectivités territoriales.

Formellement, l'aménagement du pouvoir réglementaire national par l'article 72 n'était pas nécessaire dès lors que le Conseil constitutionnel avait – dans sa décision n° 2001-454 DC – choisi, pour valider le dispositif imaginé à l'article L. 4424-2 du code général des collectivités territoriales, de se placer sur le terrain du droit constitutionnel général plutôt que sur la spécificité du statut de la collectivité de Corse. La décision du 17 janvier 2002 explique ainsi que les dispositions conjuguées des articles 21 et 72 de la Constitution per-

(11) Selon les travaux parlementaires (Doc. Sénat 2002-2003, n° 27, p. 88) «elle permet de tester une réforme à une petite échelle afin d'en mesurer les avantages et les inconvénients, d'en améliorer les dispositions avant de les généraliser. Elle permet également de dissiper les craintes et de lever les réticences que suscite souvent toute perspective de changement. Mieux acceptée, la réforme peut alors plus rapidement et plus pleinement produire ses effets».

mettent «au législateur de confier à une catégorie de collectivités locales[12] le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application de la loi». En l'espèce, le Conseil constitutionnel n'oppose qu'une seule réserve: le pouvoir ainsi accordé à l'autorité locale ne doit porter atteinte ni à la compétence réglementaire générale du Premier ministre, ni aux conditions essentielles d'exercice des libertés publiques; ce qui sera le cas chaque fois que la mise en œuvre des garanties attachées à l'exercice d'une liberté pourrait ne pas être la même sur l'ensemble de la République. Déroger à un règlement, pour le Conseil constitutionnel, ce n'est rien d'autre qu'exercer une compétence réglementaire. Or rien n'interdit au législateur de confier l'exercice d'une compétence administrative à une autorité administrative autre que le Premier ministre ainsi que l'admet d'ailleurs sa jurisprudence sur les autorités administratives indépendantes (Cons. const. 17 janvier 1989, *CSA* (15e cons.), RFDA 1989, p. 215, note Bruno Genevois; v. aussi Cons. const. 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, AJDA 1996, p. 694, note Olivier Schrameck).

La nouvelle rédaction de l'article 72 vient déroger au principe de l'unité territoriale du pouvoir réglementaire.

La loi constitutionnelle se situe ainsi sur ce dernier point dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle s'en écarte toutefois sur deux aspects. D'abord la nouvelle rédaction de l'article 72 vient déroger au principe de l'unité territoriale du pouvoir réglementaire. Dès lors, ce qui ne pouvait être admis auparavant que pour la Corse, dans la mesure où elle constituait une catégorie particulière de collectivité locale (v. en ce sens, malgré les apories de la jurisprudence constitutionnelle, Bertrand Faure, La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel, RFDA 2002, p. 469), devient possible et de manière différenciée pour l'ensemble des collectivités locales. Elle s'en écarte aussi dans la mesure où l'article 72, rejoignant en ce sens le nouvel article 37-1 de la Constitution («La loi ou le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental»), prévoit que la possibilité de déroger à des dispositions réglementaires pourra être prévue par décret alors que le Conseil constitutionnel semblait exiger une habilitation du Parlement. La rédaction de l'article 72 suggère que l'autonomie normative des collectivités locales pourra jouer à deux niveaux: soit le pouvoir d'adaptation relèvera d'une habilitation de la loi, soit d'une habilitation par le décret. Dans ce cas, celui du maintien de la compétence gouvernementale, on peut être amené à penser que le décret d'application pourra retenir une partie de la compétence normative et que les possibilités d'expérimentation laissées au pouvoir local ne porteront que sur des détails secondaires. Imaginons ainsi qu'un décret mettant en œuvre des dispositions législatives aménage des possibilités de dérogation par les autorités locales alors que la loi dont il est fait application n'a rien prévu en ce sens, soit qu'elle renvoie à un décret pour son application, soit qu'elle ne renvoie à aucun texte. Avant la révision de la Constitution, la question revenait à savoir si le pouvoir réglementaire pouvait subdéléguer aux autorités locales une compétence qu'il détient de l'article 21 de la Constitution. La jurisprudence partagée entre les prescriptions de l'article 21, l'exigence d'une habilitation législative et les incertitudes du pouvoir réglementaire local (CE Ass. 2 décembre 1994 (2 arrêts), *Commune de Cuers* et *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord*, Lebon p. 522 et 529; Cah. fonct. publ. 1995, n° 3, p. 23 concl. Jacques Arrighi de Casanova; RFDA 1996, p. 105, note Bertrand Faure) n'offrait pas de réponses vraiment certaines. La nouvelle rédaction de l'article 72 permet de lever une partie de ces ambiguïtés: non seulement les collectivités locales sont désormais investies expressément d'une compétence réglementaire mais la Constitution prévoit que les expérimentations pourront être autorisées par décret; ce qui ouvre la voie à une délégation de compétence réglementaire du Premier ministre au profit des collectivités locales.

A l'inverse, dès lors que la loi habilitera les autorités locales à expérimenter ses modalités d'application, il est permis de penser que cette délégation de compétences conduira à l'éviction en la matière de la compétence réglementaire gouvernementale. La motivation retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la Corse avait suscité certaines interrogations (Bertrand Faure, RFDA 2002, préc.). L'inscription désormais dans le texte même de la Constitution du pouvoir réglementaire des collectivités locales comme prolongement naturel de la libre administration, conjuguée à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat (CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de Cergy-Pontoise*, Lebon p. 37; AJDA 1985, p. 271, obs. Jacques Moreau; RFDA 1985, p. 367, note Jean-Claude Douence et obs. Louis Favoreu), conduisent dorénavant à retenir une interprétation stricte de l'article 21 de la Constitution (en dépit de la non-modification de sa rédaction pourtant envisagée en cours de discussion parlementaire) et à faire prévaloir dans ce cas la compétence exclusive des autorités locales; et ce d'autant que l'habilitation législative à prendre des mesures expérimentales visera nécessairement un objet et une durée limités.

L'adaptation des lois

L'article 72 a toutefois principalement pour objet de lever les obstacles découlant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant à la possibilité offerte aux autorités locales non de recourir à l'expérimentation (qui ne pose pas de problème théorique spécifique) mais au pouvoir qui pourrait leur être reconnu par ce biais de déroger aux lois et d'adapter pour l'exercice de leurs compétences le contenu des lois. En 2002, le Conseil constitutionnel s'est en effet opposé à ce que la loi puisse habiliter la collectivité territoriale de Corse à procéder à des expérimentations comportant, le cas échéant, des dérogations aux dispositions législatives en vigueur, en considérant «qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déférée [était] intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution». Le raisonnement du Conseil constitutionnel s'appuie ici sur une interpré-

(12) Le Conseil constitutionnel vise une catégorie de collectivités locales et non une catégorie particulière de collectivités locales. Ce qui suggère que le raisonnement établi pour la Corse aurait pu valoir pour d'autres catégories: régions, départements, communes.

tation restrictive du principe de libre administration. Ignorant la problématique de l'expérimentation, dont le législateur avait pourtant cru pouvoir se prévaloir en se fondant sur la jurisprudence de 1993, le juge constitutionnel assimile en l'espèce l'habilitation à déroger à la loi à une délégation de pouvoir législatif, objectant alors que la seule procédure prévue en ce sens par la Constitution était celle de l'article 38 évidemment inapplicable aux collectivités locales. De la sorte, le Conseil constitutionnel oppose un refus de principe à l'idée même d'adaptation des lois nationales. Se trouve en l'espèce censurée non pas une loi habilitant la collectivité de Corse à exercer une compétence d'ordre législatif précise mais une disposition législative d'ordre général destinée à être insérée dans le nouveau statut de la Corse. Ce dernier prévoyait que le législateur pourrait à l'avenir, à la demande du gouvernement, saisi en ce sens par l'assemblée territoriale, ouvrir à la collectivité de Corse la possibilité d'apporter par voie d'expérimentation des dérogations aux dispositions législatives. La censure juridictionnelle était intervenue alors que les dispositions invalidées étaient doublement restrictives : d'une part, la Corse est érigée en collectivité locale à statut spécifique et, d'autre part, l'ampleur de ces dérogations aux dispositions législatives était limitée par les contraintes enserrant la problématique de l'expérimentation.

Si le pouvoir réglementaire local pouvait compléter la loi, la Constitution ne prévoyait pas qu'il puisse l'adapter. Dans ces conditions, seule une modification du texte constitutionnel pouvait permettre d'aller plus loin dans l'adaptation du droit aux spécificités des territoires.

UN DROIT À DEMANDER UNE EXPÉRIMENTATION DAVANTAGE QU'UN DROIT À L'EXPÉRIMENTATION

Dans une large mesure, l'article 72 reprend des restrictions issues de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si le juge constitutionnel, rejoignant sur ce point le Conseil d'Etat (CE 13 octobre 1967, *Peny*; CE 21 février 1968, *Ordre des avocats de la cour d'appel de Paris*; V. aussi CE Sect. 24 juin 1993, req. n° 353605, EDCE 1993), a admis le principe de règles à caractère expérimental, il s'est efforcé d'en limiter la portée : exigeant de l'expérimentation qu'elle soit limitée dans le temps et qu'elle porte sur un objet précis, et du législateur qu'il précise les conditions et les procédures d'évaluation conduisant au maintien, à la modification, à la généralisation ou à l'abandon de l'expérience (Cons. const. 28 juillet 1993, n° 93-322 DC, Rev. adm. 1993, p. 443, note Robert Etien; Petites affiches 1994, n° 27, p. 4, note Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux; RFD const. 1993, p. 831, note X. Philippe; Cons. const. 21 janvier 1994, n° 93-333 DC).

Le pouvoir d'adaptation offert aux autorités locales devrait concerner en priorité les textes de répartition des compétences.

En premier lieu, l'article 72 prévoit que la loi ne peut porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnel garanti. A dire vrai, la dissociation n'est guère heureuse : on ne connaît guère de libertés publiques qui n'aient été constitutionnalisés. Mais là n'est pas l'essentiel. Ce n'est pas tant ici la protection de la liberté qui est en jeu que le principe d'égalité devant la loi. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a déjà statué en ce sens (notamment, Cons. const. 18 janvier 1985, n° 84-185 DC; Cons. const. 13 janvier 1994, n° 93-329 DC, AJDA 1994, p. 132, note Jean-Paul Costa, à propos de la liberté d'enseignement). Ainsi s'explique que l'on ne retrouve pas cette restriction au nouvel article 37-1 qui prévoit que la loi et le règlement, applicables par définition sur l'ensemble du territoire national, pourront comporter des dispositions à caractère expérimental.

En second lieu, l'objet de l'expérimentation ne peut être que limité : il ne peut porter que sur « les dispositions qui régissent l'exercice des compétences » locales.

Que faut-il entendre par cette formule ?

Le pouvoir d'adaptation offert aux autorités locales devrait concerner en priorité les textes de répartition des compétences. C'est d'ailleurs à ce titre que l'expérimentation est expressément évoquée par les travaux parlementaires. Par exemple, une région pourrait se voir confier la gestion des collèges. Mais doit-on considérer que « les dispositions qui régissent l'exercice de leurs compétences » s'entendent plus largement des dispositions du code général des collectivités territoriales qui intéressent l'organisation des collectivités locales mais aussi leurs ressources[13]. Dans l'affirmative, le droit à l'expérimentation pourrait aller au-delà des pratiques actuelles et concerner notamment le pouvoir d'auto-organisation des collectivités locales. Un tel pouvoir pourrait permettre à certaines d'entre elles d'opter pour des modes d'organisation et de fonctionnement spécifiques distincts de ceux organisés actuellement par la loi. Ce pouvoir de différenciation statutaire est aujourd'hui reconnu dans nombre de pays tandis qu'en France le principe de libre administration, qui veut que l'organisation des collectivités relève de la loi, conduit au contraire à l'uniformité des statuts. L'adaptation des lois qui régissent le statut des collectivités locales pourrait encore permettre aux collectivités locales qui en feraient la demande de confier l'exercice d'une ou de plusieurs de leurs compétences légales à une autre collectivité. De telles expérimentations pourraient servir alors de tremplin à une modification à terme de la carte administrative par fusion ou absorption des collectivités partenaires. Au titre d'une réorganisation des compétences territoriales, les structures intercommunales – spécialement visées par la Constitution à la suite d'un amendement parlementaire – pourraient encore se voir investies de compétences non prévues par la loi. Certes, la distinction des compétences obligatoires et des compétences facultatives d'intérêt communautaire offre déjà aux autorités intercommunales un large éventail de possibilités, mais l'expérimentation peut leur permettre d'exercer par exemple en zone urbaine les compétences relevant du département ou de l'Etat (voir la revendication de certaines intercommunalités de se saisir de la politique du logement). Dans

(13) Ainsi compris l'article 72 permettrait de rejoindre le contenu d'une proposition de loi constitutionnelle déposé par l'ancien ministre Pierre Méhaignerie et adoptée par l'Assemblée nationale le 16 janvier 2001 et qui devait permette aux collectivités locales d'expérimenter de nouvelles dispositions intéressant leur organisation, leurs compétences et leurs ressources.

tous les cas, le législateur devra veiller à ce que ces redistributions de compétences n'amènent pas les collectivités bénéficiaires des transferts expérimentaux à exercer ou établir une tutelle sur les autres collectivités. Le principe désormais inscrit à l'alinéa 5 de l'article 72 de la Constitution (à propos de la notion de collectivité chef de file) a une portée générale comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 sur la loi relative à la Corse.

Mais là encore, l'expérimentation pourra-t-elle porter sur les dispositions de fond qui régissent l'exercice par les collectivités locales? *A priori*, le recours aux lois expérimentales devrait être d'interprétation stricte. Mais, d'après les travaux parlementaires la formule retenue par l'article 72 se prête à une double lecture. Le rapport de l'Assemblée nationale (Doc. AN, Rapport n° 376, préc.) cite ainsi l'exemple de la compétence régionale en matière de lycée qui pourrait être étendue à l'ensemble des dispositions normatives qui entourent la gestion des lycées. Mais l'interdiction de toucher aux conditions essentielles d'exercice d'un droit constitutionnel garanti ou d'une liberté publique risque toutefois de limiter très sensiblement cette possibilité d'adaptation des règles de fond. Au demeurant, nombre de dispositions nationales sont aujourd'hui la transcription de dispositions issues de textes de droit communautaire. La primauté du droit communautaire, à laquelle la loi ne saurait déroger, sera une limite de plus à l'adaptation du cadre normatif qui s'impose à la gestion des services publics locaux. Ainsi si l'on peut imaginer que la loi ou le décret habilite certaines collectivités locales à expérimenter de nouvelles procédures de passation des marchés publics, ce n'est que dans la mesure où les orientations contenues dans les directives communautaires s'y prêtent.

Enfin, dernière condition posée par l'article 72, les dispositions à caractère expérimental doivent être d'une durée limitée. Si l'on se reporte à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette exigence signifie qu'au terme de cette durée – qu'il reviendra à la loi ou au décret de fixer et qu'il appartiendra au juge de contrôler notamment pour vérifier si le délai fixé n'est pas disproportionné avec l'objet de l'expérimentation – les résultats de l'expérimentation auront vocation à être évalués.

Reste à définir le cadre procédural de l'expérimentation qui devra être tout entier tourné vers la question vraiment décisive de l'évaluation. Certains auteurs ont pu espérer que de telles précisions viendraient de la Constitution (Guillaume Drago, Expérimentation et Constitution, AJDA 2002, Tribune p. 989). Mais l'article 72 révisé renvoie à une loi organique le soin de préciser les conditions, notamment procédurales, de mise en œuvre du droit à l'expérimentation. Dans l'attente de ce texte, qui sera soumis à l'examen obligatoire du Conseil constitutionnel, il est permis de suggérer que les principes de procédure, qui ont présidé à l'aménagement d'un pouvoir d'adaptation normative pour la Corse, resteront valables en dépit de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel. Dans tous les cas de figure, qu'il s'agisse de déroger à des dispositions législatives ou réglementaires, il ne saurait être question de laisser aux autorités locales l'initiative d'une expérimentation. Avec l'expérimentation, ce sont en effet les deux supports de l'indivisibilité de la République à savoir l'unité du pouvoir normatif et l'identité institutionnelle qui risquent de vaciller. Dès lors, le maintien du caractère unitaire de l'Etat impose de placer les expérimentations sous le contrôle des autorités centrales. Le nouvel article 72 exige en ce sens qu'une loi ou un règlement ait «prévu» chaque expérimentation. Dès lors, si les assemblées délibérantes locales, sur proposition de l'exécutif, pourront en faire la demande, c'est au gouvernement que devra appartenir en dernier lieu la décision de lancer l'expérimentation, soit en saisissant le Parlement d'un projet de loi en ce sens, soit en adoptant un décret. Il reviendra encore à la loi organique de prévoir les modalités d'information du Parlement sur la mise en œuvre de l'expérimentation ainsi que les mécanismes d'évaluation. Dans le même ordre d'idées, c'est aux autorités centrales (au Parlement ou au gouvernement selon le cas) qu'il appartiendra de tirer les enseignements de l'expérimentation: donc à la loi ou au décret de décider de sa généralisation, de sa reconduction ou de son abandon même avant le terme prévu.

L'articulation des compétences locales: la notion de collectivité chef de file

L'article 72, alinéa 5, prévoit que «lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune». Cette disposition consacre la notion de collectivité chef de file notamment à l'œuvre dans la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement du territoire (art. 65-II) mais invalidée à l'époque par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 26 janvier 1995, n° 94-358 DC). Pour autant, l'inscription de la notion de collectivité chef de file dans la Constitution ne change pas grand-chose à la teneur du débat. Les parlementaires ont en effet cru bon de préciser en tête de ce même alinéa 5 qu'«aucune collectivité locale ne peut exercer une tutelle sur une autre». Certes, l'expérience espagnole de régionalisation montre que l'introduction d'une telle interdiction dans le texte constitutionnel n'est pas totalement inutile (V. notamment, Bruno Rémond, *De la démocratie locale en Europe*, Presses de Sciences-Po, 2001, p. 42-46). Mais c'est la conjugaison de cette disposition avec la notion de collectivité chef de file qui peut s'avérer problématique dès lors qu'une telle désignation ne manquera pas de renforcer des rapports de dépendance sinon en droit du moins en fait[14].

La notion de collectivité chef de file montre que le pouvoir constituant n'a pas souhaité revenir à une «théorie pure» des blocs de compétences.

(14) Certes, la notion de collectivité chef de file a depuis été reprise dans la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité qui confie à la région le soin d'attribuer les aides directes aux entreprises et de définir leur régime tout en permettant aux départements et aux communes de contribuer à ces actions à condition toutefois de signer une convention avec la région. Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi, il n'a pu préciser la constitutionnalité de cette disposition qui reste donc hypothétique.

L'emploi du terme «cependant» laisse toutefois penser que l'invocation de ce principe ne saura lui faire obstacle à la mise en œuvre d'une telle procédure. Mais il reste que c'est finalement au Conseil constitutionnel qu'il reviendra d'arbitrer entre ces deux exigences.

Pour l'heure, on peut simplement suggérer à la lecture de l'article 72, alinéa 5, que la Constitution prend acte une fois pour toutes de l'irréalisme de la doctrine des blocs de compétence et assure en contrepartie la promotion du contrat comme moyen de corriger l'enchevêtrement des compétences (Yves Madiot, Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales, RFDA 1996, p. 964).

LA NOTION DE COLLECTIVITÉ CHEF DE FILE, UNE CONCEPTION RÉALISTE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

Plus encore que le principe de subsidiarité, la notion de «collectivité chef de file»[15] vient montrer que le pouvoir constituant n'a pas souhaité revenir à une «théorie pure» des blocs de compétences. Si l'idée de spécialisation des compétences autour de l'affirmation de vocation dominante pour chaque échelon reste un objectif, la Constitution prend acte de ce que la plupart des domaines de l'action locale donneront lieu, même dans le cadre des nouveaux transferts, à l'exercice de compétences partagées.

Plusieurs situations peuvent conduire en effet à un partage des responsabilités administratives au plan local. On sait que les textes de répartition des compétences ont eux-mêmes contribué à cet éclatement des responsabilités. Et même si les nouveaux transferts de compétences devraient s'affranchir de ces travers, d'autres facteurs contribueront à agir en sens inverse.

D'abord, la division des compétences n'est jamais totalement étanche: Où s'arrête l'action sociale? Où commence la politique sanitaire? De sorte que les autorités locales peuvent solliciter leurs compétences légales pour mener des actions parallèles à celles d'autres collectivités. Par exemple, la compétence d'aménagement rural reconnue au département peut l'amener à faire de l'intervention économique (V. CE 11 juillet 1991, *Préfet de la Haute-Saône*, Lebon p. 284; AJDA 1991, p. 822, obs. Claude Devès; JCP 1992, II, n° 21822, note François Chouvel).

De même, la notion d'affaires locales, conjuguée à la juxtaposition territoriale des différents niveaux d'administration met en évidence le croisement inévitable des interventions publiques au niveau local (par exemple, CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, préc.).

Enfin, nombre d'actions publiques donnent lieu à des politiques intersectorielles (environnement, développement économique, aménagement du territoire, politique de la ville) qui nécessitent la mobilisation de plusieurs niveaux d'administration.

Si le partage des compétences n'est pas dans son principe condamnable[16], la pratique locale a montré qu'il pouvait être la cause de sérieux dysfonctionnements (morcellement de l'action publique, concurrence entre collectivités locales). Or c'est précisément l'objet de la notion de collectivité chef de file que de remédier au brouillage des compétences en permettant à une collectivité d'orienter l'action de l'ensemble des collectivités concernées par l'exercice d'une même compétence.

LA CONSÉCRATION DU CONTRAT COMME INSTRUMENT DE COORDINATION DES COLLECTIVITÉS LOCALES

La notion de collectivité chef de file conjuguée à l'interdiction de la tutelle entre collectivités territoriales suggère que l'articulation des compétences au niveau local ne pourra prendre qu'une forme contractuelle, seule en mesure de garantir le consentement de l'ensemble des partenaires aux orientations définies par le chef de file.

En ce sens, l'article 72, alinéa 5, ne devrait pas bouleverser les pratiques du développement local. La contractualisation s'est développée à partir des années 1980 dans les faits comme un moyen de lutter contre la dispersion des centres de décisions afin d'assurer la coordination des actions publiques (v. notamment, Paul Bernard, Les relations contractuelles entre collectivités publiques, AJDA 1990, p. 131; et aussi, Nadine Poulet-Gibot Leclerc, RFDA 1999, p. 551). Plusieurs dispositions légales organisent déjà de tels partenariats[17]. Pour ne prendre qu'un exemple récent, la loi du 2 janvier 2002 a prévu, dans le but de coordonner la mise en œuvre de l'action sociale et médico-sociale, la conclusion dans chaque département d'une convention pluriannuelle conclue entre les différentes autorités compétentes (Etat, département et centres communaux ou intercommunaux d'action sociale gestionnaires d'établissements ou de services; V. Michel Borgetto, Les compétences en matière sociale, *Annuaire des collectivités locales* 2002, p. 185).

La nouvelle rédaction de l'article 72 pourrait permettre de donner davantage de cohérence et de lisibilité à la politique de contractualisation dont les dysfonctionnements ont été dénoncés à plusieurs reprises (Maryvonne Hecquard-Théron, La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention, AJDA 1993, p. 451). Elle permettra en particulier de passer de systèmes ponctuels et sectoriels à un

(15) Pour une autre illustration de la notion de «chef de file», V. la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires (JO 5 juin 1996, p. 8263) qui prévoit de désigner un service de l'Etat chef de file pour la préparation des projets de code.

(16) Les compétences partagées sur un territoire commun permettent à l'autorité locale d'agir là où les réalisations de ses partenaires lui semblent insuffisantes et ainsi d'inscrire son action dans une logique de complémentarité à une époque où la raréfaction des ressources publiques oblige à faire des choix. Non seulement, l'autorité locale intervient pour les besoins de la population locale, mais elle peut intervenir aussi dans l'espoir de susciter une meilleure distribution des actions publiques sur son territoire voire un accord de partenariat avec les autres collectivités potentiellement compétentes. Au contraire, si les compétences sont réparties de manière exclusive entre les acteurs locaux – et comme chaque collectivité détient plusieurs titres de compétence – le risque est de voir les autorités locales faire des arbitrages au détriment de certaines de leurs compétences, ce qui pourrait créer des inégalités entres les citoyens en fonction des priorités de la politique locale; v. en ce sens, G. Orange, Institutions, gestions et dynamique des compétences, *Annuaire des collectivités locales* 2002, p. 97.

(17) Par exemple, la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 autorise une commune, par convention, à mettre en œuvre les compétences du département en matière d'action sociale et de santé (art. 30). L'article 30 de la même loi prévoit que le département peut confier par convention tout ou partie de l'organisation des transports scolaires à des communes ou des syndicats mixtes, des groupements de communes ou des syndicats mixtes. Pour d'autres exemples, V. Yves Madiot, RFDA 1996, préc.

système permanent susceptible d'être généralisé à l'ensemble des collectivités locales dans l'ensemble de leur domaine de compétence.

La mise en œuvre de ces nouveaux mécanismes de répartition des compétences devrait donner lieu toutefois à certaines difficultés.

La détermination de la collectivité chef de file ne devrait pas poser trop de problèmes. La Constitution laisse un large éventail au législateur: il s'agira surtout de savoir si la formule «l'une d'entre elles ou un de leurs groupements» exclut ou non les formes de droit privé (SEML, association) voire les GIP ou GEIE. Pour le reste, plusieurs options restent toutefois ouvertes au législateur. La loi pourra décider: soit de confier la coordination de l'ensemble des politiques locales à un niveau unique (on pense à l'échelon régional; v. en ce sens les propositions du «manifeste de la décentralisation en Bretagne» adopté par le conseil régional de Bretagne); soit de distinguer les chefs de file par type de compétences; soit de laisser aux collectivités locales le soin de désigner la collectivité chef de file en fonction de leurs besoins sur un champ de compétences donné. Le premier scénario reste largement hypothétique pour des raisons politiques et peut-être juridiques. La désignation systématique de la région comme chef de file sur un ensemble de compétences porteuses serait en effet de nature à transformer de manière profonde les ressorts de la décentralisation; mais ne présente-t-elle le risque d'être interprétée comme l'instrument d'une tutelle insidieuse de la région sur les autres collectivités? Dans ces conditions, il est permis de se demander si le texte constitutionnel ne conduira pas à une vision kaléidoscopique de la décentralisation qui, comme l'évoquait en 1996 le doyen Yves Madiot, verrait se multiplier les collectivités chefs de file en fonction de la nature des compétences partagées, empêchant de la sorte de constituer face à l'Etat des pouvoirs locaux suffisamment puissants et maintenant dès lors, voire renforçant, les pouvoirs du centre face à la périphérie. Au demeurant, des expérimentations, permettant le cas échéant des désignations de chefs de file à géométrie variable selon les territoires concernés, ne pourraient qu'accentuer cette tendance.

De la même manière, si l'on entend donner à l'interdiction de la tutelle une portée significative, alors un certain nombre de solutions imaginables comme instrument de correction de la répartition des compétences semble fermé au législateur. La loi ne devrait pas notamment pouvoir désigner de manière unilatérale un chef de file auquel les collectivités inférieures seraient tenues de s'agréger pour l'exercice de leurs compétences, mais prévoir un mécanisme d'ordre contractuel. La conclusion d'un contrat ne résoudra pas toutefois toutes les difficultés. Il est à craindre que la pratique du chef de file vienne renforcer des tutelles indirectes. Pour ne prendre que l'exemple de l'aide aux entreprises régie par la loi sur la démocratie de proximité la collectivité qui ne contracte pas avec la région se prive de cette compétence (et ne peut dès lors financer le développement de son territoire) et si elle contracte, elle risque de voir sa compétence mise au service d'un programme d'actions qui aura été défini par le conseil régional. Le risque est en effet pour les collectivités inférieures d'être amenées à adhérer à des clauses définies en dehors de leur consentement. Des lors, l'interdiction de la tutelle ne devrait-elle pas conduire à imaginer une procédure (sous la forme par exemple d'un appel à compétences) qui permette à toutes les collectivités partenaires d'adhérer en amont et de participer à la définition du programme d'actions? De la même manière, l'interdiction de la tutelle doit amener à interdire toute procédure qui consisterait à instituer un mécanisme de substitution pour la collectivité chef de file à l'égard des autorités locales qui ne mettraient pas en œuvre leurs compétences. Seul l'Etat, qui est un chef de file en quelque sorte naturel, pourrait se voir reconnaître dès lors ce type d'attributions, comme c'est d'ailleurs déjà régulièrement le cas.

L'article 72 vient ainsi donner aux compétences des collectivités locales l'assise constitutionnelle qui leur manquait. En dépit d'un certain flou juridique, du caractère alambiqué de certaines définitions, de l'aspect partiel de la réforme, l'œuvre du constituant semble marquer une rupture certaine avec nos traditions administratives. L'approfondissement de la décentralisation appellera d'autres initiatives, d'autres avancées que la révision constitutionnelle ne pouvait à elle seule permettre. C'est toute l'ambivalence de la loi constitutionnelle... à la fois validation des acquis et pont jeté vers l'avenir. ■

DOCUMENT n° 6

COLLECTIVITÉS LOCALES

RUBRIQUE sous la direction de :
Jean-François AUBY, *Ancien élève de l'École nationale d'administration*
Jean-Claude DOUENCE, *Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*
Bertrand FAURE, *Professeur à l'Université de La Rochelle*
Franck MODERNE, *Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*
Michel VERPEAUX, *Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

ÉTUDE

La liberté d'administration locale

Jean BÉNOIT
Docteur en droit
Secrétaire général de la rédaction de l'Encyclopédie Dalloz «Collectivités locales»

L'ESSENTIEL

La libre administration des collectivités locales est fondamentalement une liberté des citoyens. Cette liberté d'administration est le complément nécessaire de la liberté de s'associer et d'entreprendre, afin d'assurer en démocratie l'équilibre entre égalité et liberté. Sans toucher à l'égalité en droit, elle autorise des inégalités de fait en permettant aux communautés locales de citoyens d'adapter à leur situation propre les modes de satisfaction publique des besoins. Au-delà de la libre administration, le libre gouvernement ou la libre législation donnent davantage de liberté mais ne maintiennent plus l'égalité en droit, ni donc le degré de solidarité correspondant. En préalable, il faut clarifier la distinction du gouvernement et de l'administration.

A mon père

De la notion de «décentralisation administrative», définitivement établie sous la IIIe République (1), en pratique avec les lois des 10 août 1871 et 5 avril 1884 et en doctrine avec notamment l'article classique de Maurice Hauriou au *Répertoire Béquet*, à la notion de «libre administration», consacrée par les Constitutions des IVe et Ve Républiques, l'évolution de la conception du phénomène est nette: d'une idée de réaction contre la centralisation, on passe à l'affirmation de la valeur intrinsèque de la libre administration des collectivités locales, et à sa protection. Il est vrai que cette évolution ne se concrétisera que tardivement, avec la réforme des années 1982 et suivantes et le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans son sillage. Mais quelle est plus précisément cette valeur de la libre administration, quelle est la nature profonde de cette liberté? Au-delà de la première apparence, la libre administration des collectivités locales est, fondamentalement, non pas une liberté de personnes morales publiques ou de leurs organes, mais une liberté des citoyens, une liberté publique complémentaire, dans la sphère administrative, de la liberté d'entreprendre et de la liberté de s'associer dans la sphère civile, une liberté nécessaire en démocratie, permettant une diversité d'application de la loi dans le respect de l'égalité.

Mais cette portée profonde de la libre administration ne peut être dégagée sans approfondissement préalable de la fonction administrative, et en particulier de sa distinction juridique précise de la fonction gouvernementale.

La fonction administrative

L'analyse des fonctions de l'Etat reste très largement dominée par la pensée de Montesquieu, distinguant *a priori* trois pouvoirs essentiels, qui ne doivent pas être réunis dans les mêmes mains: la puissance législative, la puissance exécutrice de l'Etat, la puissance de juger (on notera toutefois qu'il considère finalement, au même chapitre, que la justice n'est pas une puissance politique,

(1) Le terme «décentralisation» apparaît à la fin de la Restauration, mais avec un sens large de localisation, englobant ce qui ne sera dissocié que dans la seconde moitié du XIXe avec l'introduction du terme «déconcentration»: V. G. Sautel, Vocabulaire et exercice du pouvoir administratif: aux origines du terme «déconcentration», Mélanges Georges Burdeau, LGDJ, 1977, p. 981.

et que de pouvoirs «il n'en reste que deux» (2)). Il en est résulté la distinction courante législatif-exécutif-judiciaire, correspondant à trois fonctions matériellement définies relevant en principe d'organes propres.

Pourtant, d'une part, le droit positif a depuis consacré la possibilité pour le pouvoir exécutif de fixer des règles complémentaires de celles adoptées par le pouvoir législatif, ou même des règles autonomes. La doctrine a donc dû procéder à la distinction entre loi matérielle et loi formelle, et élargir la notion d'exécutif à l'édiction de lois, au sens de Montesquieu, sous la forme de décrets réglementaires.

D'autre part, si nul besoin de distinction entre le gouvernement et l'administration ne se manifeste dans l'optique de Montesquieu, qui est de dégager un équilibre propice à la liberté, et si effectivement gouvernement et administration sont liés en droit positif, il n'en reste pas moins qu'il convient, dans une optique scientifique, de préciser une distinction perçue par le sens commun et confirmée par la Constitution (art. 20): «le gouvernement... dispose de l'administration». Ce n'a pas été le premier mouvement de la doctrine: elle s'est d'abord essentiellement attachée - outre le problème déjà évoqué de la loi et du décret - à caractériser l'administration ou le droit administratif en eux-mêmes, soit par le but de service public, soit par le régime de puissance publique. Par la suite, le doyen Vedel, tout particulièrement, a entendu réintroduire les données organiques et retrouver «les bases constitutionnelles du droit administratif», resituer, compte tenu du droit positif, l'administration au sein de l'Etat: «l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique» (3). Subsiste toutefois une ambiguïté, qui reflète le droit positif: d'une part, la fonction gouvernementale définie par la Constitution (art. 21) inclut le pouvoir réglementaire, d'autre part, les décrets réglementaires sont qualifiés d'actes administratifs tout comme un règlement de police préfectoral ou municipal. Il reste alors à se libérer de la vision d'art politique de Montesquieu, qui n'est pas adaptée à une analyse scientifique de l'organisation actuelle de l'Etat. Sur une base méthodologique renouvelée, permettant de dépasser la trilogie classique des fonctions tout en approfondissant les bases constitutionnelles de l'administration, Francis-Paul Bénoit (4) a clarifié la distinction du gouvernement et de l'administration, ou plus précisément leur articulation.

Ces analyses peuvent être complétées, compte tenu notamment des apports du débat récent sur le pouvoir réglementaire local, par la distinction de ce que l'on peut dénommer pouvoir réglementaire «de gouvernement» et pouvoir réglementaire «d'administration».

On en vient alors à distinguer la sphère proprement politique de la conception du modèle de vie en société, et les deux sphères complémentaires de satisfaction concrète des besoins, civile et administrative.

Gouvernement et administration

C'est à l'analyse scientifique de l'état du droit positif à un moment donné que s'est attaché Francis-Paul Bénoit, et non à la construction d'un modèle général. La réalité dont il faut rendre compte est un ensemble d'organes, assumant diverses missions ou tâches matériellement définies, selon divers régimes juridiques. Pour regrouper objectivement les missions en fonctions, il faut prendre en considération «l'ensemble complexe organe-mission-régime», la fonction apparaissant comme «une catégorie de missions constituant un ensemble homogène par leur régime, et notamment compte tenu de leur attribution à un organe déterminé (5)».

Le constat de départ est celui d'une dualité fondamentale des missions étatiques. D'une part, le Parlement, le Président de la République et le gouvernement (6) assurent l'émission des normes juridiques primaires - Constitution, lois, décrets - et la définition de la politique générale du pays, sous un régime principalement de droit constitutionnel. D'autre part, les services administratifs ou juridictionnels centraux et déconcentrés assurent, conformément aux normes ou directives primaires et donc de manière subordonnée, l'ensemble des services rendus aux habitants, sous un régime principalement de droit administratif ou judiciaire. Cette dualité fondamentale révèle une double personnalité de l'Etat, «Etat-Nation», source du droit interne, et «Etat-Collectivité», subordonné à ce droit, selon la terminologie adoptée par l'auteur (7), étant entendu que la nature juridique unitaire de la personne Etat n'est pas en cause, la dualité se situant sur le plan du régime juridique.

Le régime d'exercice des missions des divers organes doit ensuite être approfondi, pour apprécier s'il y a unité ou diversité de régime de leurs missions conduisant à distinguer plusieurs fonctions, ou si une même fonction n'est pas partagée entre plusieurs organes. On envisagera ici plus spécialement les fonctions gouvernementales et administratives, et leur articulation.

Les fonctions gouvernementales et administratives

Retenant une notion organique large de gouvernement, incluant, «en raison des liens étroits qui existent entre eux», le Président de la République, le Premier ministre et le Conseil des ministres, Francis-Paul Bénoit relève une dualité essentielle de régime d'exercice de leurs missions qui le conduit à distinguer, d'une part, la «fonction gouvernementale générale» sous le seul contrôle politique du Parlement, d'autre part, la «fonction d'élaboration des décrets» qui présente la particularité d'être également contrôlée par le Conseil d'Etat (8). On peut compléter ici l'analyse, à un double point de vue.

En premier lieu, l'évolution de la pratique institutionnelle paraît désormais imposer la distinction du Président de la République et du gouvernement, et des fonctions correspondantes. Ceci étant, on retrouve pour les missions présidentielles la même dualité de régime qui conduit à distinguer une fonction présidentielle générale sous le seul contrôle des électeurs, et une fonction d'élaboration des décrets sous le contrôle du Conseil d'Etat. Il apparaît finalement que les fonctions présidentielles et gouvernementales sont globalement de même type et soumises aux mêmes régimes - sous réserve de la responsabilité propre du gouvernement devant

(2) De l'esprit des lois, Livre XI, Chapitre VI.

(3) Droit administratif, Thémis, Préface de la septième édition, 1980, p. 38.

(4) Le droit administratif français, Dalloz, 1968, n° 29 à 73, p. 27 à 52; trad. esp., El derecho administrativo francés, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

(5) V. traité précité, n° 49.

(6) On peut sans doute ajouter ici le Conseil constitutionnel.

(7) Sur cette analyse, V. traité précité, n° 31 à 36; sur l'approfondissement des notions de normes primaires ou de subordination, V. *Infra*.

(8) V. traité précité, n° 62 et 63.

l'Assemblée nationale -, la différenciation correspondant à une répartition matérielle des tâches.

En second lieu, la fonction d'élaboration des décrets peut être décomposée en une «fonction réglementaire de gouvernement», comprenant l'émission des décrets complétant et précisant les lois ou des décrets autonomes (s'il en subsiste...), et une «fonction de haute administration», comprenant l'émission des décrets individuels ainsi que des décrets réalisant une application d'espèce de la loi, par exemple déclarant l'utilité publique d'une opération, créant une université... Il y a en effet une différence majeure de nature et de régime entre, d'une part, «les règlements de gouvernement» et, d'autre part, «les règlements d'administration» ou les actes administratifs non réglementaires (*V. infra*).

S'agissant des missions exercées dans le cadre de l'Etat-Collectivité, mises à part les fonctions juridictionnelles tant judiciaires qu'administratives (9), peut-on relever des différences significatives au sein des missions proprement administratives? Francis-Paul Bénoit distingue de la fonction administrative générale, compte tenu du statut des corps qui les assument et du régime d'exercice des missions, la fonction enseignante (10) et la fonction de défense. Il faut sans doute y ajouter, dans le contexte actuel, les nouvelles fonctions de régulation des autorités administratives indépendantes.

On notera que la distinction entre l'administration générale, l'armée, l'enseignement, et la justice - que le sens commun effectue assez spontanément - est confortée par un autre élément très significatif du droit positif: à chacune de ces fonctions correspond une organisation territoriale particulière des services, dotés d'autorités juridiques déconcentrées propres, préfectorales, militaires, académiques, juridictionnelles; les nouvelles fonctions de régulation correspondent également à la mise en place d'autorités propres.

L'articulation du gouvernement et de l'administration

La distinction du gouvernement et de l'administration est évidemment compliquée par le fait que les ministres participent au gouvernement et sont en même temps placés à la tête des corps administratifs. Pour résoudre le problème posé par ce dédoublement fonctionnel, «le principe à poser est que toute action subordonnée des ministres relève de l'Etat-Collectivité, et donc de la fonction administrative, toute action non subordonnée relevant de l'Etat-Nation et de la fonction gouvernementale. La césure doit donc être placée entre l'action des ministres en tant que membres du Conseil des ministres et leur action individuelle en tant que chefs d'un département ministériel. La fonction administrative commence donc au niveau de l'exercice par chaque ministre des attributions qui lui sont personnellement conférées par les lois et règlements» (11); ainsi, «en droit positif, à une séparation tranchée entre le gouvernement et l'Administration, on a préféré un certain chevauchement qui a permis d'éviter d'avoir, d'une part, un gouvernement purement politique, d'autre part, une Administration technocratique» (12).

Cette analyse appelle quelques précisions sur le plan des actes juridiques. On a déjà signalé la fonction de haute administration exercée par le Président de la République et le gouvernement. Il faut ajouter que les ministres individuellement considérés peuvent être habilités à prendre des «règlements de gouvernement», et non pas seulement des «règlements d'administration» ou des actes administratifs non réglementaires. Il y a finalement une double articulation, organique et matérielle, entre le gouvernement et l'administration: d'une part, les ministres participent collectivement à la fonction gouvernementale et sont individuellement des autorités administratives; d'autre part, les organes gouvernementaux prennent certains actes administratifs, tandis que les ministres individuellement considérés peuvent être habilités à participer au gouvernement.

Pouvoir réglementaire de gouvernement et pouvoir réglementaire d'administration

Il reste maintenant à approfondir les notions de «règlement de gouvernement» et de «règlement d'administration» qui sont apparues au cœur de la distinction-articulation du gouvernement et de l'administration, ou plus généralement des fonctions primaires et subordonnées. Le débat récent sur le pouvoir réglementaire local a précisément fait resurgir des questions telles que la distinction des normes primaires ou dérivées, du pouvoir initial ou subordonné, des compétences fondées sur la Constitution ou sur la loi... Faisant le point sur ce débat, le doyen Jean-Marie Auby a ainsi distingué le «règlement d'exécution de la loi», qui fixe les mesures complémentaires de la loi, ses modalités d'application, sans lesquelles elle est souvent inapplicable, et le «règlement pris en application de la loi», qui est la mise en œuvre d'une compétence formulée au profit d'une autorité par la loi en indiquant son objet et éventuellement quelques principes concernant son exercice (13). En approfondissant cette distinction (14), on peut constater en effet une nette différence de nature de ces règlements, confirmée sur le plan de leur régime, ce qui remet en cause les catégories actuelles.

Différence de nature

Le «règlement» est couramment défini, comme la «règle» de droit, par son caractère général et impersonnel. On perçoit pourtant bien une différence entre, d'une part, la règle légale qui énonce que «le maire peut, par arrêté motivé, eu égard aux nécessités de la circulation: 1° interdire à certaines heures l'accès de certaines voies de l'agglomération ou de certaines portions de voies ou réserver cet accès, à certaines heures, à diverses catégories d'usagers ou de véhicules...», et, d'autre part, l'arrêté municipal qui interdit entre 8 heures et 13 heures le mercredi et le samedi la circulation sur la Place du marché; ou encore entre, d'une part, les dispositions tant légales que réglementaires du code de l'urbanisme définissant ce que peut ou doit être un plan local d'urbanisme, et, d'autre part, le plan local d'urbanisme approuvé par le conseil municipal d'une commune donnée.

Cette différence est délicate à formuler. Toutes ces normes sont impersonnelles, leurs destinataires ne sont pas dénommés, ce qui est une première forme de généralité. Mais, d'autre part, les unes établissent des types de droits ou obligations applicables dans un

(9) Avec la consécration de son indépendance par le Conseil constitutionnel, la juridiction administrative se détache définitivement, comme la juridiction judiciaire, de l'organisation administrative générale.

(10) L'analyse est ici axée sur l'enseignement supérieur, dont l'autonomie est la plus marquée (traité précité, n° 65) ; on peut sans doute ajouter l'enseignement primaire ou secondaire, qui n'en présente pas moins ses particularités par rapport aux administrations générales: V. L. Imbert, Sur le statut particulier des enseignants de 1800 à 1980, RD publ. 1983, spéc. p. 16 et s.

(11) F.-P. Bénoit, traité précité, n° 69.

(12) *Ibid.* n° 70.

(13) Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales, AJDA 1984, p. 468, spéc. p. 470.

(14) Sur l'ensemble de l'analyse, V. J. Bénoit, Théorie juridique de la décentralisation administrative en France, Thèse, Paris II, dactyl., 1990, p. 225 s.

type de situation, ce qui est une seconde forme de généralité, tandis que les autres définissent les droits ou obligations effectivement applicables dans telle situation concrètement déterminée, ce qui est une forme de particularité. En d'autres termes, les unes sont abstraites à la fois quant aux destinataires et quant aux droits et obligations définis, les autres restent abstraites quant aux destinataires, mais sont concrètes quant aux droits et obligations définis. Selon Lalande (15), abstrait «se dit de toute notion de qualité ou de relation que l'on considère de façon plus ou moins générale en dehors des représentations où elle est donnée. Par opposition, la représentation complète, telle qu'elle est ou peut être donnée, est dite concrète». Les dispositions légales précitées ou les dispositions réglementaires du code de l'urbanisme sont entièrement abstraites; ces dispositions pleinement générales sont des règles de droit ou lois au sens matériel (16). Par contre, l'arrêté municipal de police ou le plan d'urbanisme approuvé, s'ils restent abstraits quant aux destinataires, constituent une représentation concrète des dispositions précédentes, en définissant les droits et obligations effectivement applicables dans telles circonstances de lieu et de temps.

On retiendra donc qu'une norme dite réglementaire est toujours impersonnelle, abstraite quant à ses destinataires, mais peut être soit abstraite soit concrète quant aux droits ou obligations définis. On est ainsi amené à distinguer deux catégories au sein des règlements dits administratifs: d'une part, les règlements «impersonnels abstraits» ou «règlements d'élaboration du droit» (englobant les règlements d'exécution de la loi au sens de J.-M. Auby et les éventuels règlements autonomes), d'autre part, les règlements «impersonnels concrets» ou «règlements d'application du droit» (17). Ou encore, pour simplifier, les «règlements de gouvernement» et les «règlements d'administration».

Plus globalement, on peut ainsi distinguer les règles de droit abstraites ou normes primaires - Constitution, traités, lois (18), règlements de gouvernement - et les actes juridiques concrets ou normes dérivées - règlements d'administration, actes administratifs non réglementaires, actes juridictionnels, actes de droit privé - qui réalisent une application d'espèce des règles abstraites, qui rendent effectifs les droits ou obligations définis par les règles (19).

Différence de régime

La différence de nature des règlements de gouvernement et des règlements d'administration se traduit tout d'abord, et très logiquement, par une différence dans leur contrôle contentieux, plus précisément dans le contrôle de leur légalité interne. Selon la typologie la plus courante, on distingue, outre le détournement de pouvoir, la violation directe de la loi (contrôle de la conformité du contenu ou objet de l'acte avec celui des normes supérieures), et l'erreur dans les motifs de droit et de fait (contrôle de la «cause» de l'acte, des éléments de droit et de fait qui ont provoqué la décision). Or, il apparaît que le contrôle de la motivation est en réalité un contrôle spécifique des règlements d'administration, ou par ailleurs des actes administratifs individuels ou particuliers, c'est-à-dire des actes concrets. Dans le cas des règlements de gouvernement, il n'y a pas à proprement parler de motif ou cause, mais simplement l'invitation du législateur, ou éventuellement la volonté du gouvernement s'il s'agit d'un règlement autonome, insusceptible de contrôle par le juge administratif ; reste seulement à vérifier qu'ils ne violent pas directement une norme supérieure. En pratique, il ne fait pas de doute qu'un règlement complétant la loi ou un règlement autonome n'est pas susceptible d'un contrôle des motifs de fait, de la matérialité et de la qualification ou de l'erreur manifeste d'appréciation des faits. Et il ne semble pas non plus qu'un tel règlement fasse l'objet d'un contrôle des motifs de droit (défaut de base légale, erreur de droit...), sous réserve peut-être de quelques difficultés à distinguer parfois l'erreur dans les motifs de droit et la violation directe de la loi.

D'autre part, il apparaît finalement qu'il n'y a pas en réalité une hiérarchie continue des normes, de la Constitution à l'arrêté municipal, mais plus précisément hiérarchisation des règles abstraites, et ensuite, au-delà de leur commune subordination à ces règles, juxtaposition des actes administratifs concrets. La répartition des compétences d'élaboration des règles entre les autorités politiques est de type vertical, les différentes catégories de règles se superposent pour régler, des principes les plus fondamentaux aux modalités les plus détaillées, les mêmes matières (ce schéma est théoriquement un peu compliqué depuis 1958 par la mise en parallèle de la loi et du décret autonome, mais n'est guère remis en cause en pratique...). Par contre, la répartition des compétences entre les autorités administratives étatiques ou locales chargées de concrétiser les règles est de type horizontal, chaque autorité administrative a en principe un domaine matériel de compétence propre et indépendant, ses actes sont directement subordonnés aux règles. Cela n'exclut pas certains concours ou recoupements de compétences, plus particulièrement entre une autorité étatique et une autorité locale ou entre deux autorités locales, mais dans cette hypothèse il n'y a pas de hiérarchie prédéterminée ni de subordination systématique, les relations entre compétences s'ordonnent selon des solutions variées. Par exemple, un règlement de police municipale peut, compte tenu des circonstances locales, être plus rigoureux qu'un règlement préfectoral portant sur le même objet, ce que ne peut faire un décret fixant les modalités d'application d'une loi; le préfet arrête la liste annuelle des opérations de construction ou d'extension des collèges et lycées que l'Etat s'engage à pourvoir en postes compte tenu du programme prévisionnel d'investissement arrêté par le département ou la région; la politique de protection et de gestion des espaces naturels sensibles du département doit être compatible avec les orientations des schémas de cohérence territoriale et des chartes intercommunales...

Acte administratif et acte de gouvernement

Il apparaît ainsi que les règlements ici qualifiés «de gouvernement» n'ont pas la même nature et n'obéissent pas en pratique au même régime que les autres actes administratifs, et il faut bien rendre compte de cet état du droit positif. En pure logique, on est ainsi conduit à distinguer, d'une part, les actes administratifs proprement dits, comprenant les «règlements d'administration» et les actes individuels ou particuliers, et, d'autre part, les actes gouvernementaux, comprenant les «règlements de gouvernement» soumis au contrôle du Conseil d'Etat et les autres «actes de gouvernement» échappant à son contrôle.

La terminologie actuelle a été faussée dans la mesure où le Conseil d'Etat a été amené en 1907 (arrêt *Compagnie des chemins*

(15) Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF.

(16) Sur le processus d'établissement des règles de droit par une double opération d'abstraction, de qualification des faits sociaux d'abord, en vue de l'imputation d'effets juridiques ensuite, V. notre thèse précitée, p. 16 à 35.

(17) Selon la terminologie adoptée dans notre thèse précitée, V. p. 230.

(18) Sous réserve des cas où une décision concrète est prise en la forme de loi, par exemple l'aliénation d'une forêt domaniale (art. L. 623 c. dom. Etat).

(19) Outre la réalisation d'un acte juridique, la survenance d'un fait juridique peut également rendre effectifs ces droits ou obligations: V. notre thèse précitée, p. 231.

de fer de l'Est et autres) à qualifier le Président de la République d'autorité administrative pour soumettre les règlements d'administration publique à son contrôle juridictionnel, d'où l'élargissement de la notion d'acte administratif au pouvoir réglementaire d'exécution de la loi, ou plus tard autonome, et symétriquement la réduction de la notion d'acte de gouvernement aux seuls actes gouvernementaux échappant au contrôle juridictionnel.
Mais près d'un siècle plus tard et alors que la compétence du Conseil d'Etat à l'égard des décrets figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il paraît possible de reconnaître explicitement que le pouvoir réglementaire défini aux articles 21 et 37 de la Constitution est de nature gouvernementale et non pas administrative.

Les sphères politique, administrative et civile

Administrer n'est donc pas gouverner, et la notion d'exécutif serait bien mieux employée à propos de la seule administration. Les fonctions parlementaires et gouvernementales ou présidentielles sont des fonctions de conception, d'élaboration du droit. Les fonctions administratives sont des fonctions de réalisation, d'application du droit. L'action administrative doit alors être située par rapport à l'action privée, qui elle aussi est de réalisation, d'application du droit. On est conduit finalement à reconsidérer la vision généralement reçue du dualisme Etat-société civile, qui paraît réductrice (20): il y a plutôt, au sein de la société, trois sphères à considérer, la sphère politique de la conception du modèle de vie, et deux sphères étroitement complémentaires de réalisation du modèle, l'administrative (qui n'est pas seulement étatique) et la civile, ou autrement dit la sphère de la satisfaction publique des besoins et la sphère de la satisfaction privée des besoins.
La mission fondamentale des autorités parlementaires et gouvernementales est de faire la loi au sens matériel. Bien d'autres actes sont accomplis, concernant les rapports entre ces autorités, la définition de la politique générale, les relations extérieures, mais qui aboutissent finalement pour l'essentiel à l'émission des règles traduisant les choix politiques. La sphère politique apparaît ainsi fondamentalement comme la sphère de la conception de la vie en société, de l'élaboration des règles de droit proprement dites par les autorités politiques. Ce qui n'exclut pas que certains organes subordonnés de l'Etat participent accessoirement à la conception des règles: on songe évidemment au pouvoir créateur de la jurisprudence, ou encore à la préparation des projets de règles par les services ministériels. Et bien entendu, plus généralement, si le politique peut se caractériser juridiquement par l'élaboration des règles, il s'étend, sociologiquement, au contexte de leur élaboration ou de leur application, au jeu des partis politiques et des divers groupes de pression tant civils qu'administratifs...
La réalisation du modèle politique relève des sphères administrative et civile. Les droits et obligations définis par les règles abstraites ne se réalisent, ne deviennent effectifs, qu'à travers soit la survenance de faits juridiques, soit l'accomplissement d'actes juridiques concrets, aussi bien par les autorités administratives ou juridictionnelles que par les personnes privées. L'appréciation par leurs auteurs de ce qu'il est possible ou nécessaire de faire dans les circonstances concrètes d'espèce est la caractéristique commune de ces actes. Les actes administratifs sont ainsi, comme les actes de droit privé, les instruments de la concrétisation des règles de droit, dans le cadre d'action fixé par ces règles, c'est-à-dire dans le cadre des compétences des personnes publiques et de la capacité des personnes privées (21). Il importe donc de mettre en parallèle les deux sphères, administrative et civile, d'application des règles, qui sont logiquement complémentaires, et dont la délimitation respective - quelle doit être exactement la part de l'initiative privée et la part de l'initiative publique dans la satisfaction des besoins? - est précisément au cœur du débat politique.
Les deux sphères administrative et civile se distinguent ensuite, au moins dans leur principe, sans difficultés, tant les moyens juridiques caractéristiques (accord ou décision unilatérale), et par suite financiers (revenus ou impôts), sont différents. Sans doute, si la sphère civile est tout simplement celle de l'action des personnes privées avec les moyens de droit privé, la réciproque n'est pas tout à fait exacte. En effet, les personnes administratives utilisent également des moyens de droit privé; mais il faut noter que ce n'est que dans la mesure où les moyens administratifs ne sont pas nécessaires, et dans le cadre d'intervention défini par leurs compétences, c'est-à-dire précisément le cadre où peuvent intervenir des actes administratifs. Egalement, certaines personnes juridiques qualifiées de privées - mais qui ne sont plus de véritables groupements libres (22) - ont reçu du législateur des pouvoirs administratifs. Il convient, dans ces conditions, de considérer que la sphère administrative est la sphère de mise en œuvre, à titre principal, des prérogatives (et sujétions) de puissance publique. Pour marquer sa distinction tant du gouvernement que de l'action privée, on peut alors dire que l'administration est la sphère de la satisfaction concrète des besoins sous un régime de puissance publique. Dans cette sphère administrative au sens large, certaines fonctions restent proprement étatiques: l'armée et la justice. C'est plus particulièrement la fonction administrative générale qui est partagée entre l'Etat et les collectivités locales, ainsi que leurs établissements publics ou leurs délégataires privés, tandis que des fonctions d'administration professionnelle ou sportive sont par ailleurs confiées aux corporations concernées.
La fonction administrative étant ainsi précisée, il est maintenant possible de s'attacher à définir ce qu'il faut entendre par liberté d'administration locale.

La liberté d'administration

La libre administration locale n'est pas le libre gouvernement ni la libre législation. Elle introduit, dans le cadre de droits identiques et notamment d'une définition commune de la sphère d'action administrative, une liberté d'application concrète des règles de droit.

(20) Au sens courant, il s'agit souvent de la distinction de l'action publique et de l'action privée. Hegel, qui fonde son analyse de la société sur la distinction binaire Etat-société civile, place l'administration au sein de la société civile, tout en lui reconnaissant un rôle spécifique et de première importance dans la satisfaction des besoins (V. F.-P. Bénoit, Les idéologies politiques modernes. Le temps de Hegel, PUF, 1980, p. 162 s.). V. également, plaçant seulement l'administration décentralisée dans la sphère civile, l'étude de F. Féral, Approche dialectique du droit de l'organisation administrative, L'Harmattan, 2000.

(21) Sur la distinction du système des compétences et du système de la capacité, V. notre thèse précitée, p. 149.

(22) Tels les ordres professionnels ou les fédérations sportives, auxquels l'adhésion est obligatoire pour exercer une profession ou participer à des compétitions; ces corporations quasi publiques sont une forme de décentralisation administrative, comme les chambres professionnelles, V. notre thèse précitée, p. 346 s.

Il en résulte une certaine inégalité de fait, à la différence de la centralisation qui tend à l'application uniforme des règles. Mais les règles restent communes et l'égalité en droit est donc maintenue, à la différence du fédéralisme ou des systèmes intermédiaires «d'autonomie régionale».
La liberté d'administration s'avère en définitive être une liberté fondamentale des citoyens, indispensable pour assurer l'équilibre entre égalité et liberté en démocratie.

Liberté d'application

La liberté d'administration est un droit des citoyens à mener, par l'intermédiaire des représentants qu'ils élisent, leur propre politique d'application des règles communes élaborées par l'Etat. Cette liberté d'application est depuis longtemps dépassée outremer au profit d'une liberté d'élaboration des règles, d'un libre gouvernement ou plus récemment d'une libre législation.

Liberté des citoyens

Selon l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales de la République - les communes, les départements, les territoires d'outre-mer et les autres collectivités créées par la loi - «s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi». La Constitution s'en tient ainsi à la consécration des collectivités et du principe électif, qui est en effet fondamental, étant implicitement entendu qu'il faut aussi à ces conseils élus des attributions effectives et des moyens.
Le Conseil constitutionnel a considéré, et c'est là un apport essentiel de sa jurisprudence, que les élections locales doivent être rangées parmi les élections politiques, et non pas administratives comme il était généralement admis. Dans un premier temps, à propos des quotas par sexe aux élections municipales, le Conseil a considéré qu'il résulte du principe d'égalité que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité dans des conditions identiques sans division par catégories des électeurs ou éligibles, et affirmé «qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux» (décis. 82-146 DC). Dans un deuxième temps, le Conseil s'est également appuyé sur l'article 24 de la Constitution, qui prévoit que le Sénat assure la représentation des collectivités territoriales, pour soumettre les élections locales au régime des élections politiques (V. décis. 87-227 DC et 92-308 DC, et pour comparaison, 86-208 DC et 86-218 DC).
Cette question du caractère politique des élections locales doit encore être abordée sous un autre angle complémentaire. Les lois électorales républicaines définissent traditionnellement une seule et même qualité d'électeur valant pour les élections tant nationales que locales (23). Ainsi, la citoyenneté républicaine comprend indissociablement la désignation de représentants nationaux et locaux, et il s'agit là sans aucun doute d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Certes, les fonctions exercées par ces représentants locaux et nationaux ou désormais européens ne sont pas de même nature; mais les mandats électifs, dont le cumul fait l'objet d'une réglementation globale, forment bien un ensemble, et la pratique confirme le caractère politique des élections locales. C'est ainsi une direction politique qui est donnée à l'administration locale, comme il en va pour la direction de l'administration étatique par le gouvernement.

La liberté d'administration est donc couplée avec la liberté politique à travers le droit de vote - ce que traduit d'ailleurs parfaitement l'expression «démocratie locale» -, elle est ainsi un droit du citoyen. Les collectivités locales ne doivent pas être abstraitement considérées, du seul point de vue de la technique juridique de la personnalité morale. Ce sont des communautés de citoyens, et c'est au profit de ceux-ci qu'est reconnue une liberté d'administration. Ce point est capital, car il arrive que la libre administration soit par trop considérée comme une liberté des autorités locales, alors que cette dernière n'est en réalité que seconde, au service des citoyens. Cette erreur de perspective amène par exemple le Conseil constitutionnel à considérer que le législateur ne peut pas prévoir que les séances de la commission permanente du conseil régional sont en principe publiques, mais doit laisser le conseil régional en décider (décis. 98-407 DC); en d'autres termes, les autorités représentantes priment les citoyens représentés auxquels la loi entendait accorder un droit d'information - ce qui est un contre-sens manifeste. Autant la libre administration que la liberté d'association sont d'abord des libertés des individus, même si elles impliquent ensuite une liberté d'action de leurs représentants. La liberté d'administration est ainsi avant tout un droit des citoyens à diriger, par leurs élus, leur propre administration.

Libre administration et non libre gouvernement

La liberté porte sur l'administration, c'est-à-dire, compte tenu des développements précédents, qu'elle exclut le pouvoir réglementaire de gouvernement, mais implique bien par contre le pouvoir réglementaire d'administration, et inclut accessoirement un pouvoir limité d'auto-organisation.

■ La thèse du pouvoir réglementaire local (24) soutenue initialement par Maurice Bourjol repose fondamentalement sur l'idée que la notion même de libre administration consacrée par l'article 72 de la Constitution implique le pouvoir de faire l'ensemble des actes juridiques d'administration, y compris réglementaires (25). Cette idée n'est valable qu'à la condition de préciser qu'il s'agit alors des règlements d'administration, au sens défini précédemment, à l'exclusion des règlements de gouvernement: administrer, c'est procéder à l'application concrète des règles de droit, et non pas les créer. Une fois opérée cette distinction, il est certain que les collectivités locales disposent traditionnellement d'un pouvoir réglementaire d'administration, pour définir leurs services publics et gérer leur domaine, ou plus récemment régir l'utilisation des sols, les maires disposant en outre d'un pouvoir réglementaire de police administrative générale. Et on peut effectivement voir dans la détention de ces pouvoirs une composante essentielle de la libre administration. Les autorités locales ne peuvent donc prendre que des actes administratifs, réglementaires ou non, c'est-à-dire des actes d'application des règles compte tenu des circonstances de fait, qui font, comme on l'a vu, l'objet d'un contrôle spécifique de la motivation par le juge. Le pouvoir des autorités locales est ainsi fondamentalement un pouvoir d'appréciation des circonstances locales, une liberté d'application; mais le pouvoir de fixer les règles qui

(23) Sous réserve, désormais, du droit de vote aux élections municipales des citoyens de l'Union européenne résidant en France.

(24) Pour un point complet sur le débat relatif au pouvoir réglementaire local, V. les thèses de B. Faure, Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, Université de Pau, 1992, et LGDJ 1998; Constantinos Bacoyannis, Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, Economica-PUAM, 1993; M. Joyau, De l'autonomie des collectivités territoriales françaises, LGDJ, 1998.

(25) V. M. Bourjol, Statut constitutionnel. Principe de libre administration, J.-Cl. Collectivités territoriales, fasc. 23, éd. 5-1994, n° 41.

gouvernement cette appréciation, autrement dit les conditions de légalité des décisions qu'elles prennent à l'égard de leurs administrés ou de leurs personnels, ne leur appartient pas.

La liberté d'application dont disposent les autorités locales dépend évidemment, pour chaque compétence, de son caractère plus ou moins lié ou discrétionnaire, de la marge d'appréciation qui leur est laissée. Il va de soi que les compétences des autorités locales ne sauraient en principe général être entièrement liées (26). Mais il faut bien souligner qu'inversement, les compétences des autorités locales doivent être suffisamment déterminées.

Le législateur est tout d'abord tenu, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, d'exercer pleinement sa compétence et d'assurer le respect des droits individuels et de l'égalité. Ces lois sont ensuite complétées si besoin par des décrets. Et le Conseil d'Etat peut les déclarer inapplicables lorsqu'elles ne sont pas suffisamment précises, ou apporter lui-même les précisions nécessaires. Il a ainsi jugé que les dispositions légales prévoyant notamment que les régimes indemnitaires des personnels territoriaux sont fixés dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'Etat «ne sont pas suffisamment précises pour que leur application soit possible avant l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat déterminant notamment les conditions dans lesquelles doit être mise en œuvre, pour l'ensemble des collectivités territoriales et établissements publics intéressés, la règle» précitée (27). Par contre, les dispositions prévoyant que les organes délibérants sont compétents «pour déterminer, dans le respect des critères fixés par la loi, les emplois auxquels peut être attachée l'attribution d'un logement de fonction et l'étendue de l'avantage ainsi accordé sont applicables» sans décret, étant toutefois précisé par le Conseil d'Etat que ce pouvoir devra s'exercer dans le respect du principe de parité (28). Le principe directeur ne serait-il pas finalement que la loi est directement applicable dans la mesure où il ne reste plus qu'à opérer une appréciation des circonstances concrètes, et devrait être complétée par un décret (ou la jurisprudence...) dans le cas contraire? Dans le premier arrêt précité, le Conseil d'Etat relève que les «conditions de mise en œuvre» ne sont pas déterminées, et la question est effectivement ici, comme l'indiquait le commissaire du gouvernement, de définir des références ou limites dans le respect de l'unité de la fonction publique territoriale voulue par le législateur et du principe d'égalité entre agents publics, dans le cadre desquelles seront ensuite concrètement fixés les régimes indemnitaires. Dans le second arrêt, le Conseil d'Etat relève que les critères sont fixés par la loi, et le commissaire du gouvernement précise bien que «la question n'est pas de savoir si l'emploi du secrétaire de mairie, envisagé en général, s'exerce dans des conditions, et notamment est soumis à des contraintes, justifiant un logement gratuit - question qui relèverait en théorie d'un décret. Il s'agit plutôt de déterminer si, par exemple, dans telle petite commune où ce secrétaire peut en même temps servir de gardien des locaux municipaux, l'attribution d'un logement de fonction à ce fonctionnaire correspond à une nécessité...».

Globalement considérée maintenant, la liberté d'application des autorités locales résulte surtout de l'addition de marges de manœuvre variables selon les matières, et conduit en définitive à de véritables politiques administratives locales, à des choix opérés compte tenu des circonstances de fait et bien sûr des moyens financiers disponibles. La liberté d'administration donne ainsi aux communautés locales de citoyens la possibilité d'orienter leur administration.

■ Si la libre administration ne comporte pas de pouvoir réglementaire de gouvernement, les collectivités locales, comme toutes les personnes morales, disposent d'un certain pouvoir d'organisation interne, de création du droit et non plus de simple application des règles établies par l'Etat, avec toutefois une portée normalement limitée. Le principe général en la matière est en effet que ce pouvoir est subsidiaire, ne s'exerce que sur des points que le législateur ou le gouvernement n'ont pas jugé utile de régir. S'agissant des personnes publiques, même en l'absence de texte, «le pouvoir spontané d'auto-organisation, inhérent à toute institution, conduit à reconnaître à tous les chefs de service la compétence nécessaire à l'organisation et à la direction de leur service et à toutes les assemblées le droit de se donner un règlement intérieur» (29).

Le règlement intérieur des assemblées locales était traditionnellement considéré par le Conseil d'Etat comme une disposition interne non créatrice d'effets de droit; il s'agissait donc uniquement de règles de bonne conduite facilitant le fonctionnement des assemblées. Mais la loi du 6 février 1992 pousse à remettre en cause cette solution (30): l'élaboration du règlement intérieur devient obligatoire (sous réserve des communes de moins de 3 500 habitants), il peut être déféré au juge administratif, il doit en particulier fixer la fréquence et les conditions de présentation et d'examen des questions orales, ainsi que, pour les communes, les modalités de consultation par les conseillers municipaux des projets de contrats de service public et du débat sur les orientations générales du budget. Toute la question, non encore tranchée par le Conseil d'Etat, est en définitive de savoir si une délibération adoptée en méconnaissance des dispositions du règlement intérieur pourrait être annulée pour ce seul motif, indépendamment de la violation de la loi ou du décret. Régler le problème des questions orales est une chose, mais faire varier les conditions de légalité de l'adoption du budget ou de l'approbation des contrats selon les règlements intérieurs adoptés par les communes, une tout autre chose. En outre, ce qui va dans le sens de la reconnaissance d'une pleine valeur juridique du règlement intérieur tout en aggravant le problème, le Conseil constitutionnel, dans une décision déjà envisagée (98-407 DC), a jugé «qu'en imposant aux débats de la commission permanente le principe de la publicité, plutôt que de laisser au règlement intérieur du conseil régional le soin de déterminer cette règle de fonctionnement, le législateur a restreint la libre administration d'une collectivité territoriale au point de méconnaître les dispositions de l'article 72 de la Constitution». Méconnaissant ici une constante de sa propre jurisprudence - «si, en vertu de l'article 72 de la Constitution, «les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus», c'est «dans les conditions prévues par la loi» - le Conseil crée un droit d'auto-

(26) L'octroi d'une compétence liée n'est toutefois pas exclu, notamment au sein d'un bloc de compétence, pour assurer l'égalité de traitement (*V. infra*).

(27) CE, Sect., 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, Rec. p. 123; AJDA 1992, p. 293, concl. H. Toutée; RFDA 1994, p. 770, étude B. Faure.

(28) CE, Ass., 2 déc. 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais* et *Commune de Cuers* (2 espèces), Rec. p. 522 et 530; Cah. fonct. publ., mars 1995, p. 23, concl. J. Arrighi de Casanova; RFDA, 1996, p. 105, étude B. Faure.

(29) J.-C. Douence, Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, LGDJ, 1968, p. 364; sur les pouvoirs réglementaires de droit privé, V. p. 76 et s.

(30) Sur l'ensemble de la question, V. F.-P. Bénoit et J. Bénoit, Rép. Collectivités locales Dalloz, *v° Le règlement intérieur du conseil municipal*, p. 340-1.

réglementation totalement nouveau en droit positif puisqu'il ne s'exerce plus en l'absence de la loi mais à l'exclusion de la loi (31), en oubliant que les règles de fonctionnement des assemblées peuvent conditionner la légalité des décisions prises, et qu'il est contraire au principe d'égalité que cette légalité varie sans justification particulière d'une collectivité à l'autre. On ne peut que souhaiter l'abandon de cette ligne jurisprudentielle par le Conseil constitutionnel, et que, pour sa part, le Conseil d'Etat conserve autant que possible, en distinguant entre formalités substantielles ou non (32), le rôle traditionnel du règlement intérieur.

Le pouvoir d'organisation du service, quant à lui, s'exprime principalement sous forme de décisions individuelles ou collectives, mais permet également de prendre les mesures réglementaires nécessaires au bon fonctionnement de ce service, bien que non expressément prévues par les règles régissant la création du service. Ces mesures ne concerneront donc que les agents ou les usagers du service, et non la généralité des administrés. Dans le cas des collectivités locales, le pouvoir d'organisation du service est réparti entre l'organe délibérant chargé de régler les affaires de la collectivité et l'organe exécutif seul chargé de l'administration: il appartient ainsi au conseil municipal de prendre toutes les mesures portant sur les missions remplies par les services communaux et d'en fixer les règles générales d'organisation, et au maire de prendre les mesures relatives à leur organisation interne et à la gestion de leurs agents (33). Globalement, le pouvoir d'organisation des services apparaît essentiellement comme un pouvoir administratif d'application des lois définissant les pouvoirs généraux ou spéciaux de création de services par les autorités locales: il semble en effet que la plupart des règlements adoptés dans ce cadre ont un caractère concret, telle la fixation des horaires de travail et d'ouverture (34). Il arrive cependant que le règlement adopté perde ce caractère concret: c'est par exemple le cas de la fixation, dans le silence de la loi et en l'absence de renvoi à un décret, des modalités d'élection au comité d'hygiène et de sécurité des représentants du personnel du syndicat d'aménagement de Cergy-Pontoise, expressément rattachée par le Conseil d'Etat au pouvoir d'organisation du service (35). Il s'agit alors de parer un blocage dans la mise en œuvre de pouvoirs proprement administratifs, en évitant de déclarer la loi inapplicable et en laissant les autorités locales combler les lacunes des règles établies par l'Etat. De telles hypothèses paraissent rares.

Dépassement de la libre administration outre-mer et en Corse

La situation des territoires d'outre-mer est tout autre. Bien que l'article 72 de la Constitution range les territoires d'outre-mer parmi les collectivités qui «s'administrent librement», le statut de territoire d'outre-mer autorise en réalité un «libre gouvernement», tandis que le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie, sur le fondement du nouvel article 77 de la Constitution, instaure une «libre législation». C'est également une dose de libre gouvernement qui vient d'être introduite en Corse.

■ Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, confirmant une situation bien établie, les articles 74 et 76 (ancien) de la Constitution (36) permettent au législateur d'attribuer aux territoires d'outre-mer, et à eux seuls, compétence réglementaire dans des matières relevant normalement du domaine de la loi (décis. 65-34 L, 91-290 DC), sauf en matière de libertés publiques (décis. 96-373 DC), tout en conservant la possibilité de revenir sur cette attribution (décis. 82-155 DC, 85-196 DC, 87-241 DC). Le Conseil constitutionnel a marqué la différence avec les autres collectivités territoriales, en relevant que le rôle du Congrès de Nouvelle-Calédonie «comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire», tandis que, ni l'Assemblée de Corse ni son Conseil exécutif ne se voyant attribuer de compétences ressortissant du domaine de la loi, il s'agit d'une «organisation spécifique à caractère administratif» (décis. 85-196 DC et 91-290 DC). L'originalité du pouvoir réglementaire des territoires d'outre-mer n'est ainsi relevée que parce qu'il pénètre dans le domaine normal de la loi, mais il se substitue également au pouvoir réglementaire national de gouvernement dans les matières concernées, et cela seul suffirait déjà à distinguer la situation des territoires d'outre-mer de celle des autres collectivités territoriales. S'agissant de la Nouvelle-Calédonie désormais, conformément aux dispositions de l'article 77 de la Constitution, qui comme l'a souligné le Conseil constitutionnel «dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle» (décis. 99-410), la loi organique du 19 mars 1999 (art. 99 à 107) permet au Congrès de Nouvelle-Calédonie d'adopter, dans certaines matières relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, des «lois de pays», lesquelles - c'est là l'enjeu juridique essentiel - ne sont susceptibles que d'un contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel; elles «ont force de loi dans le domaine défini», les dispositions intervenues en dehors de ce domaine ayant valeur réglementaire. Le Congrès de Nouvelle-Calédonie dispose donc bien désormais, en plus d'un pouvoir réglementaire de gouvernement, d'un véritable pouvoir législatif, dont le régime est comparable à celui du Parlement, la répartition des matières entre les domaines législatifs et réglementaires n'étant toutefois pas exactement la même (37).

■ C'est par contre une situation tout à fait nouvelle qui résulte de la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse et de sa confirmation par le Conseil constitutionnel, sous réserve de la censure d'un pouvoir d'adaptation expérimentale de la loi, trop manifestement contraire à la Constitution. Cette loi prévoit d'abord (38), en général, que «le pouvoir réglementaire de la Collectivité territoriale de Corse s'exerce dans le cadre des compétences qui lui sont dévo-

(31) Pour l'Assemblée du Conseil d'Etat (18 déc. 1996, *Région centre*, Rec. p. 495), ce n'est que dans la mesure où aucun principe de valeur législative n'impose la publicité que le conseil régional peut décider que les séances de la commission ne seront pas publiques.

(32) V. en ce sens CE, 31 juill. 1996, *Tête*, Rec. p. 325; RFDA 1996, p. 1042; JCP 1997, IV, n° 449.

(33) CE, Sect., 6 janv. 1995, *Ville de Paris*, Rec. p. 4.

(34) V. par exemple, à propos des horaires de travail, CE, 14 janv. 1987, *Edmond Cordouan et autres c/ Ville de Pantin*, Dr. adm., 1987, n° 99.

(35) CE, 13 févr. 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, Rec. p. 37; AJDA 1985, p. 271, note J. Moreau; RFDA 1985, p. 367, note J.-C. Douence, obs. L. Favoreu; V. aussi, solution analogue, à propos des modalités de désignation des représentants du personnel du service d'incendie et de secours, CE, 10 juin 1988, *Département de l'Orne*, Rec. p. 233.

(36) «Les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulières tenant compte de leurs intérêts propres...» (art. 74, al. 1), et ils «peuvent garder leur statut au sein de la République» (art. 76 ancien).

(37) Sur l'ensemble de la question, V. notamment O. Gohin, L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, AJDA 1999, p. 500; J.-Y. Faberon, La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie, RFD const. 1999, n° 38, p. 345; Y. Brard, Nouvelle-Calédonie et Polynésie française: les «lois du pays», Petites affiches 2001, n° 112, p. 4.

(38) Art. 1er, modifiant l'art. L. 4424-2, II, CGCT, renuméroté L. 4422-16, II.

lues par la loi» (al. 1), et que «sans préjudice des dispositions qui précèdent, dans le respect de l'article 21 de la Constitution, et pour la mise en œuvre des compétences qui lui sont dévolues en vertu de la partie législative» du code général des collectivités territoriales, la collectivité «peut demander à être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental» (al. 2). La loi prévoit ensuite, en particulier, outre d'importants transferts de compétences proprement administratives, que des délibérations de l'Assemblée de Corse fixeront des règles actuellement prises par décret pour le reste du territoire (39), et également qu'une délibération pourra fixer les conditions dans lesquelles peuvent être autorisés par dérogation à la loi littoral des aménagements légers et des constructions non permanentes dans la «bande des cent mètres» (40). Ainsi, la Collectivité de Corse pourra être habilitée à prendre des règlements de gouvernement pour préciser les modalités de mise en œuvre de ses compétences, et est d'ores et déjà habilitée à en prendre certains. Saisi de ces dispositions, le Conseil constitutionnel considère qu'en principe, si l'article 21 de la Constitution confie l'exercice du pouvoir réglementaire au Premier ministre, l'article 72 permet toutefois au législateur «de confier à une catégorie de collectivités territoriales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi», sans que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques puissent être mises en cause. En l'espèce, les dispositions générales précitées, alinéa 1, doivent être entendues «comme rappelant que le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale dans le respect des lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi» et «n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre», tandis que les dispositions de l'alinéa 2 se bornent à préciser les conditions de demande d'habilitation à définir «les modalités d'application d'une loi au cas où il serait nécessaire d'adapter les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île», en indiquant que cette demande ne peut concerner que les compétences de la collectivité et en excluant le domaine des libertés: il en résulte que les dispositions générales ne sont contraires ni aux articles 21, 34 et 72 de la Constitution, ni au principe d'égalité. Examinant ensuite tout un ensemble de dispositions particulières définissant des compétences, dont celles précitées, le Conseil juge que «toutes ces dispositions ne transfèrent à la Collectivité territoriale de Corse que des compétences limitées, dans des matières ne relevant pas du domaine de la loi», définies avec précision, à mettre en œuvre «dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que dans celui des lois et règlements auxquels il n'est pas explicitement dérogé par la volonté du législateur», et qu'elles ne portent atteinte ni à l'indivisibilité de la République, ni à la souveraineté nationale, ni aux compétences des communes et départements, ni au principe d'égalité...

Cette décision du Conseil constitutionnel est mal fondée, pour la raison essentielle que l'article 72 relatif à la libre administration ne peut être invoqué face à l'article 21 relatif au gouvernement qu'en confondant, à tort, gouvernement et administration (41). Ceci étant, comment peut-on considérer que le pouvoir réglementaire de la Collectivité territoriale de Corse n'a pas pour objet ni pour effet de mettre en cause celui du Premier ministre? Il semble que, pour le Conseil, ce serait dans la mesure où ce pouvoir n'est pas général mais s'exerce dans le cadre des compétences dévolues à la collectivité par la loi (pourrait-il en aller autrement?) en vue d'adapter les règlements nationaux aux spécificités locales, et dans la mesure où il s'agit de compétences limitées, définies avec précision, hors libertés publiques, à mettre en œuvre dans le respect des lois et règlements auxquels il n'est pas explicitement dérogé par la volonté du législateur (et évidemment des principes constitutionnels). Pourtant, dans les domaines où il a déjà été reconnu, ce pouvoir réglementaire se substitue bien à celui du Premier ministre. Ce n'est pas le cas des «mesures de portée limitée» qui peuvent être prises par les autorités administratives indépendantes (décis. 86-217 DC, 88-248 DC, 96-378 DC) ou les ministres (décis. 2001-451 DC). En réalité, la seule limite paraît être actuellement le respect du domaine législatif fixé par l'article 34, si tant est qu'elle soit effectivement respectée: le dispositif de dérogation à la loi littoral admis par le Conseil constitutionnel ne paraît pas très éloigné du dispositif d'adaptation expérimentale de la loi qu'il censure par ailleurs.

Egalité en droit

La libre administration conserve l'égalité en droit dans la mesure où les compétences des autorités locales sont identiques - sous réserve d'adaptations justifiées par des situations particulières - mais non l'égalité de traitement de fait puisqu'elle autorise la diversité dans la mise en œuvre concrète de ces compétences, compte tenu des choix opérés par les autorités locales. Par comparaison, dans le cas de la simple déconcentration, le pouvoir d'instruction des ministres permet de diriger et tend à unifier l'application des règles par les représentants locaux de l'Etat. Et le fédéralisme, pour sa part, introduit une liberté de création des règles de droit - sans qu'il soit besoin de justifications tirées de la particularité des situations -, d'où découle alors une inégalité en droit des citoyens des différents Etats fédérés; il en va de même des systèmes de libre gouvernement ou de libre législation, en proportion de leur développement. Pour préciser le rapport entre libre administration et égalité, il faut tenir compte du caractère plus ou moins discrétionnaire des compétences des autorités locales, et des conditions d'adaptation des lois aux particularités locales.

(39) Il en va ainsi pour la liste des espaces remarquables à protéger (art. 12), les règles d'organisation et de fonctionnement des comités de massifs (art. 25), la procédure d'élaboration du schéma directeur de gestion des eaux ainsi que la composition et le fonctionnement des comités de bassin et des commissions locales de l'eau (art. 26), matières actuellement régies par l'article R. 146-1 du code de l'urbanisme, les décrets du 20 septembre 1985, les décrets du 24 septembre 1992 et du 14 septembre 1966; on notera que la «détermination» du régime des aides directes aux entreprises par délibération (art. 17) implique la suppression des plafonds fixés par décret plutôt que la fixation de nouvelles règles, solution par ailleurs étendue à l'ensemble des régions par la loi du 27 février 2002 (art. 102).

(40) Cette délibération motivée doit, d'une part, fixer les conditions d'autorisation des aménagements dans le respect des paysages et des caractéristiques propres à ces sites, d'autre part, déterminer les espaces concernés compte tenu de la fréquentation touristique et de la préservation de l'environnement (art. 12); elle paraît donc présenter pour partie le caractère d'un règlement de gouvernement et pour partie celui d'un règlement d'administration.

(41) En insistant sur la notion de cadre légal des compétences, utilisée d'ordinaire à propos des compétences proprement administratives, le Conseil entretient la confusion.

L'égalité en droit ou en fait

Selon les matières, on peut assurer l'égalité en droit, ou au-delà rechercher l'égalité de traitement de fait. Il s'agit pour une part de choix politiques relevant du législateur, mais également pour une part d'exigences constitutionnelles. Il émerge en effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel une distinction, encore implicite, entre égalité en droit ou en fait; c'est ainsi qu'en certaines matières, de libertés publiques notamment, c'est l'égalité de traitement de fait qui doit être recherchée. L'égalité de fait peut bien entendu être assurée dans le cadre de la centralisation ou de la simple déconcentration: tel est par exemple traditionnellement le cas en France pour l'organisation du service public de l'enseignement primaire et secondaire qui reste entièrement centralisée ou déconcentrée, la décentralisation n'apparaissant qu'au niveau de l'équipement scolaire. Mais le maintien de l'égalité de traitement de fait est également possible dans le cadre de la libre administration, par l'encadrement du pouvoir d'appréciation des autorités locales. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est toutefois pas sans ambiguïtés quant aux rapports entre le principe d'égalité et le principe de libre administration.

Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que le principe de libre administration «ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire» et que dès lors la conclusion d'un contrat d'association par un établissement d'enseignement privé ne peut être soumise à l'accord de la commune (décis. 84-185 DC); pour les mêmes motifs, que les aides des collectivités locales aux établissements d'enseignement privé doivent obéir à des critères objectifs et suffisamment précis pour assurer l'égalité de traitement entre établissements privés et publics (décis. 94-329 DC); et c'est encore parce que «les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire» que la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer ne saurait conduire le législateur à doter les autorités du territoire de Polynésie du pouvoir de fixer les règles relatives à la poursuite des infractions aux réglementations territoriales ou à la désignation des services chargés de recueillir les déclarations d'association, ni plus généralement à limiter la compétence de l'Etat aux seules garanties «fondamentales» des libertés publiques (décis. 96-373 DC). On observera qu'il s'agit d'actes administratifs dans les deux premières hypothèses, et de règlements de gouvernement dans la troisième. Or, si la formulation adoptée par le Conseil constitutionnel paraît convenir dans le cas de l'édiction de règles différentes d'où découle nécessairement une application différente, elle semble excessive dans le cas d'actes administratifs d'application: ce n'est, «sauf à condamner la police municipale» (42), que dans la mesure où serait octroyé un pouvoir d'appréciation trop discrétionnaire aux autorités locales que l'égalité d'application sur l'ensemble du territoire pourrait être mise en cause, et c'est d'ailleurs bien ce qui apparaît dans la seconde décision.

En d'autres termes, si la libre administration doit être encadrée en matières de libertés publiques, elle ne leur porte pas atteinte en elle-même. Dans le cas du droit de propriété, à propos de la soumission à autorisation des divisions foncières dans des zones à protéger, étant précisé que «loin de disposer d'un pouvoir discrétionnaire [...] l'Administration doit fonder ses décisions, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, sur des motifs se référant à des fins d'intérêt général définies avec une précision suffisante par la loi», le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur pouvait «pour la protection d'intérêts généraux, tels que la sauvegarde des sites et des milieux naturels qui ne peut être assurée qu'à partir d'appréciations concrètes, confier sa mise en œuvre à des autorités administratives locales» (décis. 85-189 DC); ou encore, que «chaque plan local d'urbanisme doit fixer les règles applicables à chaque zone comprise dans son périmètre en fonction tant des caractéristiques propres de cette zone que des finalités assignées au plan par le code de l'urbanisme; que les différences en résultant entre propriétés foncières régies par des plans locaux d'urbanisme différents ou situées dans des zones différentes d'un même plan répondent à la prise en compte de situations différentes» et qu'il n'y a donc pas méconnaissance du principe d'égalité (décis. 2000-436 DC). On voit ici que le pouvoir d'appréciation concrète des autorités locales, s'il est suffisamment encadré, ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement. Dans le cas du principe de solidarité, le législateur a pu choisir d'abord d'admettre certaines différences de traitement, puis de les éviter: s'il attribue compétence au département, «il incombe au législateur de prévenir par des dispositions appropriées la survenance de ruptures caractérisées d'égalité dans l'attribution de la prestation spécifique dépendance, allocation d'aide sociale qui répond à une exigence de solidarité nationale» (décis. 96-387 DC); et tout aussi bien, «si, en vertu de la loi, les départements ont compétence pour attribuer l'allocation personnalisée d'autonomie, allocation d'aide sociale qui répond à une exigence de solidarité nationale, il est loisible au législateur de définir des conditions d'octroi de cette allocation de nature à assurer l'égalité de traitement entre toutes les personnes âgées dépendantes sur l'ensemble du territoire national» (décis. 2001-447 DC).

Il apparaît ainsi finalement que les pouvoirs d'appréciation des autorités locales touchant aux libertés publiques ou à d'autres droits faisant l'objet d'une protection constitutionnelle doivent être suffisamment encadrés pour, selon les cas, maintenir une égalité de traitement ou éviter des ruptures caractérisées d'égalité de traitement. Dans d'autres matières, le pouvoir d'appréciation pourra être plus large. Et au total, c'est par l'addition de marges de manœuvres plus ou moins importantes que la libre administration, tout en maintenant l'égalité en droit, conduit à des différences de traitement de fait: les mêmes impôts locaux ne sont pas payés aux mêmes taux (43), les mêmes priorités ne sont pas adoptées dans la mise en œuvre des mêmes pouvoirs.

L'adaptation des règles aux situations particulières

D'un point de vue général, selon une formule désormais courante du Conseil constitutionnel, «le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit». En particulier, l'article 73 de la Constitution a prévu que le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer «peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière», et l'article 74 que les territoires d'outre-mer «ont une organisation particulière tenant

(42) J.-C. Douence, Le porte étroite - Réflexions sur la réforme du système éducatif par la loi du 25 janvier 1985, RFDA 1985, p. 119.

(43) L'encadrement par le législateur du pouvoir de fixer ces taux ne doit pas entraver la libre administration (V. décis. 90-277 DC).

compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République». Il y a donc place pour une particularisation du statut de certaines collectivités territoriales, expressément prévue pour l'outre-mer, mais nullement exclue, du fait du jeu des principes généraux, pour les collectivités métropolitaines. C'est un aspect de ce que l'on peut qualifier commodément de «territorialisation des normes», un autre aspect, plus général, correspondant à la définition de zones particulières (littorales, de montagne, «prioritaires» en difficulté...) soumises à des règles particulières mais cette fois sur l'ensemble du territoire (44). S'agissant de l'adaptation du statut des collectivités territoriales, une première distinction s'impose entre les territoires d'outre-mer ou la Nouvelle-Calédonie d'une part, les départements d'outre-mer et la métropole d'autre part.

■ Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer ou de la Nouvelle-Calédonie présente deux particularités majeures: d'un point de vue général, en vertu du principe traditionnel de spécialité législative, ces territoires «sont nécessairement régis par des lois spéciales au sein d'un ordre juridique distinct», et «le législateur dispose d'une totale liberté d'appréciation sauf à respecter les dispositions constitutionnelles de portée générale» (45); et en particulier, leurs assemblées disposent, comme on l'a vu, d'un véritable pouvoir réglementaire de gouvernement, ou désormais législatif dans le cas de la Nouvelle-Calédonie.
Le Conseil constitutionnel a précisé que le législateur «peut prévoir, pour l'un d'entre eux, des règles répondant à sa situation spécifique, distinctes de celles antérieurement en vigueur comme de celles applicables dans les autres territoires» (décis. 85-196 DC et 87-241 DC); ces règles d'organisation particulière visent non seulement l'organisation des pouvoirs publics dans le territoire, mais l'ensemble du droit applicable (V. décis. 80-122 DC, 94-340 DC, 96-373 DC). En pratique, le Conseil ne contrôle que rarement le degré de particularité admissible en chaque cas par rapport au droit commun métropolitain (46), mais plus simplement que cette organisation n'est contraire à aucune règle ou aucun principe constitutionnels, notamment respecte les libertés publiques, le principe de libre administration, la souveraineté internationale de l'Etat (V. décis. 83-160 DC, 84-177 et 178 DC, 85-196 DC, 87-241 DC, 96-373 DC). L'affirmation générale que les règles particulières répondent à une situation spécifique, qui n'est d'ailleurs plus systématiquement reprise (373 DC), n'a donc pas de véritable portée pratique, en l'absence de contrôle de l'adéquation des lois spéciales à la situation particulière des territoires d'outre-mer.

D'autre part, dans le cadre de leur libre gouvernement ou de leur libre législation, ces collectivités adoptent des règles sans avoir non plus à justifier de leur adaptation aux particularités locales, dans le seul respect des principes constitutionnels - ainsi par exemple le principe d'égalité retrouve son jeu normal au sein du territoire considéré (47).
Il n'y a pas ainsi à proprement parler égalité en droit ni entre les habitants des territoires d'outre-mer ou de Nouvelle-Calédonie ni entre eux et ceux du reste de la République, la Constitution pouvant être considérée comme autorisant (ou consacrant) *a priori* et globalement la différenciation des droits, alors que le principe d'égalité implique habituellement une justification cas par cas. A partir d'une telle situation, les collectivités de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon ont pu être dotées de statuts particuliers les rapprochant plus ou moins des départements d'outre-mer, donc du droit commun, sans que cela pose problème.

■ La métropole et les départements d'outre-mer forment bien par contre un ensemble régi par le principe d'égalité. L'article 73 de la Constitution, tout en mettant l'accent sur la possibilité d'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements d'outre-mer à leur situation particulière, «implique le maintien du principe d'identité législative qui a été proclamé en 1946», principe qui «établit un ordre juridique unique dont le champ d'application couvre à la fois le territoire métropolitain et celui des départements d'outre-mer», étant précisé que «l'article 73 dénomme départements d'outre-mer le champ d'application territorial du régime qu'il définit», mais que «la collectivité départementale située outre-mer est un département, à l'instar des autres, et ne constitue pas une catégorie spécifique de collectivité» (48). En pratique, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il n'y a pas à distinguer entre deux degrés d'adaptation possibles de l'organisation administrative, d'une part, dans les départements d'outre-mer où elle est expressément envisagée par l'article 73 et, d'autre part, en métropole, mais, au terme d'une évolution entachée d'une incohérence manifeste, entre adaptation de l'organisation communale ou départementale (en métropole ou outre-mer), et libre création d'une nouvelle catégorie «même ne comprenant qu'une unité».

■ S'agissant des adaptations, dans les départements d'outre-mer en premier lieu, il résulte des articles 72 et 73 de la Constitution que «le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des mesures d'adaptation que peut rendre nécessaires la situation particulière de ces départements d'outre-mer; que ces adaptations ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outre-mer une «organisation particulière», prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outre-mer» (décis. 82-147 DC, 84-174 DC, 2000-435 DC). Et, à la différence des territoires d'outre-mer, le Conseil constitutionnel contrôle précisément que les adaptations sont justifiées par la situation particulière et qu'il n'est pas porté atteinte à des caractéristiques essentielles du statut commun. Ainsi l'assemblée chargée de la gestion des départements d'outre-mer (était envisagée une assemblée unique se substituant au

(44) V. notamment la décision 94-358 DC relative à la loi sur l'aménagement du territoire; F. Mélin-Soucramanien, Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, RFDA 1997 p. 906; A.-M. Le Pourhiet, Discriminations positives ou injustices?, RFDA 1998, p. 519.

(45) J.-C. Douence, Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer, RFDA 1992, p. 462, spéc. p. 470. Le principe de spécialité législative signifie que les lois, sous réserve de celles dites de souveraineté, ne sont applicables que sur mention expresse, puis promulgation et publication locale. L'article 72 de la Constitution de 1946 consacrait expressément ce principe. La Constitution de 1958 l'a confirmé, quoique moins explicitement, à travers les articles 74 et 76 ancien (V. *supra* note 36).

(46) V. décision 82-151 DC: la loi a pu étendre à l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie, «compte tenu de la situation géographique et de la diversité ethnique de ce territoire, un régime de représentation proportionnel, dont n'était d'ailleurs antérieurement exemptée qu'une seule de ses communes»; décision 2000-433 DC: le législateur a pu «autoriser en Polynésie française, compte tenu de l'étendue et des particularités géographiques de ce territoire, où l'offre de programmes diffusés par satellite est par ailleurs très faible, la réception directe, par «liaisons micro-ondes», des signaux transportés par un réseau câblé».

(47) V. par exemple l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat *Gouvernement du territoire de la Polynésie française* du 30 juin 1995 (Rec. p. 280; RFDA 1995, p. 1240, notes L. Favoreu et L. Philip) et la décision 97-390 DC du Conseil constitutionnel.

(48) J.-C. Douence, article précité, RFDA 1992, p. 465 et 469.

conseil général et au conseil régional) doit conserver la même «nature» que le conseil général en métropole en assurant «la représentation des composantes territoriales des départements», c'est-à-dire concrètement sans remettre en cause le mode cantonal des élections (147 DC); par contre, la création d'un «congrès» composé des conseillers généraux et des conseillers régionaux et réuni à la demande et sur un ordre du jour déterminé par le conseil général ou régional, pour adopter des propositions en matière d'évolution institutionnelle ou de modification des compétences, «qui ne conduit pas à la mise en place d'un conseil élu par lequel s'administrerait une collectivité territoriale de la République, ne porte pas atteinte au régime propre aux départements et aux régions d'outre-mer» (435 DC). Egalement, l'aménagement des compétences des départements et régions d'outre-mer doit rester «limité» par rapport aux autres régions et départements (174 DC, avec des appréciations d'espèce parfois discutables (49)); le Conseil constitutionnel a toutefois jugé depuis que la définition des compétences de la Collectivité territoriale de Corse n'a pas pour conséquence «d'affecter de façon substantielle» les attributions des deux départements de Corse (décis. 91-290 DC), cet assouplissement (50) étant *a fortiori* applicable aux départements d'outre-mer.

Pour la métropole en second lieu, à propos des arrondissements de Paris, Lyon et Marseille, le Conseil constitutionnel a jugé «qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'instituer des divisions administratives au sein des communes ni d'instituer des organes élus autres que le conseil municipal et le maire; que, dès lors, si les dispositions critiquées par les auteurs de la saisine dérogent, pour les trois plus grandes villes de France, au droit commun de l'organisation communale, elles ne méconnaissent pas pour autant la Constitution» (décis. 82-149 DC), la dérogation étant donc adaptée aux trois plus grandes villes. Il a également jugé que la création d'un mécanisme de solidarité financière intercommunale propre à la région d'Ile-de-France n'est pas contraire au principe d'égalité compte tenu de «l'ampleur et du cumul» de traits spécifiques (décis. 91-291 DC). La jurisprudence constitutionnelle admettait donc tant pour la métropole que pour les départements d'outre-mer des aménagements mesurés et justifiés par les situations particulières.

■ Mais, d'autre part, par le biais de la création de catégories, le Conseil constitutionnel s'est engagé en 1982, à propos du statut particulier de la Corse, dans une tout autre direction, qui se révèle clairement en 1991 et se confirme en 2002.

Face à ce qui apparaissait juridiquement comme une adaptation du statut régional auquel la loi spéciale se référait expressément, le Conseil constitutionnel juge que la Constitution «n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité», et ceci sans aucunement préciser que cette création doit être justifiée par une situation particulière. Ce n'est qu'en réponse à la saisine soutenant qu'il y aurait «disproportion entre l'édiction d'un statut électoral spécial et le fait que la Corse est une île» qu'il considère «qu'en l'état actuel de la législation et jusqu'à l'intervention du texte destiné à fixer le régime général des élections aux conseils régionaux rien ne permet de soutenir que le régime applicable à la région de Corse sera dérogatoire au droit commun applicable à l'ensemble des régions» (décis. 82-138 DC). L'on pouvait alors encore penser que, globalement, un contrôle de l'adaptation à la situation particulière serait maintenu, bien que n'étant que partiellement effectué en l'espèce. La décision de 1991 ne confirme pas ce point de vue. Le raisonnement tenu est le suivant (décis. 91-290 DC, consid. 18 à 20). Le législateur ne peut déroger à la répartition des compétences entre la loi et le règlement que dans les territoires d'outre-mer, mais peut créer une nouvelle catégorie de collectivité territoriale même ne comprenant qu'une unité et la doter d'un statut spécifique, en se conformant aux règles et principes de valeur constitutionnelle (notamment principe de libre administration et respect des prérogatives de l'Etat). En l'espèce, l'assemblée élue au suffrage universel direct règle les affaires de la collectivité, le conseil exécutif doté de pouvoirs propres est élu par l'assemblée en son sein, le représentant de l'Etat conserve ses prérogatives, ni l'assemblée ni le conseil exécutif ne se voient attribuer des compétences ressortissant au domaine de la loi; ainsi cette organisation spécifique à caractère administratif ne méconnaît pas la Constitution. Est donc admis globalement un statut particulier, sans aucun examen de sa justification par une situation particulière. Certes, envisageant plus loin la question d'une éventuelle atteinte aux compétences des départements corses, le Conseil remarque (consid. 33 et 34) «qu'en érigeant la Corse en collectivité territoriale à statut particulier et en la substituant à la région de Corse, sans pour autant mettre en cause l'existence des deux départements créés [...] sur le territoire de Corse, le législateur a entendu prendre en compte les caractères spécifiques de ce dernier; qu'à cet effet, [...] la loi confère à la Collectivité territoriale de Corse des compétences plus étendues que celles confiées en règle générale aux régions [...]; qu'en effet la nouvelle collectivité territoriale se voit dotée, en sus des compétences de la région de Corse, d'attributions qui lui sont transférées par l'Etat» sans que les attributions des deux départements soient affectées de façon substantielle, et qu'il suit de là que la définition des compétences de la Collectivité territoriale de Corse ne porte pas atteinte à l'article 72 de la Constitution. Mais on constate que cela ne débouche sur aucun contrôle de l'adaptation desdites compétences à la situation particulière. Paradoxalement, une atteinte à l'égalité est par ailleurs censurée ponctuellement à propos de l'institution d'une incompatibilité particulière entre mandats, alors «qu'aucune justification tirée de la spécificité de la Collectivité territoriale de Corse ne fonde une telle interdiction» (consid. 23), ce qui était d'ailleurs discutable. Ainsi, globalement, pour l'adoption d'un statut spécifique, comme le souligne le doyen Favoreu, «il n'est précisé, à aucun moment, que l'étendue de la compétence du législateur est fonction de telle ou telle donnée sociologique, géographique, historique particulière» (51).

En 2002 enfin, le Conseil, examinant en bloc l'ensemble de compétences déjà mentionné précédemment, considère «qu'eu égard aux caractéristiques géographiques et économiques de la Corse, à son statut particulier au sein de la République et au fait qu'aucune des compétences ainsi attribuées n'intéresse les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques, les différences de traitement qui résulteraient de ces dispositions entre les

(49) Il est par exemple possible de transférer aux régions la compétence pour les aides aux travaux d'aménagement destinés aux cultures marines, d'importance non négligeable dans trois départements insulaires et un côtier, mais non de substituer au conseil départemental de l'habitat un conseil régional, alors qu'il s'agit d'un simple organisme consultatif extérieur placé auprès du préfet, qui détient seul le pouvoir de décision...

(50) Le transfert des compétences départementales relatives aux collèges est plus qu'un aménagement limité...

(51) Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, commentaire 46, n° 20.

personnes résidant en Corse et celles résidant dans le reste du territoire national ne seraient pas constitutives d'une atteinte au principe d'égalité» (décis. 2002-454 DC). Ainsi, parce que la Corse a des caractéristiques propres, parce qu'elle a un statut particulier - qui lui-même n'a jamais été globalement justifié par rapport au principe d'égalité -, parce que les libertés publiques ne sont pas en cause, il n'y a pas atteinte à l'égalité, sans qu'il soit besoin de vérifier en quoi les compétences en cause sont effectivement adaptées aux caractéristiques propres. Faut-il en déduire que l'égalité ne s'impose ici qu'en matière de libertés publiques? Pas même, puisque le Conseil constitutionnel examine plus loin très soigneusement comment une exonération partielle d'arriérés de cotisations patronales dues par les employeurs de main-d'œuvre agricole est justifiée compte tenu de «la situation dégradée au regard de critères objectifs» de l'agriculture corse (52).
Le Conseil constitutionnel s'est en définitive enfermé dans une contradiction dont on voit mal l'issue: un statut administratif particulier peut être admis globalement sans qu'il soit vérifié en quoi il est adapté à la situation particulière de la collectivité, mais des dispositions ponctuelles de la loi peuvent être censurées si elles ne sont pas justifiées par cette situation particulière. L'égalité mise entre parenthèses sur le principal est réaffirmée sur l'accessoire.

■ Le constat qui peut être fait est alors le suivant, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En métropole ou dans les départements d'outre-mer, le statut des communes et départements ne peut faire l'objet que d'adaptations justifiées par des situations particulières, sans dénaturer les assemblées ni affecter substantiellement leurs compétences, l'adaptation étant concrètement contrôlée par le juge constitutionnel. Par contre, il est possible de sortir une collectivité de la catégorie des régions pour la faire rentrer dans une nouvelle catégorie spécifique, sans que soit contrôlée l'adaptation effective du statut spécifique à la situation particulière concernée (53). Rien ne paraît donc s'opposer à la multiplication de tels statuts régionaux différenciés, après invocation très générale de caractéristiques propres, mais l'égalité en droit des citoyens n'est plus alors effectivement garantie qu'au niveau de l'organisation communale et départementale.

Equilibre entre liberté et égalité

Tocqueville a le premier montré la nécessité de la libre administration locale pour assurer la liberté dans l'égalité, et il n'est pas inutile de rappeler ses analyses pour apprécier toute la portée de la libre administration. Mais la question est posée actuellement du développement de libertés locales qui ne seraient plus seulement administratives, mais aussi gouvernementales, ou plus, c'est-à-dire en réalité de savoir si l'égalité en droit elle-même ne peut être mise en cause.

La nécessité de la libre administration

■ Tocqueville, principalement dans les deux tomes de «De la Démocratie en Amérique» (1835 et 1840), s'attache à montrer, par comparaison entre aristocratie et démocratie (caractérisée avant tout par l'égalité) et entre Amérique et Europe, la nécessité de pouvoirs intermédiaires, tout particulièrement sur le plan administratif, entre les individus et le pouvoir central, pour éviter le «despotisme». «On comprend que la centralisation gouvernementale acquiert une force immense quand elle se joint à la centralisation administrative. De cette manière, elle habitue les hommes à faire abstraction complète et continuelle de leur volonté; [...] elle les isole et les saisit ensuite un à un dans la masse commune. [...] Pour ma part, je ne saurais concevoir qu'une nation puisse vivre ni surtout prospérer sans une forte centralisation gouvernementale. Mais je pense que la centralisation administrative n'est propre qu'à énerver les peuples qui s'y soumettent, parce qu'elle tend sans cesse à diminuer parmi eux l'esprit de cité. La centralisation administrative parvient, il est vrai, à réunir à une époque donnée, et dans un certain lieu, toutes les forces disponibles de la nation, mais elle nuit à la reproduction des forces» (54). On précisera que Tocqueville entend ici par gouvernement le pouvoir de diriger les intérêts communs à toutes les parties de la nation, tels la formation des lois générales et les rapports du peuple avec les étrangers, et par administration le pouvoir de diriger les intérêts spéciaux à certaines parties du territoire, tels, par exemple, que les entreprises communales - ce pouvoir administratif étant un pouvoir d'application de la loi comme cela apparaît en divers passages.
L'aristocratie comportait des pouvoirs intermédiaires, mais les «droits divers qui ont été arrachés successivement, de notre temps, à des classes, à des corporations, à des hommes, n'ont point servi à élever sur une base plus démocratique de nouveaux pouvoirs secondaires, mais se sont concentrés de toutes parts dans les mains du souverain», dont en outre le pouvoir déborde la sphère des anciens pouvoirs car «une multitude d'actions qui échappaient jadis au contrôle de la société y ont été soumises de nos jours, et leur nombre s'accroît sans cesse» (55). Et en démocratie, si l'égalité rend les individus plus indépendants, elle les isole aussi et favorise l'individualisme. D'où finalement le nouveau despotisme que les nations démocratiques ont à craindre, décrit dans un passage célèbre: «je vois une foule immense d'hommes semblables et égaux... Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort...» (56).
La démocratie comporte cependant les procédés propres à éviter ce danger: «au lieu de remettre au souverain seul tous les pouvoirs administratifs qu'on enlève à des corporations ou à des nobles, on peut en confier une partie à des corps secondaires temporairement formés de simples citoyens; de cette manière, la liberté des particuliers sera plus sûre, sans que leur égalité soit moindre». Plus généralement, «une association politique, industrielle, commerciale ou même scientifique et littéraire, est un citoyen éclairé et puissant qu'on ne saurait plier à volonté ni opprimer dans l'ombre» (57), et «après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association me paraît donc presque aussi inaliénable que la liberté individuelle» (58). L'administration locale n'est pas pour Tocqueville destinée à affaiblir l'autorité de la nation dans son principe, mais à en diviser les

(52) Un plan spécifique d'apurement des dettes sociales des exploitants agricoles corses, figurant dans la loi de finances pour 2000, avait été censuré auparavant, faute de justification par le législateur (décis. 2000-441 DC).

(53) Que la catégorie des régions soit seulement législative, et non constitutionnelle, n'explique rien à cet égard...

(54) Démocratie, Tome 1, 1re Partie, Chapitre V, paragr. «Des effets politiques de la décentralisation administrative aux Etats-Unis».

(55) Tome 2, IVe Partie, Chapitre V.

(56) Tome 2, IVe Partie, Chapitre VI.

(57) Tome 2, IVe Partie, Chapitre VII.

(58) Tome 1, IIe Partie, Chapitre IV.

forces d'exécution, à tempérer l'omnipotence de la majorité: «les corps municipaux et les administrations des comtés forment donc autant d'écueils cachés qui retardent ou divisent le flot de la volonté populaire. La loi fût-elle oppressive, la liberté trouverait encore un abri dans la manière dont on exécuterait la loi» (59). Et il ne faut pas oublier, enfin, qu'à côté de l'existence, il y a l'esprit: «les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science. [...] Sans institutions communales une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de liberté» (60). Il faut donc savoir favoriser cet esprit: «ôtez la force et l'indépendance de la commune, vous n'y trouverez jamais que des administrés et point de citoyens» (61).

■ Ainsi, la liberté doit être assurée non seulement dans la sphère politique, mais également dans les deux sphères, administrative et civile, de satisfaction des besoins. En d'autres termes, la liberté des citoyens de s'administrer est complémentaire, et tout aussi fondamentale, que leur liberté de s'associer civilement ou commercialement et d'entreprendre. La liberté d'administration est une liberté publique, ou un droit fondamental si l'on préfère, elle est en tous cas essentielle à la démocratie. Pourtant, contrairement à ce qu'il en est pour la liberté d'association, la qualification de liberté fondamentale surprend lorsqu'elle est appliquée à la libre administration, comme en témoignent les commentaires d'un arrêt récent du Conseil d'Etat y procédant (62). C'est, on l'a vu, que cette liberté est généralement perçue comme celle de collectivités ou autorités locales abstraitement considérées plutôt que comme celle de communautés de citoyens. Or, ce qu'il faut protéger, c'est le droit des citoyens à une sphère administrative propre, à participer par l'intermédiaire de leurs représentants à la définition d'une politique administrative propre, au lieu de dépendre de l'Etat pour tous les besoins dont la satisfaction n'est pas assurée convenablement par l'initiative privée. Il s'agit ainsi tout à la fois de limiter l'emprise de l'Etat sur la vie quotidienne et d'introduire dans la sphère administrative une diversité d'application de la loi, tout aussi créatrice que l'initiative privée dans la sphère civile, favorisant la reproduction des forces dirait Tocqueville, et l'apprentissage de la démocratie ajouterait-il.

Ces avantages sont obtenus sans remise en cause de l'égalité: d'une part, l'égalité en droit est intégralement maintenue par la centralisation politique, d'autre part, les inégalités de fait que la liberté d'administration autorise peuvent être modulées selon l'encadrement du pouvoir de décision des autorités locales par la loi, voire exclues notamment en matière de libertés publiques, comme on l'a vu plus haut, ou encore corrigées par des mécanismes de péréquation financière. Est ainsi réalisé un équilibre entre liberté et égalité propice à la manifestation de la solidarité, conformément en somme à la devise de la République.

Ce qu'il faut souligner enfin à la suite de Tocqueville, c'est que l'approfondissement de la libre administration suppose d'en développer non pas seulement «l'existence», mais aussi «l'esprit», notamment en s'appuyant sur des communautés sociologiquement bien établies, et en clarifiant aux yeux des citoyens qui les composent les enjeux précis des élections locales, qui restent méconnus comme le souligne encore le rapport Mauroy, « sondage à l'appui »(63). Dans ces conditions, en vue d'aménager la liberté d'administration conformément à sa finalité, de rendre apparents les enjeux considérables de l'administration locale, la priorité doit être, en tout point de la réforme, de faciliter la perception par les citoyens des compétences et des financements.

Dépasser la libre administration?

Le dépassement manifeste de la simple administration dans le cas des territoires d'outre-mer, ou encore en Espagne et en Italie, a conduit depuis longtemps la doctrine à s'interroger sur la nature véritablement unitaire de l'Etat, sur les notions d'autonomie ou d'Etat régional, intermédiaires entre le fédéralisme et la libre administration (64). Compte tenu des développements qui précèdent, il apparaît que le caractère unitaire de l'Etat n'est intégralement conservé qu'autant qu'est maintenue une complète unité de source des règles de droit, lois et règlements de gouvernement, ce qui autorise simplement la libre administration des collectivités internes. Ce caractère unitaire est plus ou moins entamé par l'introduction au profit de ces collectivités d'un pouvoir plus ou moins large de fixer des règles propres, par l'attribution d'un pouvoir réglementaire de gouvernement, s'exerçant soit dans le domaine réglementaire normal soit également dans le domaine législatif, ou aussi par l'attribution d'un pouvoir législatif au sens formel. Un pas supplémentaire vers le fédéralisme peut résulter de l'organisation de juridictions propres. Enfin le fédéralisme proprement dit suppose la consécration constitutionnelle des compétences des Etats fédérés et leur participation au pouvoir législatif fédéral. Il s'agit là d'une grille d'analyse, étant entendu qu'en pratique les combinaisons et dosages sont multiples, et que tout est affaire de degré.

■ La question est désormais posée en France du dépassement de la libre administration, par le développement d'autonomies régionales sous forme de libre gouvernement, ou plus. Du débat traditionnel entre les deux conceptions de l'égalité, en droit ou en fait, apparu dès la Révolution avec la première phase libérale proclamant l'égalité en droits suivie de la phase jacobine prônant la justice ou égalité des situations (65), on passe ainsi à un nouveau débat - non

(59) Tome 1, IIe Partie, Chapitre VIII, paragr. «Absence de centralisation administrative».

(60) Tome1, Ire Partie, Chapitre V, paragr. «Du système communal en Amérique».

(61) Tome1, Ire Partie, Chapitre V, paragr. «De l'esprit communal dans la Nouvelle-Angleterre».

(62) CE, 18 janv. 2001, *Commune de Venelles, Morbelli*, AJDA 2001, p. 153, chron. M. Guyomar et P. Collin; Dr. adm., 2001, n° 75, et n° 155, note L. Touvet; Petites affiches 2001, n° 30, note N. Chahid-Nouraï et C. Lahami-Depinay; RFDA 2001, p. 378, concl. L. Touvet, et p. 681, note M. Verpeaux; CJEG 2001, p. 161, concl. L. Touvet. A propos d'un référé-liberté dirigé contre un refus du maire de convoquer le conseil municipal, le Conseil d'Etat range le principe de libre administration au nombre des libertés fondamentales, tout en considérant que le refus opposé par le maire à la demande, par un tiers des conseillers, de convocation du conseil municipal, «ne concerne que les rapports internes au sein de la commune et ne peut, par suite, être regardé comme méconnaissant ce principe», ce qui serait par contre le cas, selon le commissaire du gouvernement, d'une atteinte grave au pouvoir de décision des autorités locales notamment par l'Etat; comme le notent M. Guyomar et P. Collin, «considérée ainsi, cette liberté est très proche de la liberté d'association et de la liberté syndicale qui ont également pour objet de garantir un droit au fonctionnement sans ingérence excessive de l'Etat».

(63) Refonder l'action publique locale. Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2000, p. 18.

(64) V. notamment P. Bon et F. Moderne, Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole, Economica, 1981; M.-H. Fabre, L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité? fiction?, RD publ. 1982, p. 603; T. Michalon, La France, une fédération qui s'ignore?, RD publ. 1982, p. 623; C. Bacoyannis, Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, Economica, 1993; Y. Lejeune, Les Etats à système juridique non unifié, et R. Debbasch, L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France, *In* Etat, régions et droits locaux, Economica, 1997, p. 47 et p.73; M. Joyau, De l'autonomie des collectivités territoriales françaises, LGDJ, 1998.

(65) V. F.-P. Bénoit, La démocratie libérale, PUF, 1978, p. 44 s.

encore clairement posé - qui est de savoir s'il faut maintenir intégralement l'égalité en droit, ou y renoncer au moins partiellement.

Il est vrai que les principes fondamentaux d'égalité de tous devant la loi et d'unité et d'indivisibilité de l'Etat, consacrés depuis la Révolution, ne jouent déjà plus dans toute leur rigueur. Il y a bien tout d'abord division de la République entre, d'une part, la sphère de droit commun de la métropole et des départements d'outre-mer, et, d'autre part, les sphères plus ou moins particularisées des autres collectivités d'outre-mer; et l'unité de source normative est également de plus en plus entamée par le développement de pouvoirs réglementaires de gouvernement ou maintenant législatif outre-mer, même si l'on peut considérer qu'une part d'unité subsiste dans la mesure où les statuts particuliers d'outre-mer sont fixés par la loi nationale. Si elle évolue dans son degré, cette situation de l'outre-mer (hors départements) est toutefois traditionnelle, et a été en quelque sorte avalisée par les Constitutions de 1946 et 1958.

Une nouvelle sphère particulière est, d'autre part, apparue en Corse où la liberté d'administration des citoyens est plus développée au niveau régional que dans le reste de la métropole - sans que le Conseil constitutionnel, comme on l'a vu, examine dans quelle mesure cette différence est justifiée par la situation particulière de la Corse - avec en outre une première dose de pouvoir réglementaire de gouvernement. Sans doute, cette justification était délicate à apporter: l'insularité et ses aspects dérivés peut objectivement justifier des mesures particulières, mais difficilement l'ensemble des particularités institutionnelles résultant des lois de 1991 et 2002, qui répondent à certaines données contingentes. Ces particularités institutionnelles ne paraissent d'ailleurs pour la plupart pas moins adaptées aux autres régions qu'à la Corse. Il en résulte en tout cas que l'indivisibilité de la République et l'égalité en droit ne sont plus désormais entièrement garanties en métropole, et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne comporte pas actuellement de limite véritable au développement de statuts particuliers, alors pourtant que la liberté d'administration est, comme on l'a vu, une liberté fondamentale des citoyens, à laquelle le principe d'égalité devrait s'appliquer pleinement. Il semble que le temps est venu, en toute hypothèse, d'une clarification de la Constitution.

■ Si l'on entend demeurer dans le cadre actuel de l'égalité en droit et de la libre administration, c'est une évolution dans le cadre de statuts communs sur l'ensemble du territoire qui doit être menée, sous réserve seulement de particularités fondées sur des justifications concrètes. Le constituant de 1958 avait peut être été prudent de n'envisager les adaptations de statut que dans le cas des départements d'outre-mer; la métropole forme manifestement un bloc infiniment plus homogène, qui permet difficilement, sans biaiser la Constitution, de fortes particularités de statut.

La reconnaissance d'un véritable pouvoir de libre gouvernement ou de libre législation, en pratique au niveau régional, pose pour sa part des problèmes d'une toute autre ampleur. Il s'agit en effet de distinguer une sphère relevant des lois et règlements nationaux dans laquelle l'égalité en droit est maintenue, et une sphère d'autonomie régionale dans laquelle on renonce à l'égalité en droit au profit d'une plus grande liberté, avec par suite une différenciation du droit applicable sur les différentes parties du territoire. C'est donc dans la Constitution qu'il conviendrait de déterminer l'ampleur de cette sphère d'autonomie et la répartition du pouvoir réglementaire de gouvernement ou éventuellement du pouvoir législatif, de redéfinir l'unité et l'égalité que la République entend maintenir.

Quant à la détermination de cette sphère d'autonomie, une prise en compte préalable du contexte moderne d'européisation et de mondialisation des règles paraît s'imposer, parce que l'autonomie n'est pas envisageable dans cette sphère de règles, et plus généralement parce qu'il faut se demander si les communautés infra-étatiques n'ont pas intérêt, pour la défense de leur propre identité, à conserver l'Etat en tant que pouvoir intermédiaire fort, de même que l'Etat a intérêt à l'Europe. Dans le cadre d'un système d'autonomies régionales ensuite, il paraît improbable que soit remise en cause la compétence de l'Etat et donc l'égalité s'agissant des droits fondamentaux, alors que jusqu'à présent c'est même l'égalité de traitement de fait, comme on l'a vu, qui tend à prévaloir ici. Il faut enfin déterminer si la sphère d'autonomie peut ou non s'étendre sur l'actuel domaine législatif de l'article 34 de la Constitution, et dans l'affirmative si les règles adoptées par les régions autonomes sont au sens formel des lois soumises au contrôle du juge constitutionnel ou des règlements de gouvernement soumis au contrôle du juge administratif.

En toute hypothèse, l'autonomie offre davantage de liberté, mais cette fois sans maintien, dans son domaine propre, de l'égalité républicaine. On peut mentionner, quant à ce choix fondamental, quelques facteurs à prendre en considération. Bien entendu, l'adoption de règles au niveau régional entraîne inévitablement une complexification du système juridique, sensible pour tous ceux qui opèrent au niveau interrégional. Mais elle présente aussi des risques particuliers à prévenir: il faut notamment envisager les mesures propres à assurer la meilleure information et confrontation publique des opinions dans le débat régional substitué au débat national, et prendre garde au fait que des règles adoptées à ce niveau régional peuvent se faire moins générales, au détriment en particulier de la liberté d'action des collectivités locales inférieures. D'autre part, le choix entre liberté et égalité a aussi des implications financières: les divers mécanismes de péréquation financière ont pour fondement l'égalité, et même plus précisément l'égalité de traitement de fait. Ainsi, c'est spécialement dans la sphère de l'unité et de l'égalité, qui la fondent, que la solidarité financière doit logiquement se concentrer, l'autonomie politique impliquant pour sa part, dans son domaine propre, le renoncement à cette solidarité.

*
* *

A partir de la mise en valeur de la sphère administrative, distinguée de la sphère politique et en particulier gouvernementale, il est donc possible de mieux saisir la nature et la portée de la libre administration locale, liberté fondamentale des citoyens contribuant au maintien de la liberté générale dans le cadre de l'unité et de l'égalité républicaines classiques.

On peut dès lors conclure sans hésitation en faveur du développement et du perfectionnement de la libre administration, d'une libre administration régime de droit commun de l'action administrative, sous réserve des domaines particuliers où la puissance d'intervention de l'Etat présente des avantages.

Ceci n'exclut pas l'introduction, après révision de la Constitution, d'une décentralisation politique, d'un échelon d'autonomie intermédiaire entre l'Etat et les collectivités locales de base. Mais sur ce point, il est indispensable d'approfondir le débat dans la clarté, la question centrale étant que la liberté se gagne ici aux dépens de l'égalité et de la solidarité, question à décliner selon les divers domaines où l'autonomie est envisagée.

Bayonne, mai 2002

45

DOCUMENT n° 7

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979

Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État

Le Conseil constitutionnel,
Saisi le 11 mai 1979 par MM Alain Vivien, Joseph Franceschi, Roch Pidjot, Daniel Benoist, Georges Lemoine, André Billardon, Michel Crépeau, Raymond Julien, Alain Bonnet, Jean-Michel Boucheron, Pierre Lagorce, André Delelis, Dominique Dupilet, Jacques Mellick, Alain Savary, Arthur Notebart, Louis Mermaz, Bernard Derosier, Raoul Bayou, Gilbert Sénès, Joseph Vidal, Henri Emmanuelli, Hubert Dubedout, André Chandernagor, Georges Fillioud, Alain Richard, Jean-Pierre Cot, Claude Michel, Laurent Fabius, Guy Bêche, Jean Auroux, Philippe Marchand, Gérard Bapt, Maurice Brugnon, François Autain, Edmond Vacant, Jacques-Antoine Gau, Jean-Pierre Chevènement, Christian Nucci, Lucien Pignion, Alain Chénard, Maurice Pourchon, Philippe Madrelle, Claude Evin, Roger Duroure, Robert Aumont, Mme Edwige Avice, MM Christian Laurissergues, Marcel Garrouste, Yvon Tondon, Pierre Joxe, Jacques Cambolive, Louis Besson, Roland Huguet, Louis Le Pensec, Jean Laborde, Alain Faugaret, André Laurent, Paul Duraffour, André Delehedde, André Cellard, députés à l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, du texte de la loi modifiant les modes d'élection de l'assemblée territoriale et du conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat, notamment des articles 3 et 8-II de ladite loi ;
Saisi le 16 mai 1979 par MM Marcel Champeix, Maxime Javelly, Georges Dagonia, Marcel Mathy, Maurice Vérillon, Roger Quilliot, Pierre Noé, Raymond Courrière, Philippe Machefer, André Méric, Jacques Carat, Gilbert Belin, Emile Durieux, Louis Perrein, Jean Nayrou, Franck Sérusclat, Noël Berrier, Robert Schwint, Robert Pontillon, Robert Guillaume, Gérard Minvielle, Bernard Parmantier, Roland Grimaldi, Jean Geoffroy, Georges Spénale, Marcel Brégégère, Léon Eeckhoutte, Félix Ciccolini, Charles Alliès, Maurice Janetti, Michel Moreigne, René Chazelle, André Barroux, Roger Rinchet, Edgard Pisani, Mlle Irma Rapuzzi, MM Michel Darras, Robert Laucournet, Guy Durbec, Claude Fuzier, Jean Péridier, Albert Pen, Henri Tournan, Louis Longequeue, Antoine Andrieux, Jean Varlet, Marcel Souquet, Tony Larue, Robert Lacoste, Bernard Chochoy, Marcel Debarge, Paul Mistral, Maurice Pic, Abel Sempé, Edouard Soldani, Emile Vivier, Jacques Bialski, Georges Dayan, Henri Duffaut, Edgar Tailhades et, le 23 mai 1979, par MM Paul Pillet, Marcel Rudloff, René Tinant, Pierre Vallon, Daniel Millaud, Raoul Vadepied, Roger Boileau, Pierre Ceccaldi-Pavard, Jean Gravier, Pierre Schiélé, Edouard Le Jeune, Jean Colin, Paul Séramy, Jean-Pierre Blanc, François Prigent, Francis Palmero, Jean Francou, René Jager, Raymond Bouvier, Georges Lombard, Jean David, Michel Labéguerie, André Rabineau, François Dubanchet, Jean-Marie Bouloux, Baudouin de Hauteclocque, Jean Mezard, Etienne Dailly, France Léchenault, Auguste Billiémaz, Joseph Raybaud, Victor Robini, Josy Moinet, Jacques Verneuil, Gaston Pams, Henri Caillavet, Henri Moreau, André Morice, Jean Béranger, Bernard Legrand, Max Lejeune, Jean Mercier, Charles Beaupetit, André Jouany, Hubert Peyrou, Emile Didier, Pierre Jeambrun, François Giacobbi, Lionel Cherrier, Jean de Bagneux, Jacques Thyraud, Michel d'Aillières, Michel Miroudot, Jean-François Pintat, Jacques Larché, Jules Roujon, Michel Sordel, Louis Martin, Pierre Jourdan, Pierre-Christian Taittinger, Hubert Martin, Louis de la Forest, Albert Sirgue, Pierre Croze, Jean Benard-Mousseaux et Pierre Louvot, sénateurs dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, du texte de la loi modifiant les modes d'élection de l'assemblée territoriale et du conseil du gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat, notamment de l'article 8-I de ladite loi ;

Vu la Constitution ;
Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment les articles figurant au chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;
Ouï le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant que la demande des députés et les deux demandes des sénateurs sont relatives à la même loi et qu'il y a lieu de les joindre pour qu'elles fassent l'objet d'une seule décision ; Sur la demande des députés :
2. Considérant que, pour contester la conformité à la Constitution de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, les auteurs de cette demande soutiennent, d'une part, que les dispositions de l'article 3 de cette loi seraient contraires à l'article 4 de la Constitution parce qu'elles subordonnent la restitution du

cautionnement versé et le remboursement des frais de propagande à l'obtention par les listes en présence d'un pourcentage de 5 p 100 des suffrages exprimés ; qu'ils font valoir, d'autre part, que les dispositions de l'article 8-II de la même loi auraient été adoptées sans qu'il ait été procédé à la consultation de l'assemblée territoriale intéressée, ainsi que l'exige l'article 74 de la Constitution ; En ce qui concerne les dispositions de l'article 3 :

3. Considérant qu'en vertu de l'article 4 de la Constitution les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage et qu'ils se forment et exercent leur activité librement ; que cette disposition, dont il appartient à la loi d'assurer la mise en oeuvre, ne fait pas obstacle à ce que celle-ci subordonne la restitution d'un cautionnement et le remboursement des frais de propagande à l'obtention d'un nombre minimum de suffrages ; En ce qui concerne les dispositions de l'article 8-II :

4. Considérant qu'aux termes de l'article 74 de la Constitution l'organisation particulière des territoires d'outre-mer "est définie et modifiée par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée" ;

5. Considérant que cette disposition doit être entendue en tenant compte des règles de la Constitution relatives à la procédure législative et, plus précisément, de celles des articles 40, 41 et 44 concernant le droit d'amendement ; qu'aucune de ces règles ne comporte l'obligation pour l'Assemblée nationale ou le Sénat d'interrompre le déroulement d'un débat en cours pour permettre la consultation, sur un amendement, d'un organisme extérieur au Parlement ; que, par suite, et en l'absence d'une disposition formelle de l'article 74, ce dernier ne saurait être interprété, sous peine de porter atteinte aux prérogatives du Parlement, comme faisant obligation de soumettre, au cours d'un débat parlementaire, le texte d'un amendement à l'avis de l'assemblée territoriale intéressée ;

6. Considérant que, dans ces conditions, l'amendement devenu l'article 8-II de la loi déférée au Conseil constitutionnel, qui, d'ailleurs, procède elle-même d'un projet de loi ayant fait l'objet d'une consultation de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie et dépendances avant son dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale, n'avait pas à être renvoyé pour avis à cette assemblée territoriale ; que la circonstance que, par son objet, cet amendement sortirait du cadre du projet initial, alors même qu'elle eût été susceptible d'affecter sa recevabilité en vertu des règlements des assemblées parlementaires, serait sans influence sur la constitutionnalité de la procédure suivie puisqu'un amendement n'a pas à être renvoyé pour avis à une assemblée territoriale ; Sur les deux demandes des sénateurs :

7. Considérant que les auteurs de chacune de ces deux demandes soutiennent que l'article 8-I de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la séparation des pouvoirs législatif et exécutif institués par la Constitution et, plus spécialement, à ses articles 20, 21, 34, 37 et 72, dans la mesure où la dissolution de l'assemblée territoriale et du conseil du gouvernement est prononcée par la loi elle-même au lieu de l'être par décret en conseil des ministres ; qu'en outre, la disposition de cet article 8-I relative à l'assemblée territoriale n'ayant pas été soumise à l'avis de celle-ci est contraire à l'article 74 de la Constitution ;

8. Considérant que l'article 8-I a pour objet de préciser la date et les modalités d'entrée en vigueur de la réforme des modes d'élection de l'assemblée territoriale et du conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ; qu'il prévoit, notamment, que les élections renouvelant l'assemblée territoriale auront lieu dans les soixantes jours qui suivront la promulgation de la loi et que les fonctions des conseillers de gouvernement élus le 14 novembre 1978 prendront fin à la date de cette promulgation ;

9. Considérant, d'une part, que, si les dispositions ainsi arrêtées ont pour effet de mettre fin implicitement pour l'assemblée territoriale et explicitement pour le conseil de gouvernement au mandat des membres de ces deux institutions, elles ne sauraient être regardées comme prononçant une dissolution tant en raison des termes mêmes dans lesquels elles sont rédigées que des règles qu'elles définissent pour le renouvellement de ces deux institutions, règles qui diffèrent sur plusieurs points de celles applicables en cas de dissolution ; qu'elles s'analysent, en définitive, comme une mesure d'abréviation du mandat de l'assemblée territoriale et du conseil de gouvernement dont la durée est fixée par la loi et ne peut être modifiée qu'en la même forme ; qu'en tirant les conséquences, au regard du mandat des membres de cette assemblée et de ce conseil, d'une entrée en application immédiate du nouveau régime électoral, le législateur n'a donc fait qu'user des pouvoirs qui lui appartiennent de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte ; que, dès lors, il n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en oeuvre ou qui consacrent la libre administration des collectivités territoriales ;

10. Considérant, d'autre part, que, n'étant pas de nature réglementaire, les dispositions de l'article 8-I n'entrent pas dans le champ d'application des règles des articles 34 et 37 de la Constitution sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement ;

11. Considérant, enfin, que l'article 8-I, qui est issu d'un amendement, n'avait pas, comme il a été dit ci-dessus, à être soumis pour avis à l'assemblée territoriale en vertu de l'article 74 de la Constitution ;

12. Considérant, qu'en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen,

Décide :

Article premier :

La loi modifiant les modes d'élection de l'assemblée territoriale et du conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat est déclarée conforme à la Constitution.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 25 mai 1979, p.
Recueil, p. 27

Copyright © 2008 - Conseil Constitutionnel - Tous droits réservés

47

DOCUMENT n° 8

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Legifrance.gouv.fr
LE SERVICE PUBLIC DE LA DIFFUSION DU DROIT

Conseil d'Etat
statuant
au contentieux

N° 229247
Publié au recueil Lebon

M. Labetoulle, pdt., président
M. Arrighi de Casanova, rapporteur
M. Touvet, commissaire du gouvernement
Me Choucroy, av., avocats

SECTION

lecture du jeudi 18 janvier 2001

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 16 janvier 2001, présentée pour M. A..., agissant tant en sa qualité de maire de la Commune de Venelles (Bouches-du-Rhône) qu'en son nom personnel ; il demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance en date du 4 janvier 2001 par laquelle le président de la 1ère chambre du tribunal administratif de Marseille, statuant en référé sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, lui a fait injonction de convoquer le conseil municipal, pour une séance qui ne saurait être postérieure au 18 janvier 2001, en vue de délibérer sur la désignation des délégués communaux au conseil de la communauté d'agglomération du pays d'Aix ;

2°) de rejeter les demandes présentées au juge des référés du tribunal administratif de Marseille ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son article 72 ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. Arrighi de Casanova, Maître des Requêtes,

- les observations de Me Choucroy, avocat de M. Pierre Z...,

- les conclusions de M. Touvet, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'au termes du premier alinéa de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. ; que, selon l'article L. 523-1 du même code : Les décisions rendues en application des articles L. 521-1, L. 521-3, L. 521-4 et L.522-3 sont rendues en dernier ressort. les décisions rendues en application de l'article L. 521-2 sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat dans les quinze jours de leur notification. En ce cas, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ou un conseiller délégué à cet effet statue dans un délai de quarante-huit heures et exerce le cas échéant les pouvoirs prévus à l'article L. 521-4 ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par les intimés :

48

Considérant qu'il résulte tant de la nature même de l'action en référé ouverte par les dispositions précitées du code de justice administrative, qui ne peut être intentée qu'en cas d'urgence et ne permet, en vertu de l'article L. 511-1 du même code, que de prendre des mesures présentant un caractère provisoire, que de la brièveté du délai imparti pour saisir le Conseil d'Etat d'une ordonnance rendue en première instance sur le fondement de ces dispositions, que le maire peut se pourvoir au nom de la commune contre une telle ordonnance sans y être habilité par le conseil municipal ; que par suite, et si M. Z..., maire de la commune de Venelles (Bouches-du-Rhône), n'a pas qualité pour faire appel, en son nom personnel, de l'ordonnance par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a enjoint au maire de cette commune, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de convoquer le conseil municipal en vue de délibérer sur la désignation des délégués communaux au conseil de la communauté d'agglomération du pays d'Aix, il est en revanche recevable à contester cette ordonnance au nom de la commune, alors même que la délégation que lui avait consentie le conseil municipal en application du 16° de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales lui avait été retirée et que ledit conseil ne l'a pas habilité à introduire la présente instance ; que la fin de non-recevoir opposée à la requête de la commune de Venelle doit, dès lors, être écartée ;

Au fond :

Considérant, en premier lieu, que, si le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle particulière, le refus opposé par le maire de Venelles aux demandes qui lui avaient été présentées en vue de convoquer le conseil municipal pour que celui-ci délibère sur l'objet mentionné ci-dessus ne concerne que les rapports internes au sein de la commune et ne peut, par suite, être regardé comme méconnaissant ce principe ; qu'il suit de là que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a méconnu la portée des dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative en faisant droit, sur le fondement de ce texte, aux demandes dont il avait été saisi en vue d'enjoindre au maire de convoquer à cette fin le conseil municipal ;

Considérant, en second lieu, que le refus de convocation en cause ne porte, contrairement à ce qu'ont soutenu les demandeurs de première instance, aucune atteinte à la liberté d'expression des conseillers municipaux ou au droit d'expression de la démocratie locale, non plus qu'au droit de vote et de représentation ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la commune de Venelles est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que la présente décision ne fait pas obstacle à ce que les intéressés, s'ils s'y croient recevables et fondés, présentent devant le tribunal administratif un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision de refus du maire et saisissent le juge des référés de ce tribunal de conclusions tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à ce qu'il en ordonne la suspension et assortisse le prononcé de cette mesure de l'indication des obligations qui en découleront pour le maire ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la commune de Venelles, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, soit condamnée à verser à MM. B... et autres, à M. X... et à MM. Y... et autres les sommes qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance susvisée du président de la 1ère chambre du tribunal administratif de Marseille endate du 4 janvier 2001 est annulée.

Article 2 : Les demandes présentées au juge des référés du tribunal administratif de Marseille par MM. B... et autres, X..., et MM Y... et autres sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées par MM. B... et autres et par MM. Y... et autres sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la Commune de Venelles, à MM. B... et autres, à M. X..., à MM. Y... et autres et au ministre de l'intérieur.

DOCUMENT n° 9

La libre administration des locales : *un principe à repe*

Lors des entretiens de la Caisse des Dépôts, le 30 septembre 1999, relatifs au thème « quelle autonomie pour les collectivités locales ? », l'intervention du professeur Auby fut très remarquée. Au-delà de toute pensée unique, le président de l'Association française du droit des collectivités locales (AFDCL) s'est fait volontiers l'avocat du diable en se (nous) demandant si l'expression « libre administration des collectivités locales » (norme constitutionnelle et principe supra législatif) ne constituait pas une vraie-fausse coquille vide. Le caractère à la fois iconoclaste et pertinent de cette allocution méritait une publication.

■ *« La loi détermine les principes fondamentaux... de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources... »* Constitution, article 34. *« Les collectivités territoriales de la République... s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi. »* Constitution, article 72.

1. Il serait faux de croire que les questions qui vont être abordées ici (NDLR: devant le public des entretiens de la Caisse des dépôts) n'intéressent que les juristes. Nous sommes dans une période où la réflexion sur la décentralisation est un peu en panne. Contrecoup, peut-être, des réformes des années 80, omniprésence du débat – au demeurant très important – sur la responsabilité des élus, placidité d'un gouvernement qui n'est pas très ardent à renforcer des collectivités locales au sein desquelles l'opposition tient des positions fortes...
Tout cela – et d'autres facteurs – tend à voiler le fait, pourtant assez évident pour la plupart de ceux qui s'intéressent de près à la question, que le statut de la décentralisation dans notre pays demeure ambigu, que notre système administratif et politique ne s'est pas encore tout à fait mis au clair avec ce qu'il a engagé à cet égard dans les années 1980. Dans ce contexte, réfléchir sur l'ancrage constitutionnel de la décentralisation n'est une perte de temps pour personne. Du côté de l'avenir de notre administration locale, se joue un grand enjeu de société, qui ne peut pas ne pas être abordé au sein même de ce qui est l'expression de notre contrat social, la Constitution. A ce niveau-là, juristes et non-juristes peuvent d'ailleurs se parler plus aisément que dans d'autres cas.

2. Pour approcher cette forme de traitement constitutionnel de l'autonomie locale que constitue le principe de libre administration, il faut d'abord se demander de quoi, en termes juridiques, peut être faite cette autonomie. En d'autres termes, qu'est-ce que cela peut vouloir dire, juridiquement, que l'autonomie des collectivités locales ?
On a de la chose une vision souvent un peu simple. Ce qui d'ailleurs s'excuse, car la notion d'autonomie est certainement de ces concepts très fondamentaux que l'on trouve toujours difficile de définir, comme en conviendrait certainement un philosophe, un sociologue ou un psychologue.
Il me semble possible d'admettre que, théoriquement, les collectivités locales, comme toutes les institu-

Les collectivités locales, comme toutes les institutions administratives, peuvent puiser à cinq sources d'autonomie : l'autonomie de gestion, l'indépendance des organes, la nature des prérogatives juridiques, les activités susceptibles d'être déployées, et le pouvoir d'auto-organisation.

ollectivités
er ?

tions administratives, peuvent puiser à cinq sources d'autonomie, bénéficier de cinq formes d'autonomie.

La première, la plus triviale en somme, est ce que l'on peut appeler **l'autonomie de gestion.** Elle correspond à l'idée selon laquelle, concrètement, une collectivité territoriale ne pourra être tenue pour libre d'orienter son action que si elle peut librement disposer des moyens matériels nécessaires à ses objectifs. Elle sera autonome, en ce sens, si elle peut alimenter par des ressources propres un budget propre, et si elle peut se doter librement d'un personnel propre.

La deuxième variété possible d'autonomie est celle qui s'attache à **l'indépendance des** organes. Vue sous cet angle, l'autonomie est consentie aux collectivités locales lorsque celles-ci disposent d'organes indépendants, libres de se déterminer, parce que non inscrits dans des mécanismes hiérarchiques, et émettant des actes qui ne peuvent pas être privés d'effet ou modifiés par une autorité «supérieure».

Le troisième registre possible d'autonomie s'attache à **la nature des prérogatives juridiques** dont les collectivités locales sont les détentrices. Leur autonomie, à cet égard, dépend du point de savoir dans quelle mesure elles disposent elles-mêmes des prérogatives de puissance publique caractéristiques (par exemple, le pouvoir d'exproprier, les attributs de la force publique), ou si ces pouvoirs sont conservés par l'Etat, lequel, le cas échéant, les manie à leur profit.

Un quatrième niveau d'autonomie a son siège dans la manière dont le droit définit **les activités susceptibles d'être déployées** par les collectivités locales. Etant précisé que la question est autant méthodologique que quantitative: la manière dont le droit définit l'objet des différentes collectivités (par une clause générale ou par des attributions spéciales, en admettant ou non que tout ce qui n'est pas interdit est permis) importe tout autant que le nombre et la variété des compétences conférées aux collectivités.

L'autonomie, cinquièmement, cela peut être **le pouvoir d'auto-organisation.** Cette forme extrême de l'autonomie est celle que l'on accorde aux collectivités locales si on leur donne, et dans la mesure où on leur donne, la faculté de déterminer leur propre statut, de modifier elles-mêmes les règles relatives à la condition personnelle de leurs agents et organes, et les règles relatives à l'exercice de leurs compétences.

3. Une autre série d'observations préalables me paraît s'imposer. Elle consiste à souligner que la place des collectivités locales dans l'appareil public – telle que la ménage le droit, toujours – n'est pas définie que par leur autonomie. Elle est fonction d'une autre donnée: c'est la contribution que le système juridique admet qu'elles apportent, aux côtés de l'Etat, à la définition et à la mise en œuvre du bien public. Il ne s'agit pas exactement de la même chose. Pour employer une distinction sociologique, la question de l'autonomie est principalement une question de pouvoir, là où la question de la contribution réputée apportée à la gestion de la société est une question d'autorité.

Elles ne sont évidemment pas sans lien, cela dit, en ce sens qu'il existe généralement un rapport entre l'étendue de l'autonomie qui est consentie aux collectivités locales et l'éminence de la contribution qu'on leur prête à la gestion de la société. Pour être plus précis sur ce lien, on pourra ajouter que la question de l'autonomie est ici théoriquement seconde, quoiqu'elle puisse devenir pratiquement première. Elle est seconde en ce sens que, théoriquement, c'est parce que l'on considère que les collectivités locales sont des vecteurs importants de réalisation de ce que l'on tient pour le bien public (qu'il s'agisse de l'apprentissage de la démocratie, d'un certain aménagement du territoire ou d'autre chose), que l'on va juger souhaitable de les rendre autonomes: pas pour le seul plaisir de donner de la liberté à des segments du territoire national.

Elle peut devenir pratiquement première, notamment parce qu'à un moment donné l'octroi d'un statut de décentralisation plus poussé à une collectivité donnée peut être simplement le moyen de régler des conflits politiques et sociaux en mettant davantage leurs protagonistes face à face et en position de régler ensemble leur destin commun.

Il arrive qu'on décentralise sans trop avoir théorisé la répartition des rôles.

4. C'est à la lumière des observations qui précèdent qu'il faut se pencher maintenant sur le principe de libre administration.

Formulé à l'article 72 de la Constitution *(les collectivités territoriales «s'administrent librement par des conseils élus»)*, et répercuté par l'article 34 *(«la loi détermine les principes fondamentaux... de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources»)*, le principe de libre ▶▷

*Ce que nous tenons de la jurisprudence au sujet de la libre administration est à la fois **négatif, incertain et latéral.** **Négatif** en ceci que la jurisprudence nous a, jusqu' à maintenant, dit beaucoup plus des limites de la libre administration que de ce qu' elle implique positivement; **incertain** en ce sens que (...) le juge a donné des indications dont on peut dire qu' elles ne sont pas d' une densité extraordinaire; **latéral** en ceci que la plus forte densité des décisions relatives à la libre administration n' aborde la chose que sous un angle procédural et de compétence.*

SA

Pour comprendre comment notre système juridique détermine et organise l'autonomie des collectivités locales, il faut se référer à de multiples éléments qui n'ont pas de liens particuliers avec le principe de libre administration, en ce sens qu'ils n'ont pas spécialement été déduits de lui, ni par la jurisprudence, ni par le législateur.

▶▷ administration est à peu près la seule norme qui, dans la Constitution, s'efforce explicitement de définir la place dans l'appareil public des collectivités locales de droit commun (pour l'outre-mer, s'ajoutent d'autres dispositions, notamment celles des articles 73 et suivants). La Constitution n'y ajoute guère que la suite de l'article 72, concernant le contrôle de l'Etat (*«Dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois»*), et la disposition qui, à l'article 24, prévoit la représentation des collectivités au sein du Sénat.

Cela ne veut pas dire que d'autres règles constitutionnelles n'interviennent pas pour définir le statut des collectivités locales : c'est bien le cas, comme on le verra, de celle qui garantit l'indivisibilité de la République, comme du principe d'égalité. Mais il s'agit là de principes généraux qui affectent ce statut sans avoir pour visée essentielle de le définir.

5. Il faut maintenant se demander ce que le principe de libre administration, ainsi énoncé, et tel qu'il est interprété par la jurisprudence (essentiellement celle du Conseil constitutionnel, secondairement celle des juridictions administratives), nous dit de la question de l'autonomie des collectivités locales, dans notre système, et plus largement de leur place dans l'appareil public.

La jurisprudence me paraît pouvoir être résumée de la manière suivante.

En premier lieu, l'application de la disposition de l'article 34 qui confie au législateur le soin de définir les principes fondamentaux de la libre administration a conduit, et conduit régulièrement, le juge constitutionnel et le juge administratif à préciser ce sur quoi porte la libre administration, les aspects du fonctionnement des collectivités locales avec lesquels elle est en rapport.

Nous savons donc que la libre administration entretient une certaine relation avec diverses questions concernant l'organisation des collectivités locales (régime électoral, composition des assemblées, etc.), avec la définition des procédures budgétaires, avec la définition des modalités des contrôles sur les collectivités locales, etc.

En second lieu, l'interprétation que la jurisprudence donne de l'article 72 nous donne quelques indications sur ce que la libre administration implique positivement, c'est-à-dire ce que le législateur doit toujours prévoir s'il veut être considéré comme la respectant.

On sait donc que les assemblées locales doivent être élues, leurs bureaux également (CC, 6 décembre 1990), qu'elles doivent l'être au suffrage universel (CC, 9 avril 1992, Rec. p. 55), et que le suffrage doit obéir aux mêmes règles que celui auquel se déroulent les élections politiques (CC, 18 novembre 1982, quotas par sexe, Rec. p. 66). On sait aussi que ces mêmes assemblées doivent exercer des attributions effectives (CC, 8 août 1985, Nouvelle-Calédonie) et que c'est à elle que doivent être conférés les pouvoirs essentiels dans les collectivités (CC, 8 juillet 1985).

En troisième lieu, quelques décisions jurisprudentielles nous fournissent des précisions sur ce que la libre administration n'implique pas, sur ce que son respect n'exige pas. Elle n'impose pas de contrainte particulière en ce qui concerne l'origine et la configuration des exécutifs locaux, qui peuvent être nommés (CC, 8 août 1985, Nouvelle-Calédonie), et avoir un caractère collégial (CC, 9 mai 1991, Rec. p. 50). Elle n'a pas pour corollaire obligé la liberté contractuelle des collectivités (CC, 26 janvier 1995, Rec. p. 183). Elle ne signifie pas non plus autonomie fiscale des collectivités, d'où il découle, par exemple, que le législateur peut décider que le produit d'une imposition perçue au profit d'une catégorie de collectivité sera affecté pour partie à une ou plusieurs autres collectivités (CC, 6 mai 1991, Rec. p. 40).

Pour mesurer la portée des principes que la jurisprudence a ainsi déduit de la Constitution, il faut préciser qu'il n'existe que trois espèces dans lesquelles une violation du principe de libre administration ait été décelée. Dans la décision «Fonction publique territoriale» du 20 janvier 1984, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions qui privaient les collectivités du droit de se prononcer librement sur les créations et suppressions d'emplois, et de celui de procéder librement à la nomination de leurs agents. Dans la décision «Prévention de la corruption», du 20 janvier 1993, il a refoulé, parce que trop générale et absolue au regard de la libre administration, une disposition qui prévoyait, en cas de prorogation d'une convention de délégation de service public, que cette prorogation ne pourrait atteindre qu'un tiers de la durée initialement prévue ; dans la même affaire, il a estimé que le principe était violé par une disposition qui prévoyait la suspension automatique, pendant trois mois, de l'exécution des actes des collectivités en matière d'urbanisme, de marchés et de délégations de service public, lorsque le représentant de l'Etat en aurait demandé le sursis à exécution.

Dans la décision «Corse», du 14 janvier 1999, il a estimé que le législateur avait méconnu la libre administration en imposant que les séances des commissions permanentes régionales seraient publiques, «plutôt que de laisser au règlement intérieur du conseil régional le soin de déterminer cette règle de fonctionnement».

En revanche, la jurisprudence a fourni d'abondantes précisions sur les butoirs de la libre administration, les limites à l'intérieur desquelles la Constitution en enserre les implications. La libre administration doit, en effet, se combiner avec divers autres principes qui exercent sur elle un pouvoir réducteur dans l'alchimie constitutionnelle.

Le premier de ces principes est l'indivisibilité de la République, résultant de l'article 2 de la Constitution, d'où il résulte, par exemple, que les collectivités territoriales ne peuvent recevoir compétence pour modifier ou abroger une loi ou un règlement national (CC, 25 février 1982, Rec. p. 41), que la population d'une collectivité ne peut pas se voir reconnaître un caractère distinct au sein du peuple français (CC, 9 mai 1991, Corse, Rec. p. 50), que les langues régionales ne peuvent pas se voir reconnaître des droits spécifiques sur le territoire des collectivités où on les parle (CC, 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales).

La règle d'indivisibilité, associée aux dispositions expresses de l'article 72, a également pour conséquence que la libre administration se trouve contrebalancée par l'exigence d'un «contrôle administratif», dont on sait, par la décision du 25 février 1982 «Droits et libertés des régions, départements et communes», qu'il a

pour objet «*d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin*». Dont on sait également, par la même décision, qu'il suppose que les actes locaux ne deviennent pas exécutoires avant leur transmission au représentant de l'Etat. Dont on sait aussi qu'il peut comporter, dans certains cas, l'exercice par le représentant de l'Etat d'un pouvoir de substitution (CC, 28 décembre 1982, Paris, Lyon, Marseille).

La libre administration comporte un troisième butoir du côté du principe d'égalité. Les compétences consenties aux collectivités locales ne doivent pas pouvoir conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions locales et puissent, pour cette raison, ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire (CC, 18 janvier 1985, rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales; 13 janvier 1994, révision de la loi Falloux; 9 avril 1996, autonomie de la Polynésie française).

En revanche, l'Etat peut, lui, moduler territorialement son action, comme l'a indiqué la décision du 26 janvier 1995 relative à la loi sur l'aménagement du territoire (le fait que le champ des directives territoriales d'aménagement soit limité à certaines parties du territoire national «*répond à la prise en compte de situations différentes et ne saurait par suite méconnaître le principe d'égalité non plus que porter atteinte au principe d'indivisibilité de la République*»).

6. Le tableau me paraît assez étonnant. Révérence gardée, il me semble pouvoir être résumé en disant que ce que nous tenons de la jurisprudence au sujet de la libre administration est à la fois négatif, incertain et latéral.

Négatif, de façon évidente, en ceci que la jurisprudence nous a, jusqu'à maintenant, dit beaucoup plus des limites de la libre administration que de ce qu'elle implique positivement. Savoir de façon circonstanciée en quoi le principe constitutionnel s'arrête là où commence l'indivisibilité de la République ou la garantie du principe d'égalité n'est évidemment pas sans intérêt, mais cela ne nous dit guère ce que la libre administration exige de consentir aux collectivités, à l'intérieur de ces limites.

Incertain, en ce sens que, dans la plupart des cas où il s'est approché réellement d'une définition positive du sujet, le juge a donné des indications dont on peut dire qu'elles ne sont pas d'une densité extraordinaire. On déduit bien peu des décisions dans lesquelles il a admis que la libre administration n'était pas respectée: elles sont trop «au ras» des dispositions particulières qu'elles censurent pour qu'il soit possible d'en déduire des règles générales un tant soit peu précises. Symbolique aussi de l'état évanescent dans lequel flotte le principe, est une décision (24 juillet 1991, n° 91-298 DC) dans laquelle le Conseil constitutionnel, interrogé sur la mesure dans laquelle le législateur pouvait supprimer des ressources financières locales sans méconnaître la libre administration, a benoîtement indiqué que «*les règles posées par la loi ne sauraient avoir pour effet de restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration*», ce qui n'a pas renseigné beaucoup, on en conviendra.

Latéral, en ceci que la plus forte densité des décisions relatives à la libre administration n'aborde la chose que sous un angle procédural et de compétence, puisqu'elle concerne l'application de l'article 34 de la Constitution, et donc la détermination du domaine de la loi en matière de collectivités locales. Naturellement, les décisions correspondantes sont intéressantes en ceci qu'elles nous disent à quoi se rapporte la libre administration, les objets qu'elle concerne. Mais elles ne nous disent pas, sauf exception, quel est le contenu de ce rapport, ce que le droit peut faire des objets en question pour rester «dans les clous» de la libre administration.

7. Concrètement, si l'on se demande dans quelle mesure les collectivités locales disposent des cinq formes d'autonomie qu'il m'a paru possible de distinguer, on découvre que, dans aucun des cinq cas, les règles déduites de la libre administration ne nous donnent une réponse claire.

Quelle est la dose d'autonomie de gestion qui constitue le corollaire du principe constitutionnel de libre administration? La décision tautologique du 24 juillet 1991, évoquée plus haut, montre bien que nous ne le savons pas, du moins sur le terrain, essentiel, de l'autonomie financière.

Alors que les seules dispositions constitutionnelles explicites – celles de l'article 72 – sont relatives à cet aspect-là de l'autonomie locale, la jurisprudence ne nous renseigne pas d'une manière bien précise sur ce que la libre administration implique de consentir à l'indépendance des organes locaux. J'y reviendrai à propos de la question, exemplaire, du contrôle de légalité.

Ce que nous savons de la libre administration ne nous informe pas davantage sur la mesure dans laquelle les prérogatives régaliennes peuvent être placées entre les mains des collectivités locales.

Ce n'est pas la Constitution qui a répondu à la question, posée brièvement lorsqu'a été préparée la loi de 1983 sur la décentralisation de l'urbanisme, de savoir si le pouvoir de déclarer d'utilité publique les expropriations devait être remis aux autorités locales.

Le principe de libre administration implique-t-il que les collectivités territoriales se voient reconnaître des compétences générales, ou s'accommode-t-il de ce que leurs attributions soient définies par voie d'énumération législative successive? Signifie-t-il que les collectivités peuvent en réalité faire tout ce que les textes – ou des principes généraux – ne leur interdisent pas. On n'en sait pas grand-chose, car les indications que nous possédons sur les contours des compétences des collectivités locales ne sont nullement déduites par la jurisprudence du principe de libre administration, et ne lui ont jamais été réellement confrontées.

Sait-on davantage s'il a pour synonyme un certain pouvoir local d'auto-organisation? Pas davantage. On croit savoir que le pouvoir réglementaire n'est consenti aux collectivités locales que de manière seconde et dans une position subordonnée au pouvoir réglementaire national. Mais on ne s'appuie guère, pour l'affirmer, que sur des éléments jurisprudentiels assez ténus: on ne dispose, en tous les cas, d'aucune position de principe clairement prise par le juge constitutionnel ou le juge administratif. ▶▷

La règle constitutionnelle de libre administration, même assortie des précisions jurisprudentielles, est un principe largement muet (...). Le droit de la décentralisation n'a pas les bases constitutionnelles qu'il mérite, et cela présente de lourds inconvénients.

Certaines questions devront être posées : celle du statut global des compétences des collectivités locales, et notamment celle de savoir si celles-ci ont ou non le droit de faire tout ce qui ne leur est pas interdit ; savoir jusqu' où l' Etat pourra constitutionnellement aller dans le mouvement qu' il a entamé de régression de la fiscalité locale au profit d' instruments de péréquation nationale.

8. Une preuve inverse de l'indigence de l'apport constitutionnel peut être administrée. Elle consiste à constater que, pour comprendre comment notre système juridique détermine et organise l'autonomie des collectivités locales, il faut se référer à de multiples éléments qui n'ont pas de liens particuliers avec le principe de libre administration, en ce sens qu'ils n'ont pas spécialement été déduits de lui, ni par la jurisprudence, ni par le législateur.

Prenons deux exemples, l'un ayant trait à la définition du champ d'activité des collectivités locales, l'autre relatif à leur pouvoir de s'organiser.

La disposition du statut communal qui établit ce que l'on a pris l'habitude de qualifier la « clause générale de compétence », cette disposition selon laquelle le conseil municipal « règle par ses délibérations les affaires de la commune » existe depuis belle lurette dans les textes : elle n'a aucunement attendu la consécration constitutionnelle de la libre administration pour apparaître.

Sur un plan très concret, un facteur d'encadrement essentiel du pouvoir qu'ont les collectivités locales de s'organiser est l'architecture des emplois et des cadres d'emplois de la fonction publique territoriale. De cette architecture, découle la possibilité, pour une collectivité donnée, de créer telle ou telle fonction, de recruter tel ou tel type d'agents. Il serait audacieux d'affirmer que c'est du principe constitutionnel de libre administration – et non de considérations juridiques, politiques et syndicales très extérieures – que le niveau auquel on a situé cet encadrement dans le statut de 1984 a été déduit.

9. Il me paraît important d'ajouter que la norme constitutionnelle de la libre administration n'a pas seulement des conséquences bien incertaines en matière d'autonomie locale. Elle a aussi le handicap de ne rien nous dire de l'autre question d'où dépend la place des collectivités territoriales dans l'appareil public : celle de la contribution dont notre système admet qu'elle est apportée, ou peut être apportée, par les collectivités locales, à la définition et à la réalisation du bien public.

De quelles tâches publiques, de quelles responsabilités publiques sont-elles légitimement, constitutionnellement le vecteur ? Le principe de libre administration ne nous le dit pas. Lorsque la récente loi sur les polices municipales a été préparée, un débat s'est très naturellement instauré sur le point de savoir quelle part de la garantie de la sécurité publique pouvait être confiée aux communes. Ce n'est pas de la Constitution, mais d'un authentique débat politique que le débat s'est alimenté.

10. Disons carrément, qu'au total, la règle constitutionnelle de libre administration, même assortie des précisions jurisprudentielles, est un principe largement muet.

On pourrait peut-être considérer la chose avec philosophie, en se disant que les juges nous en diront davantage avec le temps, ou que, de toute façon, il est normal que la Constitution s'en tienne à des arcanes très généraux, comme elle le fait à propos d'autres sujets.

Le malheur est que, plus notre système local s'installe dans les réalités institutionnelles nées des réformes de décentralisation des années 80, plus on a le sentiment que l'absence d'une ossature constitutionnelle est préjudiciable, parce qu'elle prive de solution de principe indiscutée des questions que l'on ressent de plus en plus comme empoisonnantes. Le droit de la décentralisation n'a pas les bases constitutionnelles qu'il mérite, et cela présente de lourds inconvénients.

N'est-ce pas, par exemple, à l'ambiguïté qui affecte la nature même, constitutionnelle, du contrôle de légalité – pourtant évoqué dans l'une des rares formules constitutionnelles un peu explicites – que l'on doit les inépuisables et un peu désespérants débats auxquels ce mécanisme donne lieu ?

En faisant du représentant de l'Etat le gardien des « intérêts nationaux » dans les rapports avec les collectivités locales, la Constitution autorise la défense de la très équivoque situation actuelle, dans laquelle les préfets, parce qu'ils sont dépositaires de divers pouvoirs fonctionnels de l'Etat – celui de doter certains projets d'un financement d'Etat, par exemple – en font un moyen de pression au sein même du contrôle de légalité.

En confiant aux représentants de l'Etat la charge du « respect des lois » dans l'administration locale, la Constitution fraie la voie à cette vision fantasmatique, aujourd'hui courante, suivant laquelle on pourrait attendre du contrôle de légalité qu'il identifie sans faille toutes les illégalités, et qu'il saisisse le juge de toutes celles dont il n'aura pas obtenu de la collectivité le redressement. Ce qui est oublier que seul le juge peut ne laisser passer aucune illégalité – du moins aucune des illégalités dont il est régulièrement saisi – pour la raison bien simple que c'est lui qui dit ce qui est illégal et ce qui ne l'est pas : il est donc sûr, lui, de ne pas se tromper.

11. Le plus grave est certainement l'incertitude dans laquelle le principe constitutionnel de libre administration nous laisse quant à la répartition des rôles entre l'Etat et les collectivités territoriales, quant à la contribution respective que notre système prête à l'un et aux autres dans la définition et la mise en œuvre du bien public.

On ne peut pas se contenter d'indications partielles, comme celle, donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision « Droit au logement » du 29 mai 1990, selon laquelle le logement des personnes défavorisées répond à une « exigence d'intérêt national ». Spécialement dans une période où de multiples facteurs nous conduisent à nous interroger sur les voies de la modernisation de l'appareil public. Comment avancer dans la réflexion sur cette modernisation si l'on ne se détermine pas de manière très fondamentale sur ce que l'Etat doit/peut continuer à faire, et sur ce que l'on doit/peut placer entre les mains des collectivités locales, compte tenu des valeurs collectives que l'on entend promouvoir ?

12. Il faut donc faire parler le principe constitutionnel de libre administration ou le flanquer d'autres qui compenseront ses lacunes.

Cela pose évidemment d'abord un problème méthodologique. Comment avancer, qui doit avancer ?

Il est clair que l'idéal serait que puisse être envisagée une réforme constitutionnelle, qui introduirait dans notre texte fondamental une vraie définition d'ensemble de ce qu'est le statut des collectivités locales dans l'appa-

reil public, comme on en trouve dans diverses autres constitutions européennes. Mais, dans l'immédiat, la proposition est peut-être un peu utopique, car on n'a pas le sentiment que la question de l'administration locale figure dans les priorités sur l'agenda du constituant (même s'il est conduit parfois à en aborder certains aspects particuliers, comme récemment avec la Nouvelle-Calédonie).

Il existe une alternative qui consiste à plaider pour une réorientation des politiques jurisprudentielles. La timidité de la jurisprudence constitutionnelle n'est due qu'à la prudence de ses auteurs et, sans doute, pour une part, à celle des parlementaires qui les saisissent.

Rien n'empêche le juge constitutionnel et le juge administratif, dans la mesure où il est questionné, de se montrer plus prolixe dans la définition des implications du principe de libre administration. Il faut donc les y inciter par le travail de réflexion doctrinale comme par celui des argumentations contentieuses.

13. Pour les pousser à dire quoi? C'est évidemment affaire de goût, car il existe, légitimement, sur les rapports du national et du local, sur les rapports de la démocratie nationale et de la démocratie locale, sur les rôles respectifs de l'administration d'Etat et des collectivités locales... des positions divergentes.

Disons tout d'abord que certaines questions devront être posées avec une insistance particulière, car il n'est spécialement pas possible d'accepter qu'elles restent durablement sans réponse précise. Il s'agit au moins de celle du statut global des compétences des collectivités locales, et notamment de celle de savoir si celles-ci ont ou non le droit de faire tout ce qui ne leur est pas interdit.

Il s'agit aussi de la question de savoir jusqu'où l'Etat pourra constitutionnellement aller dans le mouvement qu'il a entamé de régression de la fiscalité locale au profit d'instruments de péréquation nationale.

14. Sur le fond des options à retenir sur ces différentes questions, je me contenterai de livrer les impressions suivantes, qui n'engagent que moi.

La première est la conviction que, dans les faits, les réformes de décentralisation des années 80 ont transformé notre système administratif beaucoup plus profondément que ne le laisse penser le droit «officiel», «apparent». L'autonomie locale est aujourd'hui plus grande que nous le disent les textes et leurs interprétations jurisprudentielles; les rapports administratifs sont devenus beaucoup plus circulaires et réciproques qu'on ne le dit. Notre système administratif a perdu de sa verticalité, et les jurisprudences ne feraient qu'en prendre acte si elles donnaient des principes constitutionnels une interprétation plus hardiment décentralisatrice.

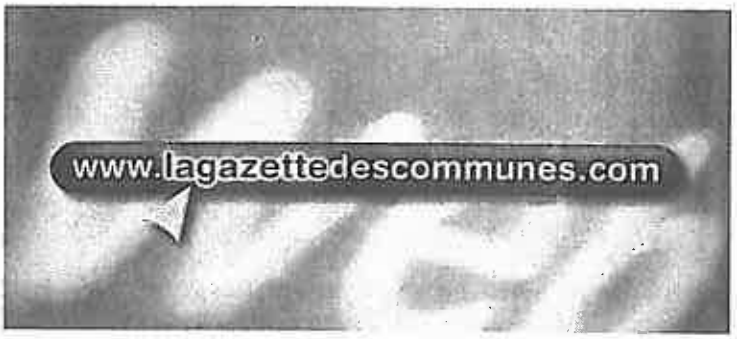
La seconde est la certitude de ce que l'équation, si ancrée dans la vision nationale, qui tient l'intérêt national et l'intérêt général pour équivalents, ne peut être durablement conservée en l'état. Elle est exposée à des objections pratiques: l'Etat n'a-t-il pas multiplié les échecs sur de grands dossiers, alors que les collectivités locales gèrent les attributions nouvelles qui leur ont été confiées lors de réformes de décentralisation à la satisfaction majoritaire des citoyens?

Elle est aussi critiquable sur le plan théorique, dans le présupposé qu'elle véhicule selon lequel la seule vraie expression de l'intérêt général est celle qu'émettent le Parlement et le gouvernement sous son contrôle, parce qu'ils représentent la volonté démocratique sous sa forme la plus large.

Peu accordé à la constitutionnalisation comme à l'européanisation de notre système, ce présupposé, articulé à une vision très "rousseauiste" de la démocratie, ne résistera pas au progrès, chez nous comme ailleurs – même si c'est chez nous plus lentement qu'ailleurs – de la démocratie procédurale ou continue ou participative, dans laquelle les institutions locales ont évidemment un rôle essentiel à jouer. Les juges ne perdraient rien à faire sa part à cette évolution.

Jean-Bernard Auby
professeur de droit public
à l'Université de Paris II
président de l'Association française
de droit des collectivités locales
email: jbauby@club-internet.fr

L' Etat n' a-t-il pas multiplié les échecs sur de grands dossiers, alors que les collectivités locales gèrent les attributions nouvelles qui leur ont été confiées lors de réformes de décentralisation à la satisfaction majoritaire des citoyens ? Je crois que nos jurisprudences restent « en dedans » parce qu' elles ont un peu peur d' un basculement qui est en train de se produire. Les juges ne veulent pas être ceux qui disent à l' Etat-législateur et à l' Etat-administrateur que le temps de la modestie est pour lui venu. Ils y mettent d' autant plus de pudeur qu' eux, par contre, sont rentrés dans une période d' éclatante prospérité.



Le site au service **de l'emploi**
et **de l'information**
des **cadres territoriaux**

la gazette sur internet

ÉPREUVE N° 10